TEORÍA CONSENSUAL DEL DERECHO

El derecho como deliberación pública

TEORÍA CONSENSUAL DEL DERECHO

El derecho como deliberación pública

Óscar Mejía Quintana

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
VICEDECANATURA DE INVESTIGACIÓN Y EXTENSIÓN
INSTITUTO UNIDAD DE INVESTIGACIONES JURÍDICO-SOCIALES GERARDO MOLINA, UNIJUS

Bogotá D. C.
2016

CATALOGACIÓN EN LA PUBLICACIÓN UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Mejía Quintana, Óscar, 1956-
Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública / Óscar Mejía Quintana. -- Primera edición. -- Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2016.

542 páginas. -- (Libros de texto. Divulgación - Derecho ; 5)

Incluye referencias bibliográficas e índice de materias, nombres y lugares
ISBN 978-958-775-733-0 (rústica). -- ISBN 978-958-775-734-7 (e-book). --
ISBN 978-958-775-735-4 (impresión bajo demanda).

1. Habermas, Jurgen, 1929- -- Crítica e interpretación 2. Rawls, John, 1921-2002 -- Crítica e interpretación 3. Teoría del derecho 4. Filosofía del derecho 5. Eficacia y validez del derecho -- Colombia 6. Hermenéutica 7. Consenso (Ciencias sociales) 8. Deliberación (Derecho) I. Título II. Serie

CDD-21 340.1 / 2016

Preparación editorial
Unijus, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina
Edgar Alberto Novoa Torres, *director*
Juan Sebastián Solano Ramírez, María Fernanda Rueda Forero, *coordinación editorial*
Natalia Colmenares Rincón, Manuel Rodrigo Aguilar Pirachicán, *coordinación académica*
Ana Marlén Garzón Urrego, *coordinadora administrativa*
Melissa Ruano Chacón, *diseñadora gráfica*

Diseño original de la Serie Libros de Texto
Natalie Galindo Malaver

Corrección de estilo
Angie Xiomara Bernal Salazar

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en Bogotá, Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

Prefacio y agradecimientos **17**

INTRODUCCIÓN GENERAL.
SOCIEDAD, HISTORIA Y PARADIGMAS JURÍDICOS 27

Realidad y teoría 27
El pensamiento jurídico en Colombia 36
Paradigmas iusfilosóficos y teórico-jurídicos 37
El paradigma hispano-tradicional 37
Independencia y paradigma presidencialista 39
El paradigma kelseniano 40
Paradigmas poskelsenianos en Colombia 41
Hacia un paradigma consensual-discursivo 44
Propuesta de periodización 49
Colombia y sus problemáticas iusfilosóficas y filosófico-políticas 50
El conflicto de modelos de democracia 50
Obediencia al derecho y desobediencia civil 54
El tribunal constitucional 57
Hacia una reflexión iusfilosófica transdisciplinaria 61
El presente libro 65
Sentido y proyección de este texto 65
Hipótesis de trabajo 72
Estructura del libro 72
Conclusión: paradigmas para la crisis 77

PRIMERA PARTE:
PROLEGÓMENOS EPISTEMOLÓGICOS

CAPÍTULO I: LA TENSIÓN EPISTEMOLÓGICA ENTRE
LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA TEORÍA JURÍDICA.
HACIA UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO 83

Introducción 83
El momento de la filosofía del derecho 85
La disputa con el contractualismo 85
Entre la validez y la sospecha 87
El momento de la teoría jurídica 89
Positivismo y teoría jurídica 89
El momento de la sociología jurídica 92
Luhmann: disolución de la filosofía del derecho 92
Filosofía del derecho *qua* teoría jurídica 93
Dworkin: derecho como integridad 94
Alexy: validez tríadica del derecho 95
Reconstrucción de la filosofía del derecho 97
Rawls: filosofía de la justicia 97
Hacia una teoría crítica del derecho 99
La sospecha sobre lo jurídico 99
Habermas: teoría discursiva del derecho 101
Conclusión 106

CAPÍTULO II: ALIENACIÓN E IDEOLOGÍA.
LÍMITES DEL DERECHO COMO EMANCIPACIÓN 109

Introducción 109
El problema de la alienación 112
La alienación en la filosofía hegeliana 113
Marx: enajenación y fetichismo de la mercancía 116
La alienación en el socialismo real 117
La Escuela de Budapest 117
Schaff: el humanismo socialista 119
Escuela de Birmingham: alienación como ideología 120
La Escuela de Frankfurt: reificación, derecho y política 125
Razón instrumental y reificación 125
Derecho y cosificación 127
Reificación y política 130

El problema de la ideología.....132
Historia del concepto.....133
Poder, ideología y derecho en el pensamiento francés.....137
Poder e ideología.....137
Ideología y derecho.....140
Ricoeur: el papel de la ideología.....142
Posmarxismo e ideología.....143
Žižek: el espectro ideológico.....143
Muerte y resurrección de la ideología: Laclau.....149
Alienación, ideología y posmodernidad.....154
La perspectiva terapéutica: Reich, Marcuse y Lowen.....154
La perspectiva filosófica: Baudrillard, Lipovesky y MacIntyre.....160
La perspectiva sociológica: Beck, Bauman y Beriain.....163
Conclusión.....168

CAPÍTULO III: EL PROBLEMA DEL MÉTODO EN LAS CIENCIAS SOCIALES Y EL DERECHO. ELEMENTOS PARA UNA HERMENÉUTICA CRÍTICA.....177

Introducción.....177
Crítica de la ortodoxia positivista.....179
De Lukács a la Escuela de Frankfurt.....179
Interludio: la discusión (post)estructuralista.....182
Periodización del pensamiento francés.....182
Foucault y el antihumanismo.....184
Habermas: interés y conocimiento.....186
La hermenéutica.....188
Aproximación histórica.....188
De la exégesis bíblica a la hermenéutica histórica.....188
Gadamer: hermenéutica de la tradición.....192
Ricoeur: hermenéutica del símbolo.....195
Aproximación estructural.....196
Dimensiones de la hermenéutica.....196
Categorías de la hermenéutica.....198
La dialéctica: consideración histórico-estructural.....201
La dialéctica hegeliana.....201
La dialéctica materialista.....206
El método genético-estructural.....209
Conclusión.....211

SEGUNDA PARTE: LA TEORÍA CONSENSUAL DE LA JUSTICIA

CAPÍTULO IV: CONTEXTO INTELECTUAL, HISTÓRICO Y CONSTITUCIONAL DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA. ORIGEN SOCIAL DEL PENSAMIENTO DE JOHN RAWLS 217

Introducción 217
Concepción del modelo y contexto intelectual 218
Predominio del funcionalismo 222
Filosofía analítica y teoría del derecho 224
Hegemonía de la filosofía analítica 224
Rawls frente a Kelsen y H. L. A. Hart 225
Utilitarismo y contractualismo clásico 228
Preeminencia del utilitarismo 228
Contra el utilitarismo 230
La teoría del contrato social 232
El pacto de unión en Hobbes 232
Locke y las libertades individuales 234
Rousseau y las libertades políticas 236
Kant y el consenso político 237
Contexto socio-político y constitucional 239
El marcartismo 240
Contexto histórico 240
Contexto constitucional 241
La doctrina de "segregados pero iguales" 243
Contexto histórico 243
Contexto constitucional 247
El movimiento por los derechos civiles 249
Contexto histórico 249
Contexto constitucional 251
Conclusiones 257

CAPÍTULO V: RECONSTRUCCIÓN GENÉTICO-ESTRUCTURAL DE LA TEORÍA DE JOHN RAWLS. LA JUSTICIA CONSENSUAL COMO CRÍTICA POSLIBERAL 259

Introducción 259
La teoría de la justicia (1971) 261
Constructos de la teoría de la justicia 262
La posición original 262

El velo de ignorancia 263
Los bienes sociales primarios 264
Los principios de la justicia 266
Constructos de las instituciones de la justicia 268
Objeción de conciencia y desobediencia civil 268
Constructos de los fines de la justicia 269
El equilibrio reflexivo 269
La polémica liberal-comunitarista y la autocrítica rawlsiana 271
La crítica liberal 272
La crítica comunitarista 274
Constructivismo kantiano (1981): adiós a Kant 277
Autonomía racional y plena 278
Libertad e igualdad 281
El procedimiento de construcción 282
Hacia una concepción política de la justicia 286
La justicia como "equidad, política no metafísica" (1985) 286
Recepción de Marx y de Hegel 288
La recepción de Marx 288
Lecciones sobre Hegel 290
Republicanismo y deliberación 292
Republicanismo anglosajón 292
Posrepublicanismo francés 293
Republicanismo irlandés 295
Liberalismo político (1993) 296
La concepción política de la justicia 298
Overlapping consensus 301
Razón pública y filosofía política 304
Idea de razón pública 304
La razón pública revisitada 307
El papel de la filosofía política 309
"The Law of People" (1993) y los Derechos Humanos 311
Conclusión 318

CAPÍTULO VI: EL PARADIGMA CONSENSUAL DEL DERECHO DE JOHN RAWLS. DERECHO Y CONSENSO EN LA TEORÍA RAWLSIANA 321

Introducción 321
Rawls: concepción política de la justicia 323
El paradigma consensual del derecho 324

Momento prejurídico-político (dialógico-moral) 326
La posición original 327
Los principios de justicia 330
Momento jurídico-político (consensual-contractual) 333
Democracia y pluralismo razonable 334
El consenso entrecruzado 335
Momento posjurídico-político (social-contextual) 337
El equilibrio reflexivo 338
La razón pública 340
El derecho y la relación consensual legitimidad-validez-eficacia 342
Legitimidad consensual prejurídica 343
Validez consensual jurídica 344
Eficacia consensual posjurídica 345
Conclusión 347

TERCERA PARTE:
LA TEORÍA DISCURSIVA DEL DERECHO
CAPÍTULO VII: RECONSTRUCCIÓN GENÉTICO-ESTRUCTURAL DE LA TEORÍA DE JÜRGEN HABERMAS. DE LA RAZÓN FILOSÓFICA MONOLÓGICA AL PARADIGMA SOCIOLÓGICO COMUNICATIVO 353

Introducción 353
La segunda teoría crítica en cifrado sociológico 356
Lectura weberiana 356
Lectura parsoniana 358
Sistema y mundo de vida 358
Desacoplamiento sistémico 360
Tipología de las crisis y legitimidad 361
Reconstrucción sociológica del materialismo histórico 363
La teoría comunicativa en anagrama sociológico 366
Crítica a Weber y Parsons 366
Weber: derecho racional 366
Parsons: derecho integrador funcional 368
Colonización del mundo de la vida 370
Reconstrucción discursiva de la legitimidad 372
Racionalización del lenguaje 372
Ética del discurso 374
Conclusión 375

CAPÍTULO VIII: EL PARADIGMA DISCURSIVO DEL DERECHO DE JÜRGEN HABERMAS. HACIA UN MODELO DELIBERATIVO DE ADJUDICACIÓN CONSTITUCIONAL 379

Introducción 379
Rawls: la jerarquización de los principios 382
La posición original 382
Jerarquización de los principios 383
Dworkin vs. Alexy: peso vs. ponderación de los principios 384
Dworkin: teoría del balanceo de los principios 385
Derecho como concepto interpretativo 385
El juez Hércules 387
El balanceo de los principios 389
Alexy: argumentación jurídica y ponderación 390
Reglas de la argumentación jurídica 391
Validez tríadica del derecho 393
Teoría de la ponderación 395
Habermas: teoría discursiva del derecho y decisión judicial 396
Derecho, integración y validez 397
Derecho e integración social 397
Validez jurídica: la doble cara de Jano 399
Reconstrucción discursiva del derecho 401
El sistema de derechos 401
Proyección normativa de la justicia 404
Derecho, justicia y tribunales constitucionales 406
Indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia 406
Democracia y adjudicación constitucional 410
Adjudicación constitucional y democracia deliberativa 412
Democracia deliberativa y opinión pública 413
Opinión pública posburguesa 415
Adjudicación y democracia deliberativa 416
Excurso. La discusión constitucional en Estados Unidos 418
Derecho privado y decisión judicial 420
Conclusión 425

CAPÍTULO IX: RAZÓN PÚBLICA, PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL Y ETICIDAD DEMOCRÁTICA. EL DERECHO COMO DELIBERACIÓN PÚBLICA 429

Introducción 429

Rawls: la idea de razón pública 431
Liberalismo político y pluralismo razonable 432
Overlapping consensus 433
La razón pública 434
Razón pública y deliberación 435
Eticidad democrática y patriotismo de la constitución 436
La eticidad democrática 437
Dubiel: la democracia como dispositivo simbólico 435
Eticidad postradicional: Honneth 439
Eticidad democrática: Wellmer 440
Habermas: patriotismo de la constitución 441
Soberanía popular deshipostasiada 442
El patriotismo constitucional 443
Fundamentos postseculares del Estado democrático 444
Razón pública, constitución y filosofía práctica 445
Conclusión 448

CONCLUSION GENERAL: LA TEORÍA CONSENSUAL DEL DERECHO COMO RESPUESTA POSPOSITIVISTA A LAS PROBLEMÁTICAS IUSFILOSÓFICA Y TEÓRICO-JURÍDICA CONVENCIONALES 451

Introducción 451
Positivismo y norma básica 453
Weber: validez y pacto político 453
El problema de la norma básica 456
Kelsen y la norma fundamental 456
Hart y la regla de reconocimiento 460
La validez autorreferencial 463
Luhmann: validez autopoiética 463
Teubner: validez autorreferencial 466
Rawls: la norma básica y la justicia 469
Un debate implícito 469
La norma básica como consenso 470
Dworkin: norma básica y derecho como integridad 473
Habermas: principio discursivo y norma básica 475
Norma básica y derechos fundamentales 475
Norma básica y democracia 477
Conclusión 480

Bibliografía **483**
Índice de materias **517**
Índice de nombres **523**
Índice de lugares **527**

PREFACIO Y AGRADECIMIENTOS

Este libro es la culminación de una trayectoria intelectual de más de veinticinco años, que no se limita solo a mi labor docente e investigativa sino que, en cierta forma, configura la convergencia de una serie de experiencias y vectores de formación profesional y académica que quisiera reconstruir y que, como ejercicio personal, me permita poner en perspectiva el origen y lugar que estas reflexiones han ocupado y ocupan en mi itinerario personal.

Como expresión de ese recorrido, este texto recoge artículos publicados durante medio siglo que he retomado, corregido y actualizado para, finalmente, darles una estructura sistemática y coherente que permita presentarlos como un documento armónico que dé cuenta de la hipótesis de trabajo que pretendo ilustrar y que más adelante expondré explícitamente. Más allá del trabajo de edición del conjunto para evitar repeticiones que, obviamente, se presentan didácticamente en los artículos, ensayos o ponencias desarrollados durante la vida académica, también he querido preservar, hasta donde fuera posible, el contenido y el estilo mismo de estos, con el propósito de dar cuenta, como testimonio escrito, de esa trayectoria, de sus eventuales avances y retrocesos, y que nos permita, al lector y a mí, conocer y reconocer ese trayecto y poder juzgar su significado en sus diferentes momentos.

Adicionalmente, siempre he insistido en que todo intento de teorización no solo responde a las necesidades sociales de su contexto sino que, además, es la respuesta individual a inquietudes profundas escondidas en experiencias de vida que las han originado. Temáticas como la justicia y el papel del Estado, la cultura patriarcal e impositiva de nuestro medio, la tensión permanente entre autoridad y consenso, las profundas desigualdades económicas y sociales de este país y de la región, la evidencia —durante años— de una democracia restringida y militarizada, el conflicto armado de medio siglo de duración (todo lo que va corrido de mi vida, en medio de una guerra no declarada), son, entre tantos otros, problemas de la vida cotidiana que lentamente se van traduciendo en problemáticas intelectuales y teóricas.

Enseguida voy a dar cuenta de esa trayectoria particular con el propósito de contextualizar tanto el recorrido individual en el que quiero situar este texto como su propia ubicación en el discurrir mismo —histórico y temático— de la filosofía del derecho y de la teoría jurídica en Colombia, que abordaré en la introducción general, de tal suerte que el lector, especialmente, pueda dar cuenta de su sentido y proyección en ambos contextos.

Testimonio de un camino

Nací en Bogotá, 1956, y adelanté mis estudios de primaria y bachillerato en el Liceo Francés Louis Pasteur en esa ciudad, me gradué de bachiller en la sección de filosofía y literatura (1974). Allí recibí la influencia de mi profesor de filosofía, Jean Claude Bourdin[1], quien había llegado dos años antes con todo el bagaje del Mayo del 68 francés, particularmente en las líneas de psicoanálisis y marxismo, y que fue en últimas el factor determinante para estudiar filosofía. Del Liceo egresé con un Diploma en Civilización Francesa de la Escuela Internacional de París.

Ingresé al Departamento de Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia un año después (luego de transitar, bajo presión familiar, por estudios de derecho y arquitectura) e inicié la carrera en un momento muy convulsionado de la Universidad y del país, de donde saldría a comienzos de los ochenta, antes del tristemente célebre cierre de la universidad. Se venía entonces de la rectoría de Luis Carlos Pérez, de ascendencia marxista y que para muchos constituía una interesante apertura ideológica de la institución, y se entraba a lo que sería uno de los periodos más oscuros de Colombia, y de la universidad pública en general, el Estatuto de Seguridad del gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982).

De ahí que, junto con mis estudios de filosofía, la militancia política estuviera también en el orden del día, cruzando y conociendo las diferentes tendencias, desde el marxismo ortodoxo de la JUCO-PC, pasando por las Ligas ML, de carácter maoísta, hasta las estepas del troskismo en cuyas fuentes teóricas percibí lo más sólido del marxismo ortodoxo. Más tarde me acercaría también —teóricamente— a la acracia, a través de la revista *El Viejo Topo*.

En ese contexto de hegemonía de la izquierda estalinista y polarización ideológica, tres hechos marcan un giro en mi formación filosófica: el curso sobre Kant del profesor Guillermo Hoyos Vásquez; la lectura de Hegel y Georg Lukács, de la mano de un compañero del alma, Fernando Pérez (quien se suicidaría un par de años después); y el Seminario Psicoanálisis y Marxismo que se organizara en la Facultad de Ciencias Humanas alrededor de 1978. Este conjunto de lecturas me permitió escapar de las garras de la ortodoxia estalinista y asumir los paráme-

[1] Jean-Claude Bourdin, *Althusser: une lecture de Marx* (Paris: PUF, 2008).

tros, más flexibles y menos dogmáticos, del marxismo heterodoxo en general y del psicoanálisis en la línea de Wilhelm Reich, que más tarde me llevaría también a la antipsiquiatría de Cooper y Laing, de manera que recogí así los impulsos teóricos tempranos del Liceo Francés.

Por vueltas de la vida y necesidades de subsistencia imperativas comencé a trabajar después en diferentes entidades del Estado e inicié estudios de humanidades en la Universidad del Rosario, donde más tarde adelantaría también una especialidad en redacción periodística. Allí inicié mi trayectoria docente y académico-administrativa, como coordinador académico y profesor de diferentes programas en el Centro de Educación Humanística, dirigido en ese momento por el maestro Francisco Gil Tovar. Bajo su orientación y el sello del programa logré acercarme al conjunto de las humanidades y romper esa actitud imperial, a veces soberbia y arrogante, de la filosofía sobre el resto de ciencias humanas y sociales, lo cual dio origen a una perspectiva interdisciplinaria que ha caracterizado desde entonces mis aproximaciones teóricas.

Durante este periodo se produce otro hecho de enorme impacto en mi desarrollo académico: los congresos de Filosofía Latinoamericana de la Universidad Santo Tomás me acercan a la problemática de la hermenéutica de la cultura y sobre ese tema empiezo a desarrollar una línea temática que me abre las puertas a cargos institucionales, primero, como Asesor Cultural de la Alcaldía Mayor de Bogotá para la conmemoración de los 450 años de la Capital, en calidad de lo cual hice parte también de la Junta Directiva del Centro Jorge Eliécer Gaitán, en representación del Alcalde Mayor de Bogotá (1987) y, en seguida, como Agregado Cultural en la Embajada de Colombia en Estados Unidos, de 1987 a 1991. Durante mi permanencia en Washington D.C. ocupé durante dos periodos consecutivos la Presidencia de la Asociación de Agregados Culturales Iberoamericanos, en representación de Colombia, en un hecho inusual por ser entonces el más joven de toda esa promoción.

En esta misma ciudad continué mis estudios en filosofía concentrando mi interés académico en la hermenéutica contemporánea, en Georgetown University y, más tarde, como residente en California, en donde cursé una maestría (Master of Arts) en filosofía moral (con una tesis titulada "The Citizen as Moral Individual: Justice as Social Paideia in the Work of John Rawls") y un doctorado (Ph.D.) en filosofía política (con una tesis titulada "Democracy and Social Contract in Latin America: A Critical Reconstruction from John Rawls'Political Conception of Justice"), en la entonces Pacific W. University, sede de Los Angeles. A mi regreso al país me vinculé al Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Universidad del Rosario), primero como coordinador académico y después como director del Centro de Educación Humanística. Estando en este cargo, fui el primer director del Departamento de Humanidades y organicé el primer programa de humanidades para toda la universidad.

En 1994 renuncié a la Universidad del Rosario y me vinculé a la Universidad de Los Andes, primero como investigador del Centro de Estudios Internacionales, encargado del proyecto OEA-Universidad de Los Andes sobre consolidación de la democracia en el área andina, así como catedrático de teoría política en el Departamento de Ciencia Política y, posteriormente, como profesor de planta de la Facultad de Derecho, como director del área de teoría jurídica y profesor de filosofía del derecho y teoría de la justicia. Después de volver a Estados Unidos para sustentar mi doctorado, alrededor de 1995-1996, con el apoyo de una beca de investigación de Colciencias, regreso y me vinculo como profesor de medio tiempo desde 1997 hasta el año 2005, cuando me retiro por la política de exclusividad que comienza a imperar en la Universidad.

A lo largo de este periodo también fui catedrático en la Facultad de Diplomacia de la Universidad Jorge Tadeo Lozano (donde aprendí a ser docente), así como del posgrado en Relaciones Internacionales de la misma universidad y del de Negocios Internacionales y Gerencia de Recursos Humanos de la Escuela de Administración de Negocios (EAN) de Bogotá. De igual manera, participé como ponente y asesor de la Escuela de Derechos Humanos del Cinep.

Asimismo, he sido colaborador habitual de la *Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, desde 1981, de las revistas *Colombia Internacional* de la Universidad de Los Andes y *Ciencia Política* de la Universidad Nacional, en Bogotá, así como de la *Gaceta Iberoamericana*, en Washington D.C., con ensayos sobre filosofía política y social, hermenéutica de la cultura, humanidades y relaciones internacionales. Igualmente publiqué varios artículos en *El Tiempo*, *El Espectador*, la revista *Senderos* de la Biblioteca Nacional, entre otros medios, además de haber sido ponente en diversos congresos y coloquios nacionales e internacionales sobre estas temáticas.

Mi vinculación con el área de derecho y ciencia política marcó mi derrotero académico. Al haber realizado mi maestría y mi doctorado sobre la teoría de la justicia de John Rawls que, en cierta forma, el nuevo marco de la Constitución del 91 requería para, con otros autores como Taylor, Dworkin y Alexy, renovar los parámetros de interpretación de un positivismo a todas luces insuficiente para satisfacer los retos hermenéutico-constitucionales del momento, la filosofía de la justicia rawlsiana me proporcionó la plataforma giratoria desde donde abordar tanto la filosofía y la teoría del derecho como la teoría política, que serán, desde entonces, los rieles temáticos sobre los que discurrirá mi desarrollo teórico.

Alrededor de 1998, me invitan como catedrático de Filosofía del Derecho a la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, y también en ese año me presenté a la última convocatoria del *Concurso 125 Años* para profesores de planta. Por este fui vinculado a dicha Facultad,

inicialmente como profesor asociado y, actualmente, como profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia.

En 1999 inicio mi segundo doctorado en el Departamento de Filosofía de la Universidad Nacional bajo la dirección del profesor Guillermo Hoyos, programa que culmino en el 2004 con una tesis de filosofía del derecho intitulada "Legitimidad, validez y eficacia. Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho" que ha sido el eje sobre el que he hecho variaciones desde entonces. En el marco del doctorado hice una pasantía en Paris 8 bajo la tutela de Jacques Poulain[2], en la cual profundicé sobre filosofía de la justicia, filosofía política y filosofía del derecho francés. Fui uno de los primeros egresados de este doctorado de la Universidad Nacional, después del también profesor Lisímaco Parra.

En simultáneo con mi labor docente en la Universidad Nacional, fui cogestor del Doctorado de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales del Departamento de Ciencia Política y del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, así como cogestor, coordinador académico (2000-2015) y profesor del Doctorado en Derecho y de la Maestría en Derecho. También he sido profesor invitado de Filosofía del Derecho del Doctorado de Derecho en la Universidad Santa María la Antigua (Ciudad de Panamá), del Doctorado de Derecho y del de Educación de la Universidad Santo Tomás, de la Maestría de Derecho de la Universidad del Norte (Barranquilla), de la Maestría de Hermenéutica del Derecho de la Universidad Industrial de Santander (Bucaramanga) y de la Maestría de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Occidente-U. Carlos III de Madrid (Cali) y profesor de Teoría Política en la Maestría en Ciencia Política de la Universidad de Los Andes.

En el campo académico-administrativo he sido decano encargado, vicedecano, director de programas curriculares y Director del Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (Unijus) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, así como director del Departamento de Ciencia Política en la misma Facultad. Además, soy Par Acreditador del Consejo Nacional de Acreditación (CNA) para programas de Derecho.

Asimismo, soy miembro activo de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho (Asofides), de la Asociación Colombiana de Historia del Derecho, así como de la Asociación Iberoamericana de Filosofía Política, de la Asociación Colombiana de Ciencia Política y de la Latin American Studies Association (LASA). Líder del Grupo de Investigación Cultura Jurídico-Política, Instituciones

[2] Jacques Poulain, *Qu'est-ce que la justice?* (Saint Denis: Presses Universitaires de Vincennes, 1996).

y Globalización, así como del de Teoría Política Contemporánea de la Universidad Nacional de Colombia. Pertenezco igualmente al Grupo de Trabajo Filosofía Política de Clacso, anteriormente dirigido por el profesor Guillermo Hoyos.

Etapas y planteamientos filosóficos

En su orden y como se infiere de la anterior semblanza, podría agrupar en los siguientes ejes y etapas mi trabajo académico y filosófico a lo largo de veinticinco años:

Humanismo, hermenéutica y filosofía de la historia latinoamericana (1985-1990)

En este periodo mi reflexión se orientó en dos direcciones: primero, a precisar los supuestos teóricos del humanismo y, segundo, a explorar una hermenéutica de la cultura latinoamericana desde una perspectiva hegeliana y otra gadameriana. Mi lectura de Hegel está mediada por Lukács, así como la de Gadamer por la recepción indirecta del grupo de la Universidad Santo Tomás (sin los elementos neotomistas) y directamente por el profesor Rubio Angulo. Igualmente, hay una influencia directa de la obra de Leopoldo Zea, Miró Quesada e, incluso, del Dussel de *Historia de la Iglesia*, cuya periodización sería importante en mi intento de leer la historia latinoamericana en clave hegeliana[3].

Democracia en América Latina (1990-1995)

En este periodo, estrechamente vinculado a mis estudios de maestría y doctorado que gravitaban en torno a la obra de John Rawls, el interés se reconfigura hacia una filosofía de la democracia que explora, inicialmente, las condiciones de posibilidad de la teoría rawlsiana en el contexto latinoamericano y que posteriormente se centra en las implicaciones de su modelo de democracia consensual en las sociedades de América Latina y Colombia[4].

Filosofía del derecho, filosofía política y desobediencia civil (1995-2000)

En este periodo la vinculación a los programas de derecho afina el abordaje de Rawls en términos jurídicos, en cuanto aumenta el impacto de su teoría de la justicia para la

[3] A este periodo corresponden los siguientes libros de mi autoría o colaboración: *Cultura y democracia en América Latina* (Bogotá: M&T Editores, 1992); *El humanismo crítico latinoamericano* (Bogotá: M&T Editores, 1993); *Democracia y filosofía de la historia en América Latina* (Bogotá: Ediciones Jurídicas, 2005).

[4] A este periodo corresponden los siguientes libros: *Justicia y democracia consensual* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1997); *Congreso y democracia en los países del Área Andina* (Bogotá: Uniandes, OEA, 1997).

filosofía del derecho, simultáneamente, también se profundiza para la filosofía política.

En ambas direcciones, la problemática de la desobediencia civil se convierte en un puntal de mi reflexión en cuanto es una temática común para los ámbitos del derecho y de la política. Incluyo aquí los artículos que se vuelven material de referencia sobre la temática dado que la desobediencia civil tiene, prácticamente, un tratamiento exclusivo por parte mía en el contexto colombiano[5].

A la luz de *Facticidad y validez* de Jürgen Habermas, que leo en 1996 en Estados Unidos antes de su traducción al español, siendo la mía una de las primeras reseñas que se publican en Colombia[6], empiezo a abordar tres líneas que se mantienen hasta el momento: la primera es la teoría del derecho de Habermas que pone de presente su importancia no para la filosofía del derecho (de la que se desmarca), sino para la teoría jurídica y la constitucional, en cuanto su planteamiento apunta a sustentar una teoría de la adjudicación constitucional y un nuevo paradigma jurídico; la segunda, del que también soy de los primeros receptores en el contexto colombiano, es la teoría autopoiética de Niklas Luhmann y su impacto tanto para el derecho como para la política[7]; y la tercera[8] que se trata de la articulación de la desobediencia civil y los tribunales constitucionales[9].

Estatuto epistemológico de la teoría jurídica y política y de la cultura política (2000-2005)

Mi vinculación excepcional como profesor y director del Departamento de Ciencia Política de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia me compele a explorar el estatuto de la disciplina en Colombia, dada en muchos casos su evidente heterogeneidad y diversidad de fuentes[10]. Pero, en el mismo sentido, desarrollo una línea de reflexión sobre el estatuto de la filosofía del derecho y sus diferencias con la teoría jurídica[11].

---

[5] Óscar Mejía Quintana, "La desobediencia civil: un concepto problemático", *Revista de Estudios Sociales 14* (2003): 76-87; y, más tarde, "La desobediencia civil revisitada" *Revista Co-herencia 10* (2009): 44-78.

[6] Óscar Mejía Quintana, "La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas", *Ideas y Valores 103* (1997): 32-52.

[7] Óscar Mejía Quintana, "Autopoiesis, legitimidad funcional y democracia sistémica", *Ideas y Valores 113* (2000): 45-70.

[8] Óscar Mejía Quintana, "Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa". En *Republicanismo contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, comp. Andrés Hernández (Bogotá: Siglo del Hombre, 2002), 103-150.

[9] A este periodo corresponden los siguientes libros: *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa* (Bogotá: Témis, 1998); *Problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil* (Bogotá: Unibiblos, 2001).

[10] Óscar Mejía Quintana, "El estatuto epistemológico de la teoría política: problemática, reconstrucción y competencia", *Ciencia Política 1* (2006): 30-57.

[11] Óscar Mejía Quintana, "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho", *Humanitas 33* (2006): 171-206.

En este periodo, igualmente, por mi vinculación a programas de maestría en derecho tanto de la Universidad Nacional de Colombia como de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre, produje un ensayo sobre la norma fundamental como problema iusfilosófico que tuvo un impacto significativo en la población de abogados hacia la cual se dirigía[12], profundizando la distinción entre filosofía del derecho y teoría jurídica pero, al mismo tiempo, evidenciando sus nexos[13].

Democracia deliberativa, sociología de la globalización y alienación (2006-2010)

En el marco de un año sabático, en el 2006, sistematizo la línea de democracia deliberativa que había iniciado con los modelos rawlsiano y habermasiano, y me adentro en el estado del arte que, a partir de aquellos, se desarrolla desde la caída del Muro de Berlín[14]. En particular, abordo aquí la tercera Escuela de Frankfurt (Dubeil, Wellmer, Honneth) y el pensamiento francés más allá de la posmodernidad (Abensour, Rosanvallon, Lefort).

La pasantía que realizo en las bibliotecas de la University of California (UCLA), la University of Massachusetts (UMASS) y la New York University (NYU) en Estados Unidos me permiten retomar una vieja problemática, la de la alienación, y relacionarla con los procesos de globalización que llevan aparejadas, simultáneamente, estrategias de individuación que remiten de manera directa al ámbito jurídico y constitucional, lo cual cuestiona de paso la supuesta proyección emancipatoria que algunos juristas reclaman para el derecho y en la jurisprudencia constitucional.

En este momento, además, tomo distancia de la lectura filosófica que se ha hecho de Habermas en nuestro contexto y empiezo a mostrar que, en consonancia con la sociología de la reflexión de la primera Escuela de Frankfurt, la matriz de reflexión habermasiana se desplazó, desde los sesenta, de la filosofía a la sociología y que es, por tanto, en clave sociológica más que filosófica, que hay que abordar sus planteamientos[15].

---

[12] Óscar Mejía Quintana, "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación". En *Filosofía del derecho y filosofía social*, comp. Numas Gil (Bogotá: Ibáñez, 2006), 195-268.

[13] A este periodo corresponden los siguientes libros: *La ciencia política: historia, enfoques, proyecciones* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004); *Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006); *Hacia una definición del estatuto epistemológico de la cultura política* (Bogotá: Unijus, 2009); *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho* (Bogotá: Ibáñez, 2010).

[14] Óscar Mejía Quintana, "Modelos alternativos de democracia deliberativa", *Revista Co-herencia 7*, n.° 12 (2010): 43-79.

[15] Óscar Mejía Quintana, "De la razón filosófica a la sociología reconstructiva. El pensamiento de Jürgen Habermas en clave sociológica", *Sin Fundamento 11* (2010): 23-45.

Por último, en una derivación de la teoría de la opinión pública de Habermas y Nancy Fraser, abordo una investigación empírica sobre los medios de comunicación en Colombia y, paralelamente, sobre el fenómeno de democracia autoritaria y cultura mafiosa[16] que se consolida durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez[17].

Proyecciones en curso

Adicionalmente, desde hace un par de años estoy en proceso de repensar, renovar y proyectar nuevas líneas de reflexión, de las que ya se bosquejan algunas temáticas estructurales, a saber:

Teoría jurídica e historia de la filosofía del derecho en Colombia (2010 - presente)

A raíz de los trabajos presentados en los congresos anuales de la Asociación de Filosofía del Derecho se hace necesario un trabajo colectivo para reconstruir la historia de la filosofía del derecho en Colombia. En esa dirección ya hay un estudio inicial que espero poder profundizar en el futuro inmediato.

Derecho, alienación, ideología y psicoanálisis (2012-presente)

Esta temática, que inicié en el periodo anterior, pretendo profundizarla en lo que concierne tanto a los procesos de individuación que la globalización lleva aparejada como a su impacto en los procesos jurídicos y constitucionales, para, a partir de esto, acercarme a una filosofía de la psicoterapia que aborde, en especial, los desarrollos terapéuticos de Wilhelm Reich, David Cooper y Alexander Lowen.

Estatuto epistemológico de las ciencias sociales

Por último, quisiera explorar el estado del arte de una epistemología de las ciencias sociales que permita congregar, en especial, las diferentes disciplinas de la filosofía práctica[18].

[16] Óscar Mejía Quintana, "Cultura política mafiosa en Colombia", *Concordia Revista Internacional de Filosofía 59* (2010): 22-42; "Democracia constitucional autoritaria", *Filosofía y Ética 25* (2011): 30-73.

[17] A este periodo corresponden los siguientes libros: *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho* (Bogotá: Témis, 2005); *Cultura política, sociedad global y alienación* (Bogotá: Unijus, 2008); *Sociedades complejas, modernidades y globalización* (Bogotá: Unijus, 2009); *Teoría crítica de los medios de comunicación* (Bogotá: Unijus, 2009); *¿Estado y cultura mafiosa en Colombia?* (Bogotá: Unijus, 2010).

[18] A este periodo corresponden los siguientes libros: *Alienación, individuación e ideología* (Bogotá: Unijus, 2009); *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia* (Bogotá: Ibáñez, 2011); *Derecho, alienación e*

Agradecimientos

Quiero agradecer, una vez más, a los estudiantes de pregrado, maestría y doctorado de todos los programas donde he tenido oportunidad de dictar clases, por sus aportes permanentes a mis cursos de filosofía del derecho, teoría jurídica y filosofía y cultura política. De una o de otra manera, su contribución ha sido fundamental durante estos veinticinco años para ir afinando el planteamiento que hoy he logrado redondear. Asimismo, agradezco a los colegas que con sus críticas y comentarios académicos en congresos, simposios y seminarios me ayudaron a superar debilidades y excesos conceptuales.

Quiero agradecerle a la profesora Arlene Tickner, además de su paciencia y solidaria compañía, sus permanentes, enriquecedoras y peripatéticas sugerencias editoriales que han favorecido directamente la estructura de este texto. A mis hijos, Benjamín y Samuel, que son y serán siempre el faro de mi vida y por quienes, en últimas, hace uno lo que hace.

Desde hace una década, mis dos asistentes de investigación, como lo he manifestado públicamente, han sido mi mano derecha y mi mano izquierda. A ellos, Ivonne León y Pablo Reyes, politólogos y magísteres en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, mi gratitud por su amistad y mi reconocimiento por la paciente, pulcra y académica labor de edición que hicieran de este documento, así como por el diálogo, siempre fecundo y ameno, que me permitió enriquecerlo. Este libro es también de ellos.

ideología (Bogotá: Ibáñez, 2012); y *El estatuto epistemológico de la filosofía práctica* (en prensa).

INTRODUCCIÓN GENERAL. SOCIEDAD, HISTORIA Y PARADIGMAS JURÍDICOS

Realidad y teoría

Las escuelas iusfilosóficas y las teorías jurídicas no son inventos artificiales de filósofos, teóricos o académicos. Por el contrario, son ellos los que retoman los rasgos predominantes de su época o, incluso, interpretan las necesidades y tendencias de esta, las sistematizan y les dan una envoltura propiamente teórica. Todo planteamiento surge como un hijo de su época y persiste mientras las condiciones históricas, sociales y políticas lo requieran, incluso cuando pareciera que tuvieran que hacerse a un lado.

El iusnaturalismo, expresión de la sociedad antigua y tradicional, sobrevivió más de veinte siglos, si contamos desde la Antigüedad griega hasta el Medioevo e, inclusive, buena parte de la Modernidad temprana. Pero no fue un solo tipo de iusnaturalismo pues, por lo menos, heredaríamos tres versiones diferentes más tarde: el antiguo, en dos versiones representativas, el platónico y el aristotélico; el medieval, que tendrá en el tomismo su expresión más decantada —si bien otras fueron igualmente significativas—; y el moderno-temprano, que va de Hobbes a Kant, pasando por Locke y Rousseau, entre otros.

El iusnaturalismo antiguo fue expresión de la sociedad antigua, pese a ello, sus versiones distintivas corresponden a dos proyecciones diferentes de la sociedad griega: el platónico representa, a mi modo de ver, a la sociedad arcaica donde los parámetros de vida buena y la noción de bien no son ni necesitan ser tematizados ni problematizados y, por tanto, la reflexión no se centra en definir qué noción de bien o de justicia se precisa, sino básicamente en demostrar que ellos constituyen el fin de la comunidad, de la polis.

Por el contrario, el iusnaturalismo aristotélico refleja un momento diferente, donde la sociedad griega requiere precisar contenidos y, por tanto, la noción paradigmática de bien no es base suficiente para el derecho natural; además, ante la complejización misma de la sociedad helena, esta se reconceptualiza mejor

como bien común en Aristóteles, asumiendo como sustento del derecho natural ya no la noción abstracta de bien sino modelos ejemplarizantes de vida buena, las virtudes éticas e intelectuales, siendo la principal de ellas la justicia. La equidad, que será el instrumento para corregir las desviaciones del derecho positivo, acude al derecho natural, es decir, a los modelos ejemplarizantes, las virtudes, para corregir los extravíos del derecho y restablecer su sentido en consonancia con el bien común de la polis.

Tomás de Aquino, casi veinte siglos después, representará otro tipo de iusnaturalismo, el escolástico. En el marco de la hegemonía cristiana y de una sociedad teocrática y teocéntrica, el bien común y las virtudes cívicas de la polis griegas son "reconvertidas" en el "bien" de la comunidad cristiana (en tránsito ya a solo la católica, apostólica y romana) y sus virtudes sacramentales. En un contexto de heterogenización de la sociedad medieval, en evolución hacia el Renacimiento, el antropocentrismo y la Modernidad, el iusnaturalismo tomista responde a tres necesidades: en primer lugar, a precisar el fundamento iusnaturalista en la doctrina cristiana; segundo, a constituir un modelo ideal de vida buena que se imponga sobre las versiones heterodoxas que ya por entonces pululaban en la sociedad medieval, para lo cual se requirió la consolidación de un modelo ortodoxo monolítico; y, finalmente, a precisar la relación y las consecuentes diferencias del derecho divino, el natural y el positivo entre sí, que no eran lo suficientemente claras ni en el modelo iusnaturalista antiguo ni en el legado por la patrística de comienzos de nuestra era.

Aunque el modelo iusnaturalista tomista prácticamente cierra un periodo de estabilidad de la sociedad medieval, en cuanto el siglo XIII será solo el preludio del sísmico Quattrocento, el comienzo del fin del medioevo, este sin duda, de ahí en adelante, como máxima expresión de la escolástica medieval, hasta el día de hoy (recordemos la neoescolástica) ofrecerá el modelo normativo del iusnaturalismo católico a la minoría social que todavía pretende reivindicarlo para las sociedades postseculares.

El iusnaturalismo racional moderno es una variable muy diferente a la de su homólogo medieval. Responde a un contexto histórico de mayor fractura social, donde acudir a los *ethos* dominantes como criterio normativo hace imposible la convivencia en sociedad. De ahí la necesidad de apelar a principios universalizables que permitan no solo orientar el discurrir social sino posibilitar la identificación de las diferentes clases sociales en un espectro común de criterios orientadores de la acción societal.

Ya en Hobbes es evidente que el propósito es romper con la categoría de derecho natural, para lo cual se le identifica con la libertad absoluta, es decir, en el marco de la acumulación primitiva de capital, es equiparable con la competencia salvaje no regulada jurídicamente, que ha llevado a la sociedad a un estado

de caos y destrucción. Hobbes acude a la razón, como capacidad humana, para definir las "leyes de naturaleza" con las cuales guiarse para salir de esa situación, para concretar así los criterios que fungirán no solo como indicadores de eficacia sino como factores de legitimidad del contrato que, en todo caso, la comunidad política acuerda con el Estado: la consecución de la paz y la preservación de la vida, por un lado, y, por otro, la concreción de un contrato social.

El punto central es que este iusnaturalismo supera definitivamente la referencia al modelo de vida buena como criterio normativo de convivencia e interpretación societal y acude a principios universales que la sociedad requiere para conciliar su fragmentación. Locke y las libertades individuales, Rousseau y la voluntad general y, finalmente Kant, la forma más acabada del iusnaturalismo temprano-moderno, al establecer la universalidad, la autonomía y la libertad como principios de la moralidad, consolidan la forma más depurada de iusnaturalismo racional que ya anticipaba muchos de los elementos sobre los que el iuspositivismo se basaría un siglo más tarde.

El iusnaturalismo racional moderno es ya la respuesta teórica a una sociedad fragmentada, polarizada en su momento, primero por las guerras de religión, después por la disputa entre fe e Ilustración y, finalmente, por la confrontación de clases que la Revolución Industrial y el despegue del capitalismo generaron en Europa. El *ethos* dominante no sirve ya para unificar a una sociedad polarizada y se requiere acudir a un ideal regulativo, así sea meramente formal, como la libertad e igualdad universales, que permitan de una parte concebir un ideal de sociedad común y, de otra, establecer parámetros materiales, las vías jurídicas desencantadas, como instrumento de racionalización del sistema social en su conjunto.

Así pues, como lo mostrará Weber, junto al desencantamiento de las imágenes tradicionales del mundo se produce un desencantamiento de las vías jurídicas y se consolida lo que será el derecho racional moderno como instrumento de racionalización social. Con este último nace, con todas sus patologías colindantes, un nuevo tipo de legitimación legal-racional que reemplaza, o pretendió reemplazar, la legitimidad encantada, tradicional o carismática de la sociedad tradicional.

Pero este derecho profano, desacralizado, llamado a ser el instrumento por excelencia del proceso de racionalización occidental y, más tarde, con la globalización del mundo entero, requiere para su fundamentación dos medidas: la primera, tomar distancia definitiva del iusnaturalismo y de su cadena, la filosofía del derecho, que intenta someterlo a *ethos* religiosos más nostálgicos que dominantes y a imperativos de justicia material que el capitalismo no puede satisfacer. Y, la segunda, la concreción de una instancia propia de autorreflexión, la teoría jurídica, que permita pensar el derecho desde sí mismo, no desde instancias extrasistémicas. El positivismo jurídico, particularmente, le dará a la teoría jurídica esta dimensión de autoobservación que el derecho requería para pensarse a sí

mismo en su papel y relación con el tipo de sociedad industrial capitalista que venía consolidándose desde el siglo XVIII.

Si bien las diferentes escuelas jurídicas del finales del siglo XVIII y comienzos del XIX (la Escuela de la Exégesis, la Escuela Histórica del Derecho, la Jurisprudencia de Conceptos, el Movimiento por el Derecho Libre y la Jurisprudencia de Intereses) van a constituir la gestación y parto de la teoría jurídica y la ruptura histórica con la filosofía del derecho, será el positivismo el que le confiera el fundamento epistemológico sustancial a la teoría jurídica, al establecer el problema y la dimensión de la validez como el ámbito, práctico y teórico, propio del derecho.

Ya habrá, a lo largo de este libro, oportunidad de volver sobre el sentido y la proyección de esto. Pero lo que quiero resaltar ahora es que, primero, el positivismo le proporcionó a la teoría jurídica los elementos conceptuales para consolidar su esfera de autorreflexión y, segundo, le permitió al mismo tiempo a la sociedad pensar el derecho sin preconcepciones éticas, de carácter religioso especialmente, aunque sí morales, lo que consolidó ese derecho instrumental que el capitalismo requería para romper amarras definitivamente con la sociedad tradicional.

Obviamente, esto abrió otro frente de complejidades, como dirá Luhmann, pero en ese momento se requería una teoría que permitiera consolidar una interpretación, estructural primero, funcional después y sistémica más tarde, que le posibilitara al derecho concebirse instrumentalmente sin someterse, por lo menos de manera preponderante, a los imperativos éticos tradicional-religiosos, y pudiera responder solo a un ideal regulativo de libertad e igualdad universales que los sistemas jurídico y social requerían para su consolidación y proyección correspondientes.

El iuspositivismo teórico y sociojurídico permite romper con la filosofía del derecho, inaugurar el estatus epistemológico de la teoría jurídica, establecer la dimensión y el problema de la validez como lo propio del ámbito jurídico y, adicionalmente, proporcionarle al capitalismo y, en general, a los sistemas sociales imperantes a comienzos del siglo XX la racionalidad instrumental que requerían para su desarrollo. Este último pasaría por tres momentos: uno estructural, uno funcional y otro sistémico, que a su vez corresponderían a tres períodos del desarrollo capitalista global y que pueden ser rastreados en tres binomios teórico-jurídicos/sociojurídicos que darían cuenta del desarrollo del derecho —y del positivismo jurídico— en esas tres etapas: Weber/Kelsen, Parsons/Hart, Luhmann/Luhmann (sociología del derecho y teoría del derecho, respectivamente).

Por supuesto, el positivismo eclosiona después de la Segunda Guerra Mundial, resurge el (neo)iusnaturalismo con Radbruch, como crítica no solo al positivismo sino a un sistema jurídico que se había quedado sin posibilidades de autocorrección y Hart, desde el positivismo metodológico, cuestiona el derecho reducido a órdenes respaldadas por amenazas y reedita de nuevo la posibilidad

de desobedecer al derecho injusto. La teoría de la justicia rawlsiana convalida esta posición, justifica los mecanismos de desobediencia civil y objeción de conciencia, no solo para la defensa de principios de justicia consensuados socialmente sino del mismo ordenamiento constitucional que aquellos inspiran, y la polémica entre liberales y comunitaristas sobre el mismo asunto, lo que hace evidente el conflicto sobre las concepciones de justicia, pero también de derecho, que la Modernidad tardía ha puesto en pugna.

Desde ese momento empiezan a darse de manera ambivalente, diría Bauman siguiendo a Beck en su sociedad del riesgo, tendencias en tensión que coexisten en un mundo global, predominantemente capitalista, si bien el fin del socialismo autoritario está cerca y el socialismo democrático se acomoda en los sillones del neoliberalismo. Y he aquí que, contrario a lo que podría esperarse, la discusión teórico-jurídica, en lugar de cerrarse, se abre, como dijera Mao: "dejemos que cien flores florezcan, dejemos que cien escuelas compitan", y asistimos, casi estupefactos, a una variedad de nuevas teorías jurídicas, nuevos autores, nuevas posturas que, incluso, le dan otra vez aires para volar a la misma filosofía del derecho.

Es sugestivo registrar este momento, a partir de los setenta, primero por la polémica liberal-comunitarista que, como dije, tras las concepciones de justicia esconde además conceptos de derecho en conflicto, como lo veremos más adelante. Pero junto a esto, que en cierta manera (re)inaugura la vigencia de la filosofía del derecho a nivel mundial, van surgiendo, de una parte, toda una pléyade de teorías críticas del derecho, el uso alternativo del derecho en Italia, la teoría crítica del derecho en Francia, el derecho en contexto en Inglaterra, los *critical legal studies* en Estados Unidos y, de otra, paralelamente, se enriquece la teoría jurídica con un espectro amplio y representativo de posturas: el neoiusnaturalismo de Finnis, el positivismo de Raz y MacCormick, en Inglaterra, el paradigma interpretativo de Alexy en Alemania, Dworkin en Estados Unidos, Zegreblesky en Italia y su derecho dúctil, el realismo interpretativo de Troper, la teoría neocrítica de Ost en Francia, el amplio espectro de constitucionalistas académicos estadounidenses, Fiss, Ackerman, Sunstein, Ely, Michelman y Perry, en fin, una multiplicidad de posturas y teorizaciones como nunca habíamos contemplado anteriormente, sin contar otros tantos que en América Latina también van a surgir, hibridando las argumentaciones unas veces, aportando en otras, creando incluso, pero siempre contribuyendo a un gran diálogo global y transnacional de todos estos planteamientos conceptuales.

Es interesante, decía Bauman, registrar esta enorme variedad de posturas e interpretaciones frente a un capitalismo cuyo *hegemon* neoliberal se antoja cada vez más monolítico y unidimensional. Parecieran dos tendencias opuestas y, sin embargo, quizá por aquello de la "astucia de la razón", la hegemonía económica del capitalismo global requiriera precisamente lo contrario, con lo paradójico y

contradictorio que parezca: una diversidad enorme de teorías y posiciones conceptuales, una lectura polisémica de la historia, de la sociedad y del derecho, que en cierta forma compense la verticalidad sistémica de la Modernidad tardía o la posmodernidad naciente, llámense como se llamen los regímenes políticos en su interior.

Entonces, a la par de ese movimiento objetivo de homogenización sistémica, ya lo veremos en este libro cuando abordemos el problema de la cosificación contemporánea, pareciera requerirse subjetivamente un proceso de diversidad conceptual que por fin, después de siglos, al menos permitiera que la pluralidad de interpretaciones sobre el mundo, la sociedad, la historia, el derecho, la religión y el pensamiento en general, surgieran y se confrontaran como una necesidad del espíritu, diría Hegel, de la humanidad, de la sociedad actual para compensar las cargas desbordantes que la realidad sistémica nos impone.

No es extraño que en ese contexto, a partir de la posguerra, surjan teorías que intenten dar razón de los juegos del lenguaje, de la pluralidad de voces y del universo de símbolos. Planteamientos como los de Habermas —la teoría de la acción comunicativa, la ética del discurso y la teoría discursiva del derecho— y los de Rawls —la teoría consensual de la justicia y el liberalismo político en clave sociológica no doctrinaria— son una respuesta a la necesidad de lograr consensos, concertaciones de mínimos, pero sobre todo, deliberaciones públicas que le den a la sociedad actual, en medio de la pluralidad de voces que contrastan la voz única del sistema, condiciones de estabilidad que posibiliten afianzar las instituciones, sostenidas por lo que Rawls llamará la razón pública y Habermas el patriotismo de la constitución.

Veremos trazos similares en las reglas de la argumentación jurídica de Alexy e incluso en el derecho como integridad de Dworkin. Pero no debemos olvidar que ambos se insertan en las órbitas que marcan primero Habermas y Rawls, y no lo contrario. En ese punto la teoría jurídica no está en deuda con la filosofía del derecho, sino con la filosofía a secas. Y así como una teoría consensual de la justicia y una de la acción comunicativa responden a un momento histórico y a una sociedad —que reclama la posibilidad de concertación amplia y democrática en favor, no de los poderosos sino de los desfavorecidos y afectados, de las minorías, de los desarraigados exiliados en la(s) periferia(s) del sistema, y cuyo "derecho a tener derechos" como diría Claude Lefort, comienza con el derecho a la deliberación—, de manera análoga la filosofía del derecho y la teoría jurídica requieren que el factor deliberativo sea parte vertebral de una nueva interpretación sobre el derecho y que este como concepto se pueda reconstruir, como necesidad histórica y social, en clave consensual para estos nuevos tiempos.

En Colombia, como lo veremos enseguida, se ha vivido un proceso análogo. Pasamos de una sociedad tradicional, donde, hasta 1930, imperaba el iusnatura-

lismo neoescolástico y donde toda teoría diferente era estigmatizada y perseguida como herejía, a una sociedad en transición a la Modernidad (que se quedó más bien en la modernización sin modernidad) donde, más que el iuspositivismo, lo que se ambienta es un iusnaturalismo racional moderno con trazos de positivismo. Esa combinación se amalgama durante el Frente Nacional en una peculiar conjunción de formalismo jurídico donde convergen, a la sombra del bipartidismo liberal-conservador, el iusnaturalismo y el positivismo, haciendo de aquel, el formalismo, el *habitus* de creación de derecho en nuestro país, particularmente.

Pero la caracterización de "formalista" del *habitus* dominante de nuestro campo jurídico no alcanza a dar cuenta de dos plexos de reflexión igualmente necesarios para una comprensión plena de nuestra condición iusfilosófica y teórico-jurídica: de una parte, las particularidades de los diversos paradigmas iusteóricos y de adjudicación constitucional, su proceso y proyección eventual como reflexión y praxis colectiva, y, de otra, el problema de los trasplantes y la supuesta pretensión de una "teoría criolla" del derecho.

En cuanto a lo primero, intentaré dar cuenta de ese proceso cuando aborde la dinámica del pensamiento jurídico en Colombia, mostrando de dónde venimos iusfilosófica y teórico-jurídicamente, y hacia dónde, potencialmente, nos dirigimos, justificando desde esa proyección, como lo estoy haciendo en esta parte a nivel global, la ambientación y el surgimiento de un paradigma consensual del derecho en Colombia.

Pero quisiera cerrar este apartado con unas palabras sobre lo segundo, la reivindicación de una teoría nativa del derecho. Sin duda, el planteamiento es claro en sociólogos jurídicos como Weber, Parsons, incluso Luhmann o Teubner, donde el capitalismo penetra, máxime en su fase de globalización, no solo expande la economía de mercado sino, simultáneamente, el derecho racional moderno. Ahora, es evidente que, como lo sostiene Josetxo Beriain (2005), así como hay diversos proyectos de modernidad también los hay de capitalismo, incluso los marxistas weberianos lo tenían claro cuando distinguían la versión europea del capitalismo de la estadounidense, sus tareas democráticas y progresistas, la versión de este y de las burguesías periféricas y su rol subordinado y explotador en sus propias latitudes (recuerden a André Gunder Frank y su distinción entre burguesía y lumpen-burguesía, desarrollo y lumpen-desarrollo).

En consecuencia, si eso es así, podemos incluso extenderlo a diversos conceptos de derecho, sin ninguna duda. No hay un solo proyecto de modernidad, no hay un solo proyecto de capitalismo y no hay un solo concepto de derecho. A eso responde igualmente el espectro de teorizaciones jurídicas de las que hemos querido dar cuenta. Esta pléyade ha querido llamarse la "teoría transnacional del derecho", término planteado por Diego López (2004) en Colombia y después recogido en una polémica por Daniel Bonilla (2009), ambos profesores de la Facultad de De-

recho de la Universidad de Los Andes, en una interesante polémica que tuvo eco en distintas audiencias y comunidades jurídicas en América Latina, por lo menos.

Este movimiento teórico dio pie a una tendencia crítica que quiso confrontar el planteamiento de la teoría transnacional del derecho, que era más una constatación sociológica que una propuesta teórica, con una teoría nativa del derecho que, además, se presentaba a sí misma no solo como emancipatoria sino como contestataria. Más adelante veremos hasta dónde el derecho puede ser "emancipatorio y contestatario", cuando veamos la problemática derecho-alienación-ideología, como pretendieron desproporcionadamente plantearlo los defensores esencialistas de la Corte Constitucional colombiana[1], argumento que solo les funcionó si acaso para la primera Corte, y muy poco para las posteriores, cooptadas por la corrupción y el autoritarismo. Lo anterior sumado al pluralismo jurídico de Boaventura de Sousa Santos, quien además también defendía un "derecho emancipatorio", dio pie a una amalgama de tendencias variopintas, estalinistas unas, posmodernas e iconoclastas otras, además de los simpatizantes de la filosofía latinoamericana y de un variado y contradictorio etcétera, cuya denominación finalmente se la proporcionó la "teoría de la decolonialidad", al menos en Colombia, con lo cual se cimentó una postura teórica plagada de vacíos y fisuras.

Quiero aclarar que la teoría de la decolonialidad merece toda mi consideración y respeto, y que mi intención es contrastar la recepción que ha tenido en estas latitudes y lo controversial de los supuestos teóricos que terminó reivindicando frente a la, también vaporosa pero menos inconsistente, teoría transnacional del derecho. No me propongo cuestionar sus supuestos teóricos con los que coincido y me identifico plenamente, así no los haya desarrollado por cuestión del campo de experticia en el que me he movido académicamente.

En efecto, podríamos esquematizar en tres corrientes constitutivas esta "tendencia decolonial" en nuestro contexto: una primera, de ascendencia marxista-estalinista, que por supuesto se opone a todo derecho y a toda teoría jurídica. Una segunda, posmoderna, de ascendencia nietszcheano-heideggeriana, que reivindica directamente a Foucault, Deleuze y Derrida, y que confronta todo el pensamiento occidental. Y una tercera, propiamente teórico-jurídica, de ascendencia boaventurense y, a través de él, lejanamente, de los *critical legal studies*, que defiende un derecho emancipatorio, particularmente en su versión de pluralismo jurídico.

Empero, las tres corrientes, tal como se las percibe en congresos, coloquios, simposios o encuentros académicos de filosofía del derecho, teoría jurídica y derecho constitucional, se mezclan en sus supuestos y argumentos, y logran una miscelánea bastante conflictiva donde todo el espectro se destaca indistintamen-

[1] Véase: Rodrigo Uprimny y Mauricio García. "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia". En *Emancipación social y violencia en Colombia*, ed. por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (Bogotá: Norma, 2004), 255-288.

te por su oposición visceral a todo el pensamiento jurídico occidental, al que se descalifica no solo por su carácter burgués y capitalista, sino por ser tildado como liberal, neoliberal, formalista, fascista y otro largo etcétera. Los adeptos a esta tendencia constituyen lo que Habermas llama el "posmodernismo estético-anarquista" que, simplemente, se oponen a todo, con razones o sin ellas.

El punto que quiero recabar, sin embargo, es que parece más enriquecedor el diálogo que se establece entre la teoría transnacional del derecho global y su recepción local que el que puede establecerse entre las prácticas nativas del derecho y su recepción propia, es decir, decolonial. La razón es muy sencilla: en esta última, sustancialmente, las fuentes "críticas, emancipatorias o contestatarias" no se infieren de las mismas praxis nativas del derecho, sino de la vertiente marxista, postestructuralista o posmoderna del pensamiento occidental. Es decir, en lugar de tratar de inferir una teoría jurídica criolla que dé razón de ese derecho alternativo, que en la práctica social y política de amplios sectores viene realizándose de manera cotidiana y viva en las mismas luchas populares, este remedo del pensamiento decolonial infiere sus categorías de autores críticos occidentales sin ninguna relación ni conocimiento de nuestra realidad y nuestro medio.

En un pastiche, como diría Fredric Jameson, del pensamiento decolonial original, el de Escobar, Mignolo, Castro, Dussel y Quijano, la supuesta "teoría criolla del derecho" se alimenta de Heidegger, Foucault, Derrida, Abensour, Balibar, Zizek, Boa, contra Kelsen, Hart, Finnis, Radbruch, Rawls, Dworkin, Alexy, Raz, Habermas, Kennedy, etc., replicando, bajo las etiquetas de la decolonialidad, la emancipación y el "pensamiento del sur", simplemente una vertiente crítica del pensamiento occidental, sin recuperar nuestra historia ni nuestra creación. Con ello solo reproduce, de manera más dramática y paradójica, los presupuestos conceptuales de la dominación colonial, sin lograr dar cuenta teórica de la dinámica propia de nuestras prácticas emancipatorias jurídico-políticas insertas en la vida cotidiana y en las luchas de nuestras comunidades. De esa forma, el destino conceptual de la teoría nativa queda condenado al eterno retorno de Sísifo, empujando una piedra que reproduce, con todo su esfuerzo, lo que cándidamente cree estar liberando.

Una palabra final sobre los trasplantes jurídicos que quedarán en evidencia en la consideración que haré sobre el pensamiento jurídico en Colombia. Colindante con el debate sobre la teoría transnacional del derecho estaba la de los "trasplantes jurídicos" que López plantea y Bonilla problematiza. Al respecto es importante anotar lo siguiente: la sola categoría de trasplante no sirve para evaluar el impacto de una teoría global en nuestro contexto. Como veremos al final, las teorías de Dworkin y Alexy, en efecto, han tenido un "trasplante" en Colombia, pero eso no da cuenta del carácter de estas y no permite una evaluación crítica de la recepción que tuvieron en nuestro contexto.

En contraste, quisiera que se tuviera en cuenta que el trasplante puede tener tres modalidades: 1) copia, como recepción fiel descontextualizada; 2) híbrido, como recepción creativa; y, finalmente, 3) mutación, como recepción tergiversada. Quizás en estos términos podamos evaluar mejor el impacto que los trasplantes pueden tener en un contexto y no creer que el mero hecho de trasplantar es malo o bueno indiscriminadamente. Ya sea el trasplante de una teoría trasnacional ya sea la creación de una nativa, es prácticamente imposible en un mundo global pretender una teoría pura y virginal, que no tenga la influencia de otras teorizaciones. Al contrario, lo que encontramos es un gran diálogo ecuménico de teorías globales y locales cuya recepción y originalidad pueden ser mejor descritas y juzgadas en términos de copia, híbrido o mutación, que en la falsa y maniquea dicotomía de buenas o malas, o según la abstracta generalización de trasplante con la que ha querido caracterizarse su recepción en nuestro contexto.

En su *Filosofía del derecho* (1821) Hegel planteó, en una sentencia que siempre fue mal comprendida, que "lo que es racional es real y lo que es real es racional". Con ello no pretendía decir que lo real se redujera a pensamiento, como el marxismo vulgar, en especial, quiso presentarlo. Por el contrario, lo que pretendía era dar cuenta de que la filosofía, como la lechuza de Minerva, "alza su vuelo sobre Atenas al caer la noche", es decir, que la razón da cuenta de la realidad social una vez que un ciclo de la realidad se ha cerrado. La filosofía no surge de la nada, no es producto de nebulosas mentales como la filosofía de la mente a veces pretende, y mucho menos la filosofía práctica, es decir, la moral, la política y la del derecho. La teoría responde a la realidad, da razón de ella, de la sociedad en un momento dado: condensa los rasgos distintivos de sus tendencias más representativas y, de esta manera, afina el camino futuro en un círculo incesante donde realidad y teoría se remiten y se corresponden mutuamente. En ese sentido, la realidad siempre se teoriza y la teoría será siempre el reflejo depurado de lo real.

El pensamiento jurídico en Colombia

Quisiera retomar ahora mi vieja intención de justificar una propuesta de periodización del campo jurídico colombiano mostrando el desarrollo y el conflicto de paradigmas iusfilosóficos en nuestro país, abordando el desarrollo de estos paradigmas desde el periodo de la Conquista hasta nuestros días.

Aquí se hace necesario poner de relieve un punto esencial. El desarrollo endógeno de la reflexión iusfilosófica que puede rastrearse en tales términos hasta mediados de este siglo, incluyendo la recepción kelseniana que se hace de la *Teoría pura del derecho* por parte de nuestros clásicos (Nieto Arteta, Betancur, Naranjo y Carrillo), sufre, después de un receso de casi medio siglo, un proceso

de redefinición en unos términos que podrían caracterizarse, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, como de "globalismo localizado".

Durante lo que va corrido de la vigencia de la Constitución de 1991, sin duda por la presión inicial de lo que se autodenominó el "nuevo derecho", se ha impuesto una problematización de los paradigmas convencionales (iusnaturalista y positivista, básicamente) y se ha empezado a consolidar una tendencia paradigmática que podríamos denominar poskelseniana, en diferentes vertientes, enfocada en cuestionar el formalismo jurídico determinante, histórica y estructuralmente, de nuestra identidad iusfilosófica y teórico-jurídica.

El punto es que, frente a aquella reflexión endógena, con originales aunque contradictorios desarrollos del pensamiento iusfilosófico universal, comienza una asimilación, no menos original aunque más sistemática y, por tanto, fiel a sus presupuestos matrices que, en un primer momento, parece contrastar con el nivel mismo alcanzado por el derecho en Colombia. En otras palabras, pareciera que la recepción iusfilosófica del discurso universal fuera incongruente con la realidad del derecho y sus áreas dogmáticas en el país.

Sin embargo, esta impresión se disipa de dos maneras: con los desarrollos y nuevos paradigmas que empiezan a ponerse de manifiesto en las altas cortes, en especial la Constitucional, pues no es solo una tendencia presente en esta última. Y con la flexibilización progresiva de las diferentes áreas dogmáticas de manera análoga a lo que, como veremos más adelante, Zagrebelsky denominó para Europa la constitucionalización del derecho y la consolidación subsecuente de dogmáticas fluidas.

De tal manera, aunque la impresión aparente al contrastar la realidad del campo jurídico con la asimilación del pensamiento iusfilosófico pudiera inclinarnos a considerar un desfase estructural entre los dos, debido al contextualismo práctico del primero y al universalismo teórico del segundo, para ser más clara la ilustración, esta se disipa al evidenciar la estrecha relación dialéctica entre ambas que se ha ido generando paulatinamente y cuya mejor expresión, sin duda, pese a sus contradicciones y limitaciones teóricas —por no hablar del daño que le ha hecho el unanimismo acrítico que a su alrededor se ha constituido— es la reflexión interdisciplinaria que ha madurado en torno al derecho constitucional colombiano.

Paradigmas iusfilosóficos y teórico-jurídicos

El paradigma hispano-tradicional

La filosofía de la historia en América Latina ha tenido dos importantes exponentes: en primer lugar, Leopoldo Zea quien describe lo que han sido los diferentes proyectos históricos asumidos por Latinoamérica desde la Independencia. Y, en

segundo lugar, Enrique Dussel quien plantea una historización de la Iglesia en América Latina, ligada al desarrollo socio-político de la historia latinoamericana[2].

De manera similar a las dos propuestas anteriores de periodización, se requeriría una historización de los paradigmas iusfilosóficos que a partir de la Colonia se fueron concibiendo y desarrollando regionalmente en América Latina, en nuestro caso para la región andina cuya idiosincrasia cultural y similitudes socio-políticas entre los países que la componen hacen factible su eventual sistematización. Esto porque, aunque son los individuos, las masas o los pueblos, los protagonistas de la historia, los sujetos del desarrollo institucional moderno son las estructuras institucionales, en particular las jurídico-políticas[3].

La secuencia de paradigmas comienza con el hispano-tradicional, el cual se prolonga desde la Conquista hasta finales de la Colonia en los albores del siglo XIX. Contra el prejuicio generalizado, este comportaba elementos democráticos y participativos, provenientes de la tradición ibérica cuya matriz aristotélico-tomista colocaba en la comunidad y en el bien común el fundamento de la soberanía a la que el rey y las autoridades debían someterse, so pena de que su poder se deslegitimara y su mandato fuera revocado por la comunidad[4].

Su origen inmediato se remonta a la Escuela española que afirmaba que el fundamento del Estado se da por derecho natural y por la necesidad espontánea de que la comunidad logre una organización social (Francisco De Vitoria). El Estado es un *corpus mysticum* inspirado en la libertad y en la necesidad, fundado en un acuerdo libremente asumido de una comunidad ética (Francisco Suárez), que tiene por objeto el bien común.

Pese a que el poder civil del príncipe se origina en el poder divino, este solo le es conferido por intermedio de la comunidad. La sociedad delega el poder pero no lo enajena, sino que lo retiene y puede recabarlo cuando el interés público se lo exige (Martín de Azpilcueta). Aunque el rey es el eje del Estado, en el momento en que se convierte en tirano o descuida la consecución del bien común, la soberanía puede serle despojada por el pueblo que, en tal caso, tiene el derecho de constituir jueces y magistrados y darse por sí mismo una autoridad que lo gobierne (Diego de Covarrubias y Leyva).

Estos postulados, origen del iusnaturalismo comunitario en Colombia, muestran la forma en que la comunidad legitima la soberanía, y serán actualizados y profundizados por varias generaciones de juristas hispanos en los siglos XVII y

---

[2] Véanse: Leopoldo Zea, *América en la historia* (Madrid: Revista de Occidente, 1970) y *Filosofía de la historia americana* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1978); así como Enrique Dussel, "Criterios generales y periodificación de una historia de la Iglesia en América Latina", *Revista Cristianismo y Sociedad* 82 (1984).

[3] Véase: Óscar Mejía y Arlene Tickner, *Cultura y democracia en América Latina* (Bogotá: M&T Editores, 1992).

[4] Véase: Héctor J. Tanzi, "La doctrina de los juristas hispanos sobre el poder político y su influencia en América", en *Orígenes ideológicos del movimiento emancipador americano* (Caracas: Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1979), 32-35.

XVIII, muchos de los cuales serían ampliamente reconocidos en Hispanoamérica o, incluso, habrían sido proclamados por funcionarios de la Corona en estas tierras.

De tal suerte, puede apreciarse una serie de significativas reflexiones que va transformándose desde el derecho que la comunidad tiene para deponer, legítima y jurídicamente, al príncipe que se convierta en tirano o abandona el Estado, así como para legislar en su ausencia (Fernando Vásquez de Mencheca), hasta los que sostienen que el poder lo recibe el rey directamente del pueblo e indirectamente de Dios (Francisco Salgado de Somoza; Pedro González de Salcedo) y que, en ausencia de este, tal potestad retorna al pueblo (Diego Ibáñez de Faria, Fiscal de la Audiencia en Buenos Aires en 1669). O que, en caso de falta de un funcionario, el Ayuntamiento puede nombrar a la persona indicada (Gerónimo Castillo de Bovadilla) y que, finalmente, los cabildos al representar al pueblo, como fuente original de poder, reciben la soberanía suprema, tanto si la figura del rey desaparece (Juan de Hevia Bolaño) como si este descuida el bienestar de la comunidad.

Independencia y paradigma presidencialista

La filosofía newtoniana que José Celestino Mutis introduce en la Nueva Granada a finales del siglo XVIII se presenta como un proyecto radicalmente innovador que se aplica, de manera paulatina, a los dominios de las matemáticas, la botánica y la medicina. Proyecto que las guerras de Independencia posponen y que la Reconquista castra de raíz, sin permitir la innovación interna del paradigma tradicional que, por esa vía, se encontraba muy cerca de autoconcebir el derecho como un instrumento al servicio del hombre, para reorganizar la sociedad al tenor del modelo matemático, en cuanto ciencia jurídica del ordenamiento social[5].

De allí que la discusión que se reinicia una vez culminada la Independencia empezara desde un punto muerto que ya no retomaba el desarrollo interno que hasta entonces se había dado y que no permitió que culminara la renovación interna del paradigma jurídico hispano-tradicional desde sus propios postulados conceptuales, como Mutis lo había hecho para otras disciplinas. La discusión se polariza entre el tradicionalismo, por un lado, y el utilitarismo y el positivismo, por el otro, pero su dinámica viene mediada por posiciones políticas irreconciliables inspiradas en la consecución de intereses muy puntuales. Los partidarios del tradicionalismo, buscando preservar sus privilegios e influencias coloniales, y los partidarios del útil-positivismo, buscando renovar a cualquier costa los esquemas conceptuales de la sociedad tradicional[6].

[5] Véanse: Manuel Briceño, "José Celestino Mutis, humanista clásico", *Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario 555* (1992): 22-36; Luis Carlos Arboleda y Diana Soto, "Las teorías de Copérnico y Newton en los estudios superiores de Nueva Granada y en la Audiencia de Caracas: Siglo XVIII", *Quipu 8*, n.° 1 (1991): 5-34.

[6] Sobre esta concepción, véase: Jaime Jaramillo, *El pensamiento colombiano en el siglo XIX* (Bogotá: Témis, 1982)

Por eso el proceso desemboca en el surgimiento de un híbrido que desde entonces caracterizaría a los ordenamientos institucionales latinoamericanos: el presidencialismo. Este surge ante la necesidad de consolidar el Estado nacional, amenazado por el caudillismo federalista-separatista y su urgencia de lograr una organización estatal centralista que sentara bases firmes para las nuevas sociedades.

En ese propósito, el presidencialismo habría de servirse de toda una amalgama de ideologías, tanto del positivismo como del utilitarismo, así como del tradicionalismo hispano y de cualquier doctrina que le ofreciera elementos con los cuales alcanzar su objetivo de fortalecimiento del Estado nacional. De ahí la combinación de los conceptos de bien común (hispano-tradicionalista), eficiencia (utilitarismo) y transformación social (positivismo), que los hace converger en un peculiarísimo rasgo, propio de nuestra idiosincrasia jurídica: un formalismo perfecto pero inefectivo que permitía concebir legislaciones excepcionales con muy poca o ninguna efectividad práctica[7].

Por eso no es extraño que, en el caso particular de Colombia, la dirección presidencialista que permite la organización definitiva del Estado nacional terminara de la mano del neotomismo, en lo que se ha conocido como el periodo de la Hegemonía conservadora y que se prolonga por casi medio siglo (1886-1930). El ecléctico-sincretismo del paradigma presidencialista termina "convirtiéndose" al iusneoescolasticismo e identificando moral, política y Estado como cualquier sociedad premoderna.

El paradigma kelseniano

La renovación que se da en el subcontinente, que en Colombia se conoce como el periodo de la República liberal (1930-1946), pretendió inspirarse en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen para alentar los procesos de cambio que empezaban a propiciarse. Sin embargo, terminó subsumiendo al positivismo kelseniano en el procedimentalismo mágico dominante, propio de las sociedades tradicionales, lo cual lo desarmó de los elementos innovadores que hubieran permitido desligar al derecho tanto del patronazgo iusneotomista como de la amalgama de doctrinas que buscaban inspirar los nuevos replanteamientos socio-estatales.

Los contenidos jurídicos del derecho continuaban siendo alimentados —contra el ideario de Kelsen— por todo tipo de ideologías, tanto progresistas como retardatarias, y no por ser aquellos novedosos dejaban de ser caprichosos, lo cual fortaleció el procedimentalismo sacro del orden socio-institucional tradicional.

La recepción jurídica de Kelsen en Colombia se da a partir de una serie de autores iusfilosóficos que, además, fundan la filosofía moderna en Colombia[8]:

y Rubén Jaramillo, *Colombia: la modernidad postergada* (Bogotá: Témis-Argumentos, 1994).

[7] Salvador Carmona, *El poder ejecutivo latinoamericano* (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974).

[8] Véanse: Rubén Sierra, "Temas y corrientes de la filosofía colombiana en el siglo xx", en *Ensayos filosóficos*

Eduardo Nieto Arteta[9], quien acepta la teoría kelseniana pero reduciéndola a "mera lógica jurídica"; Cayetano Betancur[10], cuyo propósito sería conciliar a Kelsen con el neotomismo; Abel Naranjo Villegas[11], quien parte del realismo metafísico en su lectura de Kelsen para "superarlo", introduciéndole un elemento axiológico; y Rafael Carrillo[12], quien plantea una fundamentación axiológica bastante audaz y proyectiva a partir de la teoría de los valores de Max Scheler.

La lectura de Kelsen hecha por estos primeros intérpretes buscaba conciliarlo con el paradigma jurídico tradicionalista, forzando su teoría a reconocer una dimensión axiológica que quebraba la pureza metodológica y la neutralidad valorativa que aquel siempre defendió para el derecho. Pese a lo peculiar de sus interpretaciones, la asimilación que se hace de Kelsen lo desdibuja en sustancia y lo subsume en el procedimentalismo sacro convencional que con él, sin embargo, asume un carácter supuestamente "desideologizado" y mucho más formalista[13].

La asimilación kelseniana en Colombia parece haber sido más formal que sustancial y el paradigma tradicionalista, utilizado a discreción por el sistema presidencialista, continuaba así alimentando de manera determinante los desarrollos institucionales, si bien ciertos planteamientos poskelsenianos alcanzaran a permear y matizar, en el campo de la jurisprudencia académica por lo menos, la hegemonía pseudopositivista-tradicionalista de mediados de siglo en Colombia[14].

Paradigmas poskelsenianos en Colombia

Vale la pena destacar tres obras que han representado un avance en el desarrollo poskelseniano en Colombia y que constituyen recepciones renovadoras al interior del anquilosado marco iusfilosófico de la sociedad tradicional colombiana, además de contribuir a la crítica del paradigma hispano-tradicional y neotradicional en nuestro medio.

La primera es el trabajo de Carlos Gaviria que representa una aplicación

(Bogotá: Colcultura, 1978); y *Luis Villar Borda, Kelsen en Colombia* (Bogotá: Témis, 1991). Así como, para una versión más actualizada, Guillermo Hoyos Vásquez, "Medio siglo de filosofía moderna en Colombia. Reflexiones de un participante", *Revista de Estudios Sociales 3* (1999): 43-58.

9 Eduardo Nieto, *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico* (Medellín: Universidad Bolivariana, 1941).

10 Cayetano Betancur, *Ensayo de una filosofía del derecho* (Bogotá: Témis, 1959).

11 Abel Naranjo Villegas, *Filosofía del derecho* (Bogotá: Témis, 1959).

12 Rafael Carrillo, *Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1979).

13 Para una aproximación histórica de la recepción kelseniana en Colombia, consultar la ilustrativa ponencia de Alberto Cárdenas, "Hans Kelsen y su influjo en el pensamiento jurídico colombiano", en *Ponencias del II Congreso de Filosofía Latinoamericana* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1982), en la línea de historia de las ideas que ha distinguido a esa universidad.

14 Véase, como ejemplo de esta tendencia ecléctico-sincrética, Mauricio Rengifo, "Aspectos iusfilosóficos de las fuentes del derecho", *Temas Jurídicos* 7 (1995): 25-43.

sistemática de la filosofía analítica del derecho, en su concepción hartiana, que logra una línea de identidad iusfilosófica renovadora y honesta, desligada de los cantos de sirena y las arenas movedizas del poder que tanto han perjudicado el desarrollo iusfilosófico colombiano[15].

La segunda es la labor adelantada por Luis Villar Borda quien ha logrado acercar al país, a partir de Kelsen, a una obra iusfilosófica tan trascendental como la de Robert Alexy[16], pese a la interpretación kelseniano-procedimentalista que la universidad que lo ha acogido tenía que darle a un autor cuyas connotaciones críticas —en la línea neokantiana— han contribuido a cuestionar severamente al iuspositivismo en las postrimerías del siglo xx. Labor que ya da, en esa ambivalente línea procedimental-discursiva, sus primeros frutos[17].

La tercera es la obra de Darío Botero quien, desde una perspectiva marxista, muy próxima también al estructuralismo foucaultiano, ha desarrollado una crítica del iuspositivismo kelseniano pero, sobre todo, del turbio y asfixiante procedimentalismo criollo, con la intención de fundamentar una teoría social del derecho, no iconoclasta, que permita reformular su función en una sociedad como la colombiana[18].

En este marco habría que nombrar también la lectura marxista de Hegel que permite ver el derecho como un medio trascendental de conciliación entre el hombre y la sociedad, y que da como resultado una interpretación que reconoce, de una parte, un papel conservador, en la medida en que se estructura sobre las instituciones populares de un pueblo, y, de otra, uno revolucionario, en cuanto debe garantizar el *ethos* libertario y democrático de una nación[19].

En Colombia, como en general en la región andina y en América Latina, el derecho terminó operando como una ideología más, cambió su función organizadora por una simbólica, apologética y dominadora, y se enfrentó en cuanto metadiscurso, en últimas como una subcultura urbana más, al espectro de tradiciones sobrevivientes del proceso de racionalización y modernización capitalis-

---

[15] Véase: Carlos Gaviria, *Temas de introducción al derecho* (Medellín: Señal Editora, 1994); y, sobre todo, su extensa e interesante jurisprudencia.

[16] Véanse: Luis Villar Borda, introducción a *Teoría del discurso y derechos humanos*, de Robert Alexy (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995); así como *Kelsen en Colombia* (Bogotá: Témis, 1991); *Ética derecho y democracia* (Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 1994); *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998); a lo que habría que añadir, necesariamente, su extraordinaria traducción de Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999).

[17] Véase: Néstor Osuna, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995); el cual es un excelente ejemplo de aplicación de la teoría alexiana a la interpretación constitucional, al desnudar todos los problemas que comporta tratar de compaginar el positivismo kelseniano con una teoría de la argumentación jurídica de corte neokantiano como la de Alexy.

[18] Véase: Darío Botero, *Teoría social del derecho* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993); así como *El poder de la filosofía y la filosofía del poder*, 2 vols. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998).

[19] Sobre la recepción hegeliana, véase: Darío Mesa, ed., *Estado-derecho-sociedad: seminario sobre la filosofía del derecho de Hegel* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993).

tas, catalizados por el proyecto hegemonizante neoliberal.

La Constitución de 1991 en Colombia generó la necesidad de nuevos esquemas de concepción e interpretación jurídicas y constitucionales que todavía no han logrado afianzarse, ni temática ni institucionalmente, en el país[20]. Desafortunadamente, el "nuevo derecho" sigue siendo el "viejo derecho" pero con una nueva Constitución, es decir, siguen siendo los mismos paradigmas convencionales de concepción e interpretación jurídico-constitucional, con ropajes híbridos de diferentes escuelas difícilmente combinables, que no logran una asimilación crítica y creativa de las teorías jurídicas universales que permitan renovarlos. A esto se suma la falta de comprensión de la función de integración social y política que el derecho debe desempeñar en una sociedad desgarrada y en conflicto como la colombiana[21].

Al interior de la Corte Constitucional colombiana coexisten cuatro esquemas de interpretación jurídico-constitucional diferentes, los cuales se reproducen en instancias análogas de poder: el liberalismo escéptico, con cierta ascendencia iusfilosófica en la escuela analítica del derecho, cuyo principio rector es el catálogo de principios liberales y los derechos fundamentales de la Constitución; el dogmatismo colectivista, con clara ascendencia iusnaturalista premoderna, basado en las ideas tradicionales sobre el bien común; el colectivismo silogístico, de ascendencia iuspositivista, el cual da prevalencia jerárquico-formal a los principios contenidos en la Constitución; y, finalmente, el pluralismo igualitario, de ascendencia hermenéutica, que reconoce la pluralidad de intereses generales[22].

Lo anterior somete a la decisión en derecho a una lotería caprichosa que depende de la tendencia que en suerte deba estudiar un asunto o demanda determinada. Los conflictos de interpretación devienen pugnas de concepciones de justicia, muchas veces inconmensurables, como lo plantea MacIntyre, que hace de las decisiones finales de un tribunal constitucional o un cuerpo colegiado un mero acuerdo de intereses que no logra alcanzar una posición de consenso consistente y congruente; de esta manera, se abre la puerta a un resquebrajamiento y a una fractura lenta pero inexorable del orden jurídico positivo[23].

Pero el paradigma tradicionalista se mantiene en su inercia institucional y se resimboliza subsumiendo nuevos elementos y doctrinas que permitan darle "nuevos" contenidos al modelo neoliberal de democracia participativa, pero sin cambiar sustancialmente

[20] Sobre el proceso de convocatoria y las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, véase: John Dugas, ed., *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1993).

[21] Con magistrales excepciones como la representada por el ex-Magistrado de la Corte Constitucional colombiana Ciro Angarita, "En defensa de la normalidad que los colombianos hemos decidido construir. Salvamento de Voto a la sentencia de mayo 7 de 1992 (declaratoria de constitucionalidad del estado de emergencia social)", *Revista de Derecho Público* 4 (1993): 21-38.

[22] Véase: Cristina Motta, "Intereses y derechos: la transición al estado social", en *Ética y conflicto* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1995).

[23] Para un estudio crítico sobre el procedimiento de decisión de la Corte Constitucional, véase: José Antonio Rivas y Óscar Mejía Quintana, "Consenso y opinión pública o regla de mayoría", *Pensamiento Jurídico* 8 (1998): 22-43.

el procedimentalismo sacro propio del esquema jurídico de una sociedad tradicional premoderna. En esa dirección ha asimilado una serie de escuelas de corte aristotélico premoderno conformando un híbrido laico —a diferencia del confesional hispano-tradicional— constituido por teorías iusfilosóficas de estirpe contextual, pero también escuelas y teorías provenientes de tradiciones postilustradas diametralmente opuestas.

Lo que más llama la atención de este paradigma neotradicionalista es la utilización que ha hecho de la figura del juez-Hércules de Dworkin, así como la subsunción de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, proveniente esta última de la tradición kantiana. La razón es clara: la matriz aristotélica del neotradicionalismo lo confina a los estrechos límites de los valores contextuales de una comunidad determinada que el juez-Hércules interpreta a entera discreción, por encima de la opinión misma de esta sociedad. Pero ello coloca su decisión en el vórtice de la arbitrariedad y lo hace susceptible a la deslegitimación del conjunto de sujetos sociales que se vean afectados por su sentencia. Para superar este exceso contextualista, el neotradicionalismo requiere una teoría como la de Alexy que, desde la filosofía kantiana, proporcione la pretensión de universalidad que requiere para legitimar su decisión[24].

Hacia un paradigma consensual-discursivo

Una grosera tipología permitiría mostrar el espectro jurídico colombiano dividido en una serie de tendencias teóricas que pueden designarse, incluso, según su matriz universitaria, de la siguiente manera: el iusnaturalismo premoderno, liderado por las universidades Javeriana y del Rosario, si bien en la primera ha ido surgiendo una escuela renovadora, de significativas proyecciones resimbolizadoras para el derecho, de innegable corte postilustrado[25]; el iuspositivismo, la filosofía analítica del derecho y la teoría de la argumentación jurídica de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad de Antioquia[26]; el antiformalismo jurídico de la

[24] La sentencia de la Corte Constitucional sobre la penalización del aborto, que identifica la categoría de moralidad política de Dworkin con moralidad social y, por esa vía, con el cristianismo y el catolicismo dominante en la sociedad colombiana, es una excelente ilustración de este punto.

[25] Véanse: Francisco Herrera, *La filosofía del derecho* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1994); y Rodrigo Noguera, *Derecho natural* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1992). *Sobre la tendencia postilustrada de la primera*, véase: Óscar Guardiola y Diego López, "(De)construyendo la nación: del mapa como imagen al imaginario de la lucha" y "Derecho constitucional, política y paz", en *La otra guerra: el derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz* (Bogotá: Plaza & Janés, 2000).

[26] Véanse: Luis Villar Borda, *Kelsen en Colombia* (Bogotá: Témis, 1991); Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995); Néstor Osuna, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995); en cuyo contexto es obligado mencionar la Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia que dirige el profesor Luis Villar Borda; y, finalmente, Carlos Gaviria, *Temas de introducción al derecho* (Medellín: Señal Editora, 1994), en el marco de cuya tradición podría incluirse, igualmente, Gilberto Tobón Sanín, *Carácter ideológico de la filosofía del derecho* (Medellín: Señal Editora, 1998).

Universidad de Los Andes[27], donde tienen una expresión sistemática las tendencias, no siempre muy congruentes en su compatibilidad conceptual, positivista-hartiana[28], alexy-dworkiniana[29] y rawlsiano-habermasiana[30], sin olvidar el nuevo constitucionalismo[31], el feminismo jurídico[32] y la versión norteamericana de los *critical legal studies*[33], respectivamente, además de la sociojurídica, adelantada por su centro de investigaciones[34]; y la hegeliana y marxista-estructuralista de la Universidad Nacional de Colombia[35] que se ha ido ampliando al asimilar, en el marco de su tradición académica convergente e integrativa[36], tendencias de las otras universi-

[27] Tendencias que han sido recogidas por la Colección Nuevo Pensamiento Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

[28] Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1993).

[29] Véanse: Daniel Bonilla e Isabel Jaramillo, "El igualitarismo liberal de Dworkin", en *La comunidad liberal de Ronald Dworkin* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1996); César Rodríguez, "Teoría del derecho y decisión judicial", en *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin* de H.L.A. Hart y Ronald Dworkin (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997); así como el excepcional y esclarecedor estudio de Rodolfo Arango, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1999).

[30] Véanse: Guillermo Hoyos Vásquez, "Ética discursiva, derecho y democracia", en *Ética y conflicto* (Bogotá: Universidad de Los Andes / Tercer Mundo, 1995). Así como Óscar Mejía Quintana, "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls", en *El derecho de los pueblos* de John Rawls (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996); y *Justicia y democracia consensual* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997).

[31] Véanse: Manuel José Cepeda, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991* (Bogotá: Témis, 1992); *La constitución que no fue* (Bogotá: Universidad de Los Andes / Ancora, 1994); así como el *Observatorio de justicia constitucional. La Corte Constitucional: el año de la consolidación* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997) y *Derecho constitucional: perspectivas críticas. Ensayos, líneas jurisprudenciales, balance estadístico* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1999), estos últimos de los que el profesor Cepeda ha sido activo promotor y coordinador. En este punto vale la pena resaltar, como expresión iusfilosófica del proceso de constitucionalización del derecho colombiano, a Diego López Medina, "El valor del precedente constitucional", en *Derecho constitucional: perspectivas críticas*, 1999, 21-38.

[32] Véase: María Mercedes Gómez, "El feminismo: ante todo un *locus* para la sospecha", en *Ética y conflicto,* ed. de Cristina Motta (Bogotá: Universidad de Los Andes / Tercer Mundo, 1995); así como "La mirada pornográfica" en *Derecho y pornografía*, ed. de Catherine Mackinnon y Richard Posner (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997); asimismo, recientemente, Isabel Cristina Jaramillo, "Teoría del derecho y género" en *Teoría del derecho y género*, de Robin West (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes / Instituto Pensar, 2000).

[33] Véase: César Rodríguez, "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces" en *Libertad y restricción en la decisión judicial* de Duncan Kennedy (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes / Instituto Pensar, 1999); tendencia donde podría inscribirse, desde un marco teórico-crítico continental, Carlos Morales Setién de Ravina, "Elementos sustantivos y reflexivos en el derecho moderno" en *La fuerza del derecho* de Pierre Bourdieu y Gunther Teubner (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes / Instituto Pensar, 2000).

[34] Aquí, entre muchas otras investigaciones, pueden mencionarse, por sus implicaciones iusfilosóficas, las siguientes: Mauricio García Villegas, dir., *Justicia constitucional y acción de tutela* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996); Jaime Bermúdez, dir., *Opinión pública y Corte Constitucional* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996); Libardo Ariza, Felipe Cammaert y Manuel Iturralde, *Estados de excepción y razón de Estado en Colombia* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1997); y, finalmente, Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1999).

[35] Véase: Darío Mesa, ed., *Estado-derecho-sociedad*, 1993; así como Darío Botero, *Teoría social del derecho*, 1993.

[36] Véase el artículo, síntesis de su monografía laureada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, de Andrés Rodríguez V., "Unidad y validez de los sistemas jurídicos: problemas de las diversas teorías sobre la norma básica" (tesis de grado, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009).

dades[37], y ha desarrollado en especial las del pluralismo jurídico de Boaventura de Sousa Santos[38] y la de la teoría crítica del derecho, tanto en su versión italiana, en la interpretación garantista de Luigi Ferrajoli[39], como en la francesa[40].

Pese a que este amplio panorama podría hacer pensar en una conceptualización jurídica madura en proceso de adaptarse al nuevo contexto constitucional, que proporcione los esquemas de interpretación necesarios para sus nuevos retos y tareas, la tendencia histórica colombiana de tipo formalista-procedimental del derecho[41], encubada tanto en el seno del iusnaturalismo premoderno como del iuspositivismo e, incluso, de su variante iusanalítica, ha contaminado el proceso de renovación hermenéutico-jurídica de la jurisprudencia del país. De ahí que se dé un permanente "conflicto de concepciones de justicia"[42] que hace que las determinaciones corporativas sean, muchas veces, fruto de acuerdos y no de consensos, por la inexistencia de procedimientos de consensualización y criterios homogéneos de interpretación al interior de tales instancias[43].

Esa es la razón de que se produzca una serie de híbridos interpretativos[44] que problematizan contradictoriamente la consolidación de un nuevo paradigma ius-

---

[37] Me refiero a las revistas *Pensamiento Jurídico* y *Politeia* de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

[38] Véase: Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998).

[39] Véase: Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. Le ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999).

[40] En este punto, en general, la producción de los últimos años habla por sí sola. Entre los que más se acercan a la consideración iusfilosófica o sociojurídica, siempre desde una consideración interdisciplinaria, estarían Diego Montaña Cuéllar, *Colombia social* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998); Leopoldo Múnera Ruíz, *Rupturas y continuidades* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998); Germán Palacio C., *Globalización, Estado y narcotráfico* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998); Esther Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998); Marcel Silva Romero, *Flujos y reflujos. Reseña histórica sobre la autonomía del sindicalismo colombiano* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998); Mario Aguilera y Renán Vega, *Ideal democrático y revuelta popular* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998); así como, para una de las primeras recepciones del paradigma autopoiético del derecho de Niklas Luhmann, Óscar Mejía Quintana, *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001).

[41] Véase: Javier Henao, *Panorama del derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Témis, 1994); en una dirección similar cabe destacar, igualmente, a Ricardo Sánchez, *Política y Constitución* (Bogotá: Universidad Central, 1998).

[42] Véase: Alisdair MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988).

[43] Para los escépticos sobre la existencia de diversas concepciones de justicia en conflicto, consultar, además de las referencias anteriores, Ralf Dreier, "Estructuras y problemas del concepto de justicia", en *Derecho y justicia* (Bogotá: Témis, 1994).

[44] Reconociendo la originalidad de este tipo de planteamientos, pueden destacarse las versiones alexy-dworkiniana como un ejemplo aleccionador donde se combinan ecléctica mente tradiciones y proyecciones de pensamiento radicalmente diferentes como la neokantiana y la aristótelico-gadameriana; la positivista-hermenéutica y su concepto de función simbólica del derecho; así como la del iusnaturalismo positivizado, propia del formalismo jurídico colombiano. Véanse como ejemplos paradigmáticos, Rodolfo Arango, "El valor de los principios fundamentales en la interpretación de la Constitución", *Revista de Derecho Público* 5 (1994): 51-60; Mauricio García Villegas, "La incidencia social de la Constitución", *Revista de Derecho Público* 4 (1993): 9-29; y Juan Manuel Charry Urueña, "Una aproximación al sistema normativo de la Constitución", *Revista de Derecho Público* 3 (1993): 17-32.

filosófico que permita interpretar en términos posconvencionales el espíritu participativo —y la letra misma— de la Constitución del 91. En consecuencia, nuestro particular pluralismo jurídico debe ser asumido como el espectro de expresiones prejurídicas o jurídicas de una sociedad tradicional en proceso de desintegración y transición estructural que entran en conflicto por la pretensión de cada una por hegemonizar su concepción de racionalidad práctica y legitimidad, y por lograr el reconocimiento exclusivo como instrumento regulador de la sociedad[45].

Es evidente el elemento problemático que este eclecticismo jurídico colombiano connota en cuanto es expresión de una sociedad fragmentada en clases y subculturas muchas veces violentamente antagónicas. Ello se manifiesta en los varios prototipos de legitimidad que hoy se encuentran en conflicto en esta clase de sociedades: una tradicional, expresión de una sociedad y un Estado tradicionales, y sus correspondientes clases de apoyo, según la tipología weberiana, cuya visión iusfilosófica correspondiente oscila entre el neoiusnaturalismo premoderno, el positivismo lógico-formalista kelseniano, el paleocomunitarismo neoaristotélico y la hermenéutica jurídica de corte perelmaniano-gadameriano. También se encuentra una legitimidad funcional-procedimentalista, expresión de burocracias tecnocrático-estatales, que ha encontrado en el revisionismo positivista kelseniano y la filosofía analítica del derecho, en su línea wittgesteiniana, el apoyo iusfilosófico para su proyecto social; así como una legitimidad modernizadora, expresión ahora de las reformas neoliberales emprendidas en el subcontinente, cuyo correlato iusfilosófico puede encontrarse en el iusutilitarismo y la filosofía analítica del derecho, en su línea hartiana, y una mezcla ecléctica de teorías actuales donde sobresalen lecturas muy sesgadas de Dworkin, Rawls y Habermas, entre otros. Otro tipo es la legitimidad material, expresión de clases y subculturas al margen de la institucionalidad (guerrilla, sicariato, delincuencia, minorías marginales, sectores urbanos desplazados, clases medias en proceso de proletarización, en fin, el "país nacional") que encuentra su fundamentación iusfilosófica en el marxismo estructuralista (Marx, Foucault y el postestructuralismo francés) así como en disciplinas sociales colindantes al derecho.

Este conflicto de concepciones de legitimidad es la expresión superestructural de un conflicto de preformas y formas socio-jurídicas[46], de clases sociales en pugna al interior de un conglomerado que no logra definir un consenso mínimo, ni sobre los contenidos ni sobre los instrumentos jurídico-políticos, desde el cual rehacer el lazo y el contrato social desintegrados[47]. En Colombia, como un labo-

[45] Sobre el conflicto de legitimidades, véase: Enrique Serrano Gómez, "El concepto 'legitimidad'", en *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado* (Barcelona: Anthropos, 1994).

[46] Sobre el concepto de preformas socio-jurídicas, véase: Gustav Radbruch, "Los problemas de la filosofía del derecho", en *Introducción a la filosofía del derecho* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993).

[47] Para una visión estructuralista del marxismo y del concepto de Estado democrático como dialéctica de fracciones en el poder, véase: Nicos Poulantzas, "El bloque en el poder", en *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*

ratorio social de Latinoamérica entera, coexisten —no se puede decir que conviven— las realidades descritas y sus correspondientes esquemas de legitimidad, autocomprensión cosmológica y proyección práctica, en medio de una tensión polarizada donde cada vez es más urgente un elemento de integración social en el que todos puedan creer sin renegar de sus propios contextos de existencia, tradiciones de vida y patrones de cultura.

Lo malo es que esa integración se concibe, no desde un esquema dialógico que incluya a la opinión pública como inspiradora de un consenso mínimo normativo que alimente los contenidos jurídico-políticos, sino desde un esquema monológico que integra la pretensión de universalidad, no al proceso de formación política de la voluntad pública a través de los procedimientos jurídicos, sino solo al procedimiento de discusión formal de esos contenidos por parte de la comunidad legal: la democracia "participativa" deviene una "pseudodemocracia de jueces" que, aunque superior sin duda a la representativa, carcomida por la corrupción y la representación elitista, continúa imponiendo sobre la ciudadanía y el conjunto de sujetos colectivos que la componen, los procedimientos, contenidos y productos jurídicos de asuntos de su directa incumbencia sobre los cuales aquella no es estructuralmente tenida en cuenta.

En consecuencia, llegamos a una conclusión ineludible: la de la necesidad de reconstruir un paradigma jurídico-político integral, alternativo al neotradicional, que garantice el carácter amplio y participativo de la nueva democracia. Un paradigma que integre a la ciudadanía y a la opinión pública, de manera activa, a la construcción de tales ordenamientos institucionales, para darles una legitimidad suficiente a partir de la reelaboración del lazo social resquebrajado.

En este punto se justifica la asimilación crítica que se viene haciendo de las teorías jurídicas de John Rawls y Jürgen Habermas[48]. Estas fundamentan un paradigma consensual-discursivo del derecho que concibe a la ciudadanía como factor estructural en la concepción, elaboración, ejecución y control de los procedimientos, contenidos y productos jurídicos que regulan una sociedad. El poder comunicativo de la sociedad civil deviene así en poder administrativo, siendo la voluntad popular traducida a normas legales que interpretan, a través de los canales institucionales, su posición política sobre los asuntos que la afectan.

Frente al procedimentalismo sacro del neotradicionalismo, donde el legislador, el juez o el gobierno determinan los contenidos de la ley (*pre*, *in* o *post factum*), el paradigma consensual-discursivo infiere esos contenidos del *consenso mínimo* a que llega el conjunto de sujetos colectivos que conforman la opinión pública. Este cumple varios objetivos: proporciona el contenido normativo común desde el cual deben partir la concepción, la interpretación y la ejecución de las disposiciones le-

(México D.F.: Siglo xxi, 1976).

[48] Véanse: John Rawls, *Teoría de la justicia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996); y *Liberalismo político* (Barcelona: Crítica, 1996); así como Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1998).

gales; permite que el derecho responda, no a los imperativos sistémicos autorreferentes, ya sean administrativos o económicos, sino a las necesidades del mundo de la vida de la ciudadanía; con lo cual se logra, primero, rehacer el lazo social desintegrado y, segundo, relegitimar el sistema en la medida en que la opinión ciudadana determina la regulación legal de su vida privada y pública[49].

Propuesta de periodización

Una propuesta de periodización de los paradigmas iusfilosóficos y teórico-jurídicos en Colombia, podría estructurarse de la siguiente manera:

<table>
<tr><td rowspan="3">Primera época (siglos xv-xvii): orden colonial y paradigma hispano-tradicional. Momento del capitalismo mercantil</td><td rowspan="3">Primer periodo (1492-1550): leyes de Indias</td><td>Primera fase (1492): legislación de Isabel y regencia de Fernando</td></tr>
<tr><td>Segunda fase (1512): leyes de Burgos</td></tr>
<tr><td>Tercera fase (1542): leyes Nuevas[50]</td></tr>
<tr><td colspan="2">Segundo periodo (1551-1650): la Escuela Española.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Tercer periodo (1650-1750): desarrollo de la Escuela Jurídica Hispanoamericana</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Segunda época (siglos xvii-xix): crisis del orden colonial y construcción de la república. Momento del capital industrial librecambista</td><td colspan="2">Primer periodo (1750-1815): surgimiento y desaparición del paradigma temprano-moderno en Hispanoamérica</td></tr>
<tr><td colspan="2">Segundo periodo (1815-1830): guerras de independencia y conflicto de los paradigmas hispano-colonial y utilitarista</td></tr>
<tr><td colspan="2">Tercer periodo (1830-1880): consolidación del orden republicano y del paradigma presidencialista pragmático-instrumental</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Tercera época (siglos xix-xx): democracia liberal y crisis de la sociedad tradicional. Momento del imperialismo</td><td colspan="2">Cuarto periodo (1880-1930): Hegemonía conservadora y paradigma tradicionalista</td></tr>
<tr><td>Quinto periodo (1930-1960): surgimiento del Estado liberal y paradigma procedimentalista-kelseniano</td><td>Momento del capitalismo transnacional</td></tr>
<tr><td colspan="2">Sexto periodo (1960-1980): crisis de la sociedad tradicional y recepciones pospositivistas</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Cuarta época (siglo xx-presente): modernización neoconservadora y democracia participativa</td><td rowspan="3">Primer periodo (1980-1998): cambios estructurales en la sociedad tradicional andina y crisis del sistema representativo</td><td>Primera fase (1980-1990): pseudomodernización neoliberal y paradigma neotradicionalista</td></tr>
<tr><td>Segunda fase (1990-1998): crisis del modelo neoliberal y del paradigma neotradicionalista</td></tr>
<tr><td>Tercera fase (1998-presente): democracia participativa y desarrollo potencial del paradigma consensual-discursivo</td></tr>
</table>

[49] Sobre esta recepción, véanse: Guillermo Hoyos Vásquez, "Ética discursiva, derecho y democracia", 1995; así como Óscar Mejía Quintana, *La problemática iusfilosófica*, 2001.

[50] Véase: Beatriz Fernández, *La utopía de la aventura americana* (Barcelona: Anthropos, 1994).

Colombia y sus problemáticas iusfilosóficas y filosófico-políticas

El proceso de negociación para la resolución pacífica del conflicto entre el Gobierno y los grupos insurgentes, desde el Caguán hasta el presente proceso de paz, ha puesto sobre la mesa dos problemáticas simultáneas: primero, la crisis de legitimidad del ordenamiento derivado de la Constitución del 91 al no haber podido ampliar efectivamente el pacto de interesados representado por la Constitución del 86, clausurado definitivamente por el Frente Nacional a partir de 1958, y así lograr la paz en el país. Y, segundo, el grado de validez que ante semejante situación tiene la misma Constitución del 91.

Desde la óptica de la filosofía jurídica y política, la cuestión puede plantearse así: ¿cuál es la norma fundamental que, a nivel nacional, le da validez a la Constitución del 91 entendiendo por aquella el supuesto hipotético que le confiere unidad y aceptación general a un sistema jurídico? En términos de Kelsen, cuando el Estado no tiene dominio sobre todo el territorio y hay zonas bajo el control normativo de otras "normas fundamentales", así sean de carácter prejurídico[51].

O, en términos de Hart, ¿cuál es la regla de reconocimiento que identifica al ordenamiento jurídico-político colombiano?, teniendo en cuenta que coexisten, de facto, varias reglas de reconocimiento (Constitución del 91 vs. "ley es para los de ruana", por ejemplo), sin hablar del conflicto abierto entre la que está implícita de la Constitución del 91 y las "reglas de reconocimiento" de los grupos armados con dominio territorial[52].

La unidad del campo jurídico colombiano está en cuestión, ya sea que se aborde el problema desde Kelsen o desde Hart. En otras palabras, la lectura positivista de la Constitución parece estar en problemas para definir el estatus de validez que el Estado de derecho tiene en Colombia. Lo que desemboca en la cuestión de cómo renovar las lecturas consensuales de la Constitución que le den unidad a esta, y cómo y desde dónde derivar tales principios ordenadores desde los cuales "leer" la Constitución sin necesidad de reformarla o reemplazarla periódicamente[53].

El conflicto de modelos de democracia

Adicionalmente, hay, sin duda, un punto en donde hoy en día se identifican las sociedades postindustriales y las tradicionales en transición: ambas enfrentan, desde posiciones diferentes, el reto de la desintegración social y el imperativo de

[51] Véanse: Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992); y *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 1994).

[52] Véanse: H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994); así como "Postscriptum", en *La decisión judicial* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997).

[53] Véase: Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), 87-89.

reconstruir un lazo político que se fue desintegrando. En las primeras, producto de las patologías sociales derivadas del proceso de modernización; en las segundas, debido a las presiones de racionalización socio-cultural que el proceso de globalización impuso a sus sociedades[54].

En ambos casos el resultado fue casi idéntico, en palabras de Weber: en las primeras, el Estado de derecho como elemento unificador fue puesto en cuestión por la pérdida de autonomía a que sometió, paradójicamente, a la sociedad liberal; en las segundas, debido a la pérdida de sentido que originó en las clases tradicionales, que las enfrentó, además, a su desaparición socio-económica e histórica. Premodernidad y posmodernidad se encuentran, pues, en el mismo vórtice del desvanecimiento moderno, que Marx denunciara un siglo antes[55].

La solución parece pasar por la concepción de un nuevo paradigma jurídico-político que permita romper la inercia formalista de los procedimientos jurídicos y abrirlos al protagonismo estructural de la opinión pública, llámese esta tradiciones divergentes (MacIntyre), visiones omnicomprehensivas (Rawls) u opinión pública (Habermas) o, en la otra vía, a la prefiguración sistémica de las expectativas sociales (Luhmann). Lo decisivo, en ambas posiciones, es lograr un respeto al disenso o una asimilación sistémica de este que amplíe la democracia liberal-participativa moderna, y le proporcione una eficacia más inteligente (ya sea sistémica o deliberativa) a sus cuestionados procedimientos formales.

Desde esta perspectiva, la problemática del Estado de derecho retoma, de una parte, la interpretación weberiana para estudiar de qué manera la dominación legal-racional fue desbordada por las patologías sociales que produjo, reconfigurando el cuadro socio-político de las sociedades capitalistas avanzadas; y, de otra parte, cómo la autolegitimación instrumental-funcional, en la línea de Parsons, tampoco sería suficiente para reconstruir el lazo social desintegrado por la Modernidad[56].

En ese marco se replantean, una vez más, tanto desde la filosofía del derecho como desde la filosofía política, las relaciones entre derecho, política y moral: los procedimientos jurídicos y sus consecuentes resultados deben estar fundamentados en proposiciones sustantivas, de orden ético-moral, o deben preservarse puros y rechazar todo esfuerzo de fundamentación sustancial en aras de garantizar su objetividad y neutralidad.

La respuesta no reedita la clásica discusión propia del positivismo y el iusnaturalismo convencionales. La solución se plantea, para las sociedades contemporáneas, en una alternativa dilemática que desgarra hoy en día a las democracias

[54] Véanse: Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho*, 1998, 19-34; y "Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación", en *Conflicto y contexto* (Bogotá: Tercer Mundo, 1997), 63-78.

[55] Véase: Marshall Berman, *Todo lo sólido se desvanece en el aire* (México D.F.: Siglo XXI, 1988).

[56] Véase: Enrique Serrano Gómez, *Legitimación y racionalización*, 1994.

occidentales avanzadas: por un lado, la moralización del Estado de derecho (material o procedimental), en la línea del comunitarismo, es decir, de volver a darle a los procedimientos jurídicos un contenido sustantivo a partir de los valores éticos dominantes de una sociedad dada o, en su defecto, la posibilidad de conferirle al Estado de derecho un fundamento normativo (desde una moral posconvencional de carácter consensual-discursivo) que, sin caer en el iusnaturalismo premoderno, permita darle una orientación deliberativa a los contenidos y procesos legal-funcionales. Y, por otro, la concepción del Estado de derecho como un sistema autorreferente, autopoiético y absolutamente refractario a la moral, abierto cognitivamente a su entorno pero cerrado normativamente a este.

Ante la imposibilidad de la teoría jurídica por lograr una solución exclusiva a esta dicotomía dilemática moderna, la discusión volvió, momentáneamente, al terreno de la filosofía práctica (tanto jurídica como política), solo para mostrar la necesidad de una perspectiva dual en la consideración de esta.

Varios modelos de democracia se encuentran hoy en conflicto en el mundo contemporáneo. El modelo de democracia directa[57], de corte comunitarista, que reivindica la acción espontánea de las comunidades para autoorganizarse o, en su defecto, la etitización de la vida pública a partir de una concepción dominante de vida buena. El modelo de democracia liberal[58], ya sea en su versión "participativa" de corte neoliberal, que reivindica una participación restringida, meramente funcional, de la ciudadanía, o en su versión "socialdemócrata" que, a través del Estado interventor, desplaza paternalmente a la ciudadanía en la toma de decisiones.

Como una derivación cualitativamente diferente, el paradigma autopoiético del derecho y la política de Niklas Luhmann, propios de una sociedad poscapitalista global, conciben un modelo de democracia autorreferente, en cuanto sistema de sistemas, cuya función sistémica de autoadaptación les impone como imperativo la reducción de complejidad que prefigura las alternativas que permitan reducir la contingencia y los conflictos sociales, no desde lo que el entorno, es decir la sociedad, reclame y requiera realmente, sino desde lo que el sistema puede y está dispuesto a programar para adaptarse a sus propias exigencias[59].

---

[57] En esta línea véanse: Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud* (Barcelona: Crítica, 1987); y Michael Sandel, *Democracy's Discontent* (Cambridge: Harvard University Press, 1996).

[58] En esta línea, véanse: Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1990); y Amy Gutmann y Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Londres: Harvard University Press, 1996). E, incluso, Anthony Giddens (*La tercera vía*. Madrid: Taurus, 1999).

[59] Sobre la concepción autopoiética del derecho y la democracia consultar, en castellano, Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, ed., *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid: Debate, 1992); Renato Treves, *La sociología del derecho* (Madrid: Arie1, 1988); David Cotterrell, *Introducción a la sociología del derecho* (Barcelona: Ariel, 1991); Jesús Martínez García, *La imaginación jurídica* (Madrid: Debate, 1992); Ignacio Izuzquiza, *La sociedad sin hombres* (Barcelona: Anthropos, 1990); Juan García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997); Josetxo Beriain, *La integración en las sociedades complejas*

Un problemático modelo de conciliación de las anteriores posiciones se concreta a través de la obra de Ronald Dworkin. Desde muy temprano, enmarcándose en el constructivismo rawlsiano, Dworkin buscará conciliar dos dimensiones de la problemática ética y política contemporánea: la de la moral individual con los principios políticos del liberalismo. Pero no es sino hasta su libro *Ética privada e igualitarismo político* (1993) y, anteriormente, con su escrito sobre la comunidad liberal cuando concreta su compleja propuesta, donde plantea explícitamente la necesidad de superar la dicotomía que desgarra a la filosofía moral, política y jurídica de finales de siglo entre comunitaristas y liberales, es decir, entre universalismo y contextualismo, con lo cual da una fundamentación ético-contextual a los principios universales del liberalismo[60].

Se trata de superar la imposición de los esquemas universales de corte kantiano, implícitos en el liberalismo decimonónico, por una subsunción ético-individual de estos, que confiere al igualitarismo liberal una fundamentación moral que no tenía en el esquema clásico liberal. La idea principal de Dworkin es que concibiendo al liberalismo, ante todo, como igualitarismo liberal, el individuo logra encontrarse más a gusto en su doctrina en cuanto esta parte de un principio moral fundamental —el de la igualdad—, más cercano y menos abstracto al contexto ético del individuo que el que usualmente se ha pretendido aplicar desde el esquema universal libertad-igualdad-fraternidad[61].

Frente a este se opone un modelo de democracia deliberativa, del cual Rawls (1996) y Habermas (1998) son los principales exponentes, y cuya pretensión es definir procedimientos de consensualización y deliberación ciudadanas, en todos los niveles de la sociedad y del Estado, que permitan una participación estructural de esta en la concepción e implementación de las reformas constitucionales, las leyes y regulaciones legales y las políticas públicas, que respeten el derecho de disidencia de las minorías. La opinión pública confiere el contenido de un consenso normativo mínimo que se traduce en poder administrativo mediante los procedimientos del Estado de derecho, con lo que se logra rehacer el lazo social desintegrado y propiciar la reintegración de la sociedad[62].

(Barcelona: Anthropos, 1996); Ramón Soriano, *Sociología del derecho* (Barcelona: Ariel, 1997); y Pilar Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann* (Barcelona: Bosch Editor, 1993). Y, específicamente, de Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1974); *Teoría política en el Estado de bienestar* (Madrid: Alianza, 1994); *Observaciones sobre la Modernidad* (Barcelona: Paidós, 1997); *Complejidad y Modernidad* (Madrid: Trotta, 1998); *Sistemas sociales* (Barcelona: Anthropos, 1998). Y, en inglés, especialmente: *A Sociological Theory of Law* (London: Routledge & Kegan Paul, 1985).

[60] Véanse: Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1989); *Ética privada e igualitarismo político*, 1993; *La comunidad liberal* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1996).

[61] Véase el ilustrativo libro de Francisco Cortés Rodas, *De la política de la libertad a la política de la igualdad* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Antioquia, 1999).

[62] Véase, para mayor detalle, Óscar Mejía Quintana, "Elementos de un paradigma consensual-discursivo del derecho

Rawls trata de superar el conflicto de interpretaciones jurídico-políticas contemporáneas recurriendo a tres constructos desde los cuales fundamentar una teoría de la democracia que, primero, establezca un procedimiento de consensualización ciudadana sobre los principios de justicia social que rijan la estructura básica de la sociedad. Desde aquí se fundamenta, segundo, un acuerdo político entre los diversos sujetos colectivos ciudadanos que permita definir, de nuevo consensualmente, el contenido de las reformas constitucionales, las leyes y regulaciones legales y las políticas públicas. Y, tercero, esto se propone respetando siempre el derecho de disidencia de las minorías, el cual compele estructuralmente al orden institucional a integrar, antes que desconocer o ignorar, las perspectivas políticas discordantes en la construcción de un sistema social ampliamente participativo.

Mientras que Habermas[63], empleando un paradigma discursivo-procedimental del derecho y un modelo normativo de democracia radical, concibe el Estado democrático de derecho como el desarrollo de una soberanía popular que, procedimentalizándose discursivamente, origina la estructura deliberativa de la democracia constitucional, fuente única de legitimidad y validez del ordenamiento jurídico-político. El problema decisivo que la filosofía jurídica y política debería poder absolver en nuestro conflictivo contexto es cuál de estos modelos es el que mejor podría superar la crisis de legitimidad y validez en que se encuentra nuestro país.

Obediencia al derecho y desobediencia civil

La teoría del contrato social establece los términos iniciales de la tensión dilemática entre obediencia y desobediencia al derecho, que se bosqueja desde la obra de Hobbes, se afianza con Locke y Rousseau y trata de encontrar en Kant una salida que, sin embargo, el paradigma monológico de su filosofía no permite alcanzar. Pero el mérito del contractualismo es dejar planteada la cuestión que desgarra no solo a la filosofía práctica (moral, política y jurídica) de la Modernidad sino a esta misma y a la democracia liberal, como su sistema político más representativo, que tampoco pudo ser resuelto por el socialismo real[64].

Esa tensión trata de resolverse desde otras instancias sin mucha fortuna. La sociología del derecho de Max Weber muestra, con su paradójica fórmula de la fe en la legalidad, lo difícil que era resolver el conflicto moderno entre orden legal positivo y legitimidad, y establecer una relación posconvencional entre moral, política y derecho[65].

---

en Colombia y la Región Andina", en *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa* (Bogotá: Témis, 1998), 137-289.

[63] Sobre el desarrollo teórico de Habermas véase, entre otros, Guillermo Hoyos Vásquez, "Jürgen Habermas, filósofo de la Modernidad", *Humanidades. Revista de la Universidad Industrial de Santander* 22, n.° 1 (1993): 67-75.

[64] Sobre la teoría clásica del contrato social véase, en detalle: Óscar Mejía Quintana, *Justicia y democracia consensual*, 1997.

[65] Véase: Enrique Serrano Gómez, *Legitimación y racionalización*, 1994.

Hans Kelsen, con su teoría pura del derecho y su concepción del sistema legal como sistema lógico-deductivo del que toda consideración moral había sido desterrada, cae en contradicciones similares cuando se ve obligado a recurrir a una norma fundamental, con connotaciones sustantivo-normativas, que desde el vórtice le confiera consistencia ética a toda la pirámide legal. Contradicción que H. L. A. Hart, aparentemente, no logra superar tampoco con su regla de reconocimiento empírica que, igualmente, debe recurrir a un catálogo de derecho mínimo natural para fundamentar la legitimidad del orden positivo[66].

Aunque la tradición contractualista constituye el origen de la consideración iusfilosófica y filosófico-política de la obediencia y desobediencia al derecho[67], la problemática tiene como antecedente inmediato para nuestro medio la polémica sobre el particular que se genera en el contexto ibérico, en el marco de consolidación de las democracias peninsulares de España y Portugal.

El problema básico giró en torno al análisis de la *vinculatoriedad* jurídica, es decir, las diversas razones que ofrecen las normas para justificar acciones o, en otras palabras, existe una obligación moral de obedecer al derecho, y se conculye que, aunque existen razones prudenciales para obedecer, no hay una obligación moral general para hacerlo[68].

En el marco de estas polémicas se desarrolla otra estructuralmente relacionada, con un carácter más universal e implicaciones más directas para Colombia: la de la desobediencia civil[69]. Si la obediencia al derecho no es absoluta qué alternativas

66 Véase: Max Weber, *Economía y sociedad* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987); Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 1994; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1994.

67 Véanse, en general, Thomas Hobbes, *Leviathan* (Londres: Penguin Classics, 1985); John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Madrid: Alianza, 1990); Jean Jacques Rousseau, *Del contrato social* (Madrid: Alianza, 1992); e Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (México D.F. D.F.: Porrúa, 1986).

68 Juan Ramón de Páramo, "Obediencia al derecho: revisión de una polémica", *Isegoría* 2 (1990): 153-161. Esta discusión discurrió en el marco de las siguientes publicaciones: Manuel Atienza, "La filosofía del derecho de Felipe González Vicén", en *El lenguaje del derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983); Adela Cortina, "Sobre la obediencia al derecho", en *Anuario de filosofía del derecho* (Madrid: Nueva Época, 1989); Elías Díaz García, *De la maldad estatal y la soberanía popular* (Madrid: Debate, 1984); "Legitimidad y justicia: la Constitución zona de mediación", *Doxa* 4 (1988): 349-353; Eusebio Fernández, *La obediencia al derecho* (Madrid: Civitas, 1987); "Réplica a Adela Cortina", en *Anuario de filosofía del derecho* (Madrid: Nueva Época, 1989); Felipe González Vicén, "La obediencia al derecho", en *Estudios de Filosofía del Derecho* (España: Universidad de La Laguna, 1979); "La obediencia al derecho: una anticrítica", *Sistema* 65 (1985): 101-105; "Obediencia y desobediencia al derecho. Unas últimas reflexiones", *Sistema* 88 (1989): 105-109; Esperanza Guisán Seijas, "Razones morales para obedecer al derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 28 (1988): 131-154; Javier Muguerza Carpintier, "La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia", *Sistema* 70 (1986): 27-40; "Sobre el exceso de obediencia y otros excesos", *Doxa* 4 (1987): 343-347; "La alternativa del disenso", en *El fundamento de los derechos humanos* (Madrid: Debate, 1989); Juan Ramón de Páramo, "Comentario al libro *La obediencia al derecho* de E. Fernández", *Anuario de Derechos Humanos* 5 (1988-1989): 28-43; Gregorio Peces-Barba, "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en *Derecho y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

69 Véanse: Francisco Colóm González, "Legitimidad y democracia: dos décadas de un debate inconcluso", *Isegoría* 2 (1990): 162-169; y Juan Carlos Velasco, "Tomarse en serio la desobediencia civil", *Revista Internacional de*

tiene la sociedad para oponerse a ordenamientos ilegítimos o a leyes injustas. John Rawls, Ronald Dworkin y Jürgen Habermas, problematizando el conjunto de la filosofía moral, jurídica y política contemporánea, ponen sobre la palestra la necesidad de considerar figuras de resistencia ciudadana que, al darle juego al disenso, dinamicen la democracia y abran el camino a un nuevo modelo de esta.

Cada uno de los modelos anotados desarrolla un concepto de obediencia al derecho y, eventualmente, de desobediencia civil concomitante a su concepción jurídico-política y moral, cuyas raíces tienen que ser explicitadas precisamente en el terreno donde se originan y resuelven, el de la filosofía del derecho y el de la filosofía política. La teoría contemporánea de la desobediencia civil la concibe como un test de constitucionalidad desde donde el Estado de derecho, a través del juez constitucional, puede reconstruir la legitimidad cuestionada de los sistemas políticos estableciendo sensores en la periferia de la opinión pública de cuyas propuestas se puedan derivar contenidos normativos mínimos para un Estado democrático derecho[70].

En los contextos de las sociedades tradicionales en transición estructural, como la latinoamericana, la racionalización forzada catalizada por las reformas neoliberales de apertura económica ha generado un proceso de descomposición socio-económica acelerada cuyo resultado inmediato ha sido la desintegración de los estratos tradicionales y su reconversión en clases sociales, en el marco de una economía capitalista global endogenizada. Este proceso origina una eclosión de sujetos colectivos cuya reacción aparente es oponerse a todas las medidas de racionalización capitalista —no importa de dónde provengan ni qué tan adecuadas parezcan ser—.

Tenemos entonces sujetos colectivos provenientes de esa sociedad tradicional herida de muerte, con símbolos, valores y tradiciones culturales, sociales y políticas divergentes, desgarrada por múltiples concepciones de legitimidad, "preformas" jurídico-políticas, mentalidades y racionalidades prácticas antagónicas, que no encuentran en el derecho formal ni en la democracia liberal "a la criolla", los instrumentos de conciliación e integración posconvencionales necesarios para rehacer el lazo social desintegrado y sentar las bases de una democracia constitucional simétrica donde todos tengan las mismas oportunidades y posibilidades de injerencia y, sobre tales condiciones, poder replantear un nuevo contrato social más amplio y plural.

Es en este marco donde el problema de la obediencia al derecho y la desobediencia civil adquiere implicaciones trascendentales para el contexto colom-

Filosofía Política 7 (1996): 179-184.

[70] Véase, en especial, José Antonio Estévez Araujo, *La constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid: Trotta, 1994).

biano. En un país donde el "pacto de interesados" weberiano ya no es el de las mayorías y, además, se encuentra sitiado por minorías que quedaron al margen de él y que no lograron ser incorporadas por el más amplio de la Constitución del 91, con "reglas de reconocimiento" jurídico y prejurídico en conflicto con el ordenamiento legal dominante, la inexistencia de formas alternativas de disidencia ciudadana coloca a nuestro sistema jurídico en una paradoja dilemática: o persiste en una estrategia perversa de autolegitimación (en una errónea lectura positivista-luhmanniana) sin considerar al entorno o se abre a la realidad social para subsumir su complejidad a riesgo de desaparecer como sistema por el eventual exceso de información recibido.

El tribunal constitucional

Lo anterior impone otra reflexión complementaria, que ha venido madurando en las últimas décadas, sobre el papel del tribunal constitucional en un Estado democrático de derecho y su rol conciliador entre constitución y ciudadanía. La constitucionalización del derecho en la época actual y las constituciones como productos de nuevos consensos sociales imponen una nueva lectura del texto constitucional que supere la rigidez del positivismo y el formalismo jurídicos, y permita interpretarla como un texto en construcción desde las perspectivas políticas de la ciudadanía. Solo así puede obrar como un elemento de integración social.

Uno de los cuestionamientos en los cuales se identifican Habermas y Luhmann, en el conjunto de su obra, es el que formulan al Estado interventor, es decir, al Estado social de derecho. Para Habermas este constituye la última hornada de juridización que mayor "colonización" del mundo de la vida ha originado, acelerando a su interior la desintegración de los diferentes contextos mundo-vitales que lo componen. En Luhmann este diagnóstico coincide en cuanto los derechos fundamentales, como expectativas contrafácticas de comportamiento, no logran en su seno el grado de desustancialización que posibilite la identificación de las diferentes perspectivas ciudadanas con tales derechos, lo que pone en peligro la autorreferencia del sistema jurídico y la posibilidad de predeterminar la doble contingencia, es decir, de prefigurar el conflicto al interior del sistema social.

En ambos casos, el Estado de derecho, para garantizar la integración efectiva de la sociedad, tiene que cuidarse de una excesiva materialización de los derechos que, ante la imposibilidad de cumplir, lo deslegitime por no poder manejar la complejidad generada por este (Luhmann) o acudir a una racionalidad discursivo-procedimental de la soberanía popular (Habermas) que, en la figura del tribunal constitucional, adopte frente a los conflictos una perspectiva deontológica.

Esto último nos coloca en la discusión sobre la función y la legitimidad del tribunal constitucional en las sociedades contemporáneas, en una edición renova-

da del debate clásico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, con no pocas coincidencias, pese a la diferencia de momentos históricos y perspectivas teoréticas[71].

Habermas critica, retomando la perspectiva deontológica de Dworkin de la "respuesta correcta", la metodología del tribunal constitucional alemán que tiene en la "teoría de la ponderación" y en la "solución del caso concreto" sus principales fundamentos[72]. Para Habermas, esta metodología del tribunal constitucional origina que sus decisiones no sean "justas para todos" sino "buenas para algunos", en la medida en que los bienes colectivos en cuanto individuales son traducidos a principios jurídicos (como derechos fundamentales) que, al ser ponderados, inclinan al tribunal a priorizar una concepción de vida buena sobre otras, que impide que su decisión sea reconocida como justa y, por tanto, legítima por el resto de sujetos colectivos que componen la sociedad[73].

De ahí que Habermas se remita al constitucionalismo estadounidense para reivindicar, con Ely y Ackerman[74], frente a la corriente republicano-comunitarista, la lectura procedimental-deliberativa que el tribunal constitucional debe hacer de la carta. Con esto aboga por una participación igual de todos los afectados en los procesos de decisión institucionales y una desmaterialización y consecuente procedimentalización deliberativa de los principios y valores constitucionales[75].

Todo esto conlleva, según Habermas, que el juez constitucional deje de escudarse en una supuesta "neutralidad legal" de su lectura de la constitución y acepte que sus decisiones "en derecho" son decisiones políticas, inspiradas por modelos de democracia que reproducen en la decisión judicial el conflicto y la tensión señaladas, las cuales no pueden ser superadas si no se asume un modelo de democracia deliberativa que, al erigir como su *alter ego* a la opinión pública, asegure para todos los sujetos procedimientos iguales de deliberación, que garanticen decisiones "justas para todos" y no "buenas para algunos". El tribunal constitucional debe propender por la conciliación entre ciudadanía y constitución,

---

71 Véase: Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (Madrid: Tecnos, 1995).

72 Véase: Robert Alexy, "Teoría de la ponderación", en *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 157-172.

73 Metodología en buena parte asumida por la Corte Constitucional colombiana y que tuvo en la "Aclaración de un voto al reglamento interno" de esta corporación (acuerdo 002 del 92) del entonces Magistrado Ciro Angarita una crítica fundamental en una línea análoga a la reivindicada por estos últimos autores, lo que pone de presente la actualidad de la discusión en nuestro medio, confirmada por la sospecha de una impositiva "regla de mayoría" al interior de su Sala Plena, en contraste con decisiones basadas en el consenso que integren, efectivamente, el resquebrajado campo jurídico colombiano.

74 Véanse: John Hart Ely, *Democracia y desconfianza* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997); Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal* (Barcelona: Ariel, 1995); y *La política del diálogo liberal* (Barcelona: Gedisa, 1998).

75 Jürgen Habermas, "Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional", en *Facticidad y validez*, 1998, 311-361.

tomando como referente no el texto inerme de la constitución sino el contexto vivo de la soberanía popular.

El papel del juez constitucional y los problemas de validez y legitimidad del Estado de derecho confluyen en este punto. Rawls, aceptando las críticas a su teoría inicial, concreta su propuesta de consensualización a través de los esenciales constitucionales que el juez constitucional deriva de los contenidos de justicia política fijados por los consensos entrecruzados de la ciudadanía[76]. La norma fundamental o la regla de reconocimiento adquiere contenidos que, aunque presupuestos —analítica o empíricamente— al sistema jurídico, le permiten al juez constitucional orientar sus decisiones desde los términos de razonabilidad que la concepción política sobre la justicia de la ciudadanía le ha fijado y desde los cuales la constitución cobra unidad y validez tanto jurídica, como social y moral, en términos de deliberación simétrica.

Dworkin presupone, para el contexto angloamericano, que el consenso sobre los principios es claro y que, en su defecto, un procedimiento de consensualización como el propuesto por Rawls puede determinar los "principios de justicia" que deben regir el ordenamiento en un momento dado[77].

En el mismo sentido, Habermas, en *Facticidad y validez* (1992), sugiere una lectura alternativa que permita recuperar la unidad de los sistemas jurídico-políticos fragmentados desde una concepción discursiva de la validez jurídica. El Principio D operaría como la norma fundamental o la regla de reconocimiento de un sistema jurídico, confiriéndole legitimidad y validez simultáneamente, en la medida en que el Estado de derecho en su conjunto está permeado por la deliberación pública.

Esto implica considerar la constitución no como algo acabado sino como un proceso continuo, como un texto abierto. Ese es el sentido de la ductilización del derecho en el último cuarto de siglo[78]: la constitución como fruto del consenso de la ciudadanía define los términos de razonabilidad de la interpretación constitucional. El juez constitucional es, simultáneamente, intérprete de contextos mundo-vitales y de textos y tradiciones jurídicas. Lo que lleva a una conclusión necesaria: la concepción positivista sobre la obediencia al derecho es puesta en cuestión en la medida que todas las figuras de insumisión a este, como la desobediencia civil, por ejemplo, o la misma insurgencia para el caso nuestro, tienen que ser interpretadas por el tribunal constitucional como un examen de constitucionalidad sobre la abortada materialización de los derechos fundamentales y reivindicadas como legítimas manifestaciones de resistencia ciudadana.

[76] John Rawls, "La idea de un consenso entrecruzado", en *Liberalismo político*, 165-205.

[77] Véanse: Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 1984; así como *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1992).

[78] Véase: Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 1995).

La Constitución de 1991, cuya pretensión original fue ampliar el pacto definido por la Constitución de 1886 que había sido reducido drásticamente por el plebiscito que dio nacimiento al Frente Nacional, se revela hoy como el producto de un contrato parcial que debe ser extendido. Ampliación no tanto en la letra misma de esta sino en la adecuación de su espíritu a circunstancias que exigen que se le dé cabida en el manejo del Estado y las estructuras básicas de la sociedad a sujetos colectivos que quedaron por fuera del contrato del 91.

Esta paradoja dilemática podría ser conciliada a través de lo que Habermas denomina "procedimentalización de la soberanía popular"[79]. Pero, ¿cómo se procedimentaliza la soberanía popular en un sistema en crisis como el nuestro? Antes que a través de una Asamblea Constituyente, por medio del juez constitucional que concilie la constitución con los requerimientos de la ciudadanía[80].

Sin embargo, en Colombia se presentan dos obstáculos estructurales a esta pretensión: el texto constitucional está, en muchos puntos, en contravía de su espíritu participativo, además, la soberanía popular fue restringida y maniatada —en la ambigüedad de muchos de sus artículos— estableciendo formalismos que la cercenan y la hacen imposible. El juez constitucional se ve, pues, imposibilitado para conciliar constitución y soberanía popular, al quedar preso de esas dicotomías que su propio reglamento interno no logra equilibrar[81].

La Corte no posee más que su propio criterio —a veces arbitrario, por la pluralidad de concepciones dominantes en su interior— para decidir en derecho, no cuenta con sensores adecuados para considerar la opinión pública y solo puede orientarse monológicamente —siguiendo en parte un modelo "criollizado" del juez-Hércules dworkiniano— para tomar decisiones sobre las cuales la sociedad civil no puede pronunciarse, como primera afectada por sus decisiones. La guarda de la constitución queda garantizada al precio mismo de la soberanía popular cuya perspectiva deliberativa no es tenida en cuenta plenamente por el encargado de velar el proceso de adecuación entre ambas instancias.

Al no contemplar espacios estructurales desde donde incorporar el punto de vista de la ciudadanía en sus decisiones, al interpretar la constitución monológicamente sin establecer diálogos con la sociedad civil, y hacerlo desde la letra ambigua de una Carta que, en muchos puntos, restringió la participación misma, el juez constitucional no logra traducir el espíritu participativo de la Constitución del 91 a los requerimientos mundo-vitales de la ciudadanía, lo que lo constituye en apuntalador de un perverso cierre autopoiético del sistema jurídico. De ahí

[79] Jürgen Habermas, "La soberanía popular como procedimiento", *Foro por Colombia* 12 (1990): 47-57.

[80] Véase: Óscar Mejía Quintana y Maritza Formisano Prada, "Hacia una asamblea constitucional como instrumento de democratización y herramienta de paz en Colombia", *Revista de Estudios Sociales* 1 (1998).

[81] De nuevo remitirse a Ciro Angarita, "Aclaración de un voto al reglamento interno de la Corte Constitucional" (acuerdo 002 del 92).

que la opción de una asamblea constitucional que reforme la constitución, antes que una constituyente que cree una nueva, es una posibilidad que sigue abierta, máxime en una eventual situación de posconflicto[82].

Adicionalmente, es urgente replantear el concepto tradicional de obediencia al derecho y ver en la desobediencia civil y en otras formas de insumisión, resistencia y disidencia ciudadana, canales válidos de expresión de la soberanía popular que permitan medir el grado de efectividad de los derechos fundamentales y las normas consignadas por el texto constitucional, cuyo cuestionamiento pueda ser interpretado por el juez constitucional como un argumento relevante en su propósito de conciliación entre constitución y soberanía, o, lo que es lo mismo, entre el espíritu y la letra de la Constitución del 91.

Hacia una reflexión iusfilosófica transdisciplinaria

Por último, unas palabras sobre una hipótesis sugerida a lo largo de esta introducción, de carácter meramente exploratorio, no explicitada sistemáticamente, pero que recorrió sus diferentes partes y que se constituye en el horizonte de reflexión inmediato hacia el futuro: la relación entre legitimidad, validez y eficacia que, necesariamente, un ordenamiento jurídico-político tiene que satisfacer para su consecuente estabilidad.

La consideración disciplinaria sobre cada una de estas problemáticas ha disgregado su estrecha relación ontológica y epistemológica. El problema de la legitimidad visto desde la esfera política, la validez vista desde la jurídica y la eficacia vista desde la sociológica y socio-jurídica.

Empero, los desarrollos no solo actuales sino incluso clásicos de estas problemáticas muestran lo errado de tales consideraciones aisladas. Ya en Kelsen la validez del sistema jurídico dependía de un mínimo de eficacia sin el cual aquella quedaba totalmente en entredicho. Pero la eficacia suponía, a su vez, un mínimo grado de aceptación que el sistema tenía que suscitar entre la ciudadanía, un mínimo nivel de justificación, en otras palabras, de legitimidad. Aunque el énfasis era en la validez, visto desde una óptica epistemológica, esta estaba supeditada, en últimas, a la legitimidad general del sistema.

Pero lo mismo podría decirse del problema de la legitimidad abordado desde una perspectiva única. Tal problemática solo tiene sentido frente a la de la legalidad, es decir, en cuanto al ordenamiento jurídico-político. La problemática de la legitimidad separada de tal contexto lo reduce a un problema metafísico, en términos de Kant, sin referentes empíricos de ningún tipo. Solo frente a la lega-

[82] Sobre el papel del juez constitucional en una democracia deliberativa, véanse: Roberto Gargarella, "La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes", en *La justicia frente al gobierno* (Barcelona: Ariel, 1996); así como Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 1997).

lidad del sistema jurídico-político en su conjunto cobra sentido y proyección el problema de la legitimidad en sí mismo.

Esta misma consideración puede aplicarse a la dimensión moral. La justificación de este tipo, convencional o posconvencional, que sostiene que la legitimidad o la obediencia al derecho suponen una muestra, de entrada, de la orientación política y jurídica que la reflexión connota. Asimismo, es imposible aislar el problema de la validez de los de la legitimidad y la eficacia y, a su vez, el de la legitimidad de la justificación moral que supone, e igualmente el de la eficacia de los presupuestos de legitimación política y justificación moral que la sustentan; no puede desconocerse la proyección de la problemática moral en el marco social y jurídico-político donde cobra sentido.

La teoría del derecho, como lo ha replanteado Alexy, ha sabido incorporar estas reflexiones reestructurando su concepto de validez tríadicamente: la validez tiene que ser concebida como jurídica, moral y social. Las tres dimensiones constituyen un concepto integral de derecho, lo cual sintetiza una dimensión de justificación moral, de legitimidad y de eficacia que, aunque presentes en las reflexiones tempranas de la teoría jurídica, lentamente fueron desplazadas por el énfasis que se le diera al problema de la validez concebido en términos meramente epistemológicos y no ontológicos.

En contraste, sin embargo, con este giro del pensamiento jurídico hacia la consideración interdisciplinaria de su problemática guía sobre la validez, las demás disciplinas se han mostrado más refractarias, tanto a nivel universal como, en especial, en el contexto local —ahogado, además, en la arrogancia de su parroquialismo—.

De tal suerte, puede observarse a la ciencia política reducida al análisis de los procesos funcional-instrumentales de la política, cuando no de la mera violencia, con lo cual da origen a esa exótica disciplina de la "violentología", perdida en las marañas sin salida de la sangre y el conteo de muertos, mientras la filosofía política, salvo muy contadas excepciones, se ha aislado, ya en lecturas exegéticas de textos, ya en superficiales nostalgias pseudorrevolucionarias.

O, en una línea similar, donde la ética y la filosofía moral se han extraviado, como tendencia general, ya en la repetición mecánica de manuales o en la hermenéutica contemplativa de los clásicos, sin ninguna referencia a la realidad societal, como dijera Luhmann. O donde la sociología, presa de las verdades vaporosas de las estadísticas y las conclusiones polisémicas de las encuestas, terminó "evaluando" con cifras la eficacia del sistema, por supuesto siempre en rojo, ignorando —por no ser cuantificables o medibles— esas dimensiones de justificación moral y legitimación política posconvencionales que abrirían nuevos sentidos a la consideración de su problemática particular.

En todos los casos, por supuesto, se han desconocido abordajes transdisciplinarios como los de la teoría de la justicia de Rawls donde queda en evidencia

la relación estructural (piénsese en la "secuencia de las cuatro etapas" planteada ya en su primer libro) entre los principios de justicia y el ordenamiento jurídico-político, que la misma discusión liberal-comunitarista asume explícitamente, relacionando moral, política y derecho, tanto, por supuesto, desde una perspectiva premoderna como también postilustrada.

También, posteriormente, se encuentran los postulados de la teoría discursiva del derecho y de la democracia de Habermas que establecen la cooriginalidad de derecho y política y su relación autónoma pero vinculante con la moral; lo que complementa de manera autocrítica la óptica comunicacional de su periodo anterior.

Incluso el abordaje de Luhmann, pese a su caracterización autopoiética de los sistemas sociales, implica un tipo de *observación de la observación* que requiere esa lectura transdisciplinaria, en términos epistemológicos o, mejor, cognitivos, como él la caracteriza, pues no de otra manera puede el sistema adaptarse a la complejidad del entorno, vista esta de forma autorreferente como la suya propia. Aunque el código binario sea particular a cada sistema y determine lo que es o no es propio de este, todo sistema societal, aunque cerrado al entorno, está abierto cognitivamente a él y, por tanto, necesariamente tiene que interpretarlo integralmente.

La asunción de las dimensiones moral, jurídica y política de la realidad social como esferas autónomas, que ni siquiera en términos autopoiéticos puede ser asumida puesto que, en efecto, un paradigma de esta índole ya supone una observación de segundo orden necesariamente conectiva, se ve reflejada en la enajenación mutua que se expresa en la filosofía práctica contemporánea y en las ciencias sociales, desde finales del siglo XIX hasta mediados del presente. Asunción que solo en los últimos veinticinco años ha intentado corregirse, unas de cuyas tantas muestras son los autores mencionados, donde se manifiesta claramente esa nueva tendencia a integrar epistemológicamente tales dominios y problemas de la sociedad actual.

La unidad kantiana de la razón práctica queda en entredicho ante esta hiperespecialización que un prurito positivizante impuso al conjunto de la filosofía y las ciencias sociales, y cuyas consecuencias ontológicas (entendida esta como ontología social en la línea de Georg Lukács) y epistemológicas fueron tanto la desarticulación de las tres esferas cognitivas como la enajenación sistémica que cada dimensión alcanzó en el último siglo, con las consecuencias nefastas para la humanidad que todos conocemos.

Esta desarticulación, pese a la reacción por reintegrar dichas esferas al menos al nivel de la reflexión —como tiene que ser para una consideración totalizante ("lo verdadero es el todo", decía Hegel)—, sigue tercamente persistiendo en ciertos contextos académicos atrincherados en lecturas crípticas y posturas eruditas solo para resguardar feudos intelectuales que flaco favor le hacen a una realidad que reclama con urgencia reflexiones transdisciplinarias y nortes con-

ceptuales que orienten el trabajo disciplinar y le confieran alguna proyección definida a la investigación social.

Ante esto, se impone como una necesidad histórica (proyecto potencial para un nuevo milenio), máxime en nuestro contexto desgarrado durante medio siglo por una guerra civil no declarada, relacionar sistemáticamente estas tres esferas de la filosofía moral y política, la filosofía del derecho y la filosofía social, o, si se quiere, en términos disciplinarios más amplios, la filosofía y la política, el derecho y la sociología, a través de la consideración integral, interdisciplinaria pero, sobre todo, *transdisciplinaria*, de las problemáticas de la legitimidad, la validez y la eficacia, que ya no pueden ser abordadas ni epistemológica ni ontológicamente aisladas. Necesidad imperiosa además en un contexto potencial de posconflicto.

Legitimidad, validez y eficacia, de una parte, filosofía y política, derecho y sociología, de otra, y filosofía moral y política, filosofía del derecho y filosofía social, finalmente, constituyen tres problemáticas, tres ámbitos disciplinarios y tres reflexiones filosóficas relacionados horizontal y verticalmente, estructural y sistémicamente. Y aunque la autonomía epistemológica de cada cual es un reflejo de su autorreferencia societal, cada cual integra, como el derecho lo ha querido hacer desde el problema de la validez, las otras problemáticas, ámbitos y reflexiones con el objeto de lograr una observación de sí mismos y de sus respectivos entornos más amplia y, a través de ello, una adaptación más adecuada a la cada vez más creciente complejidad de nuestra sociedad.

La universalidad del conocimiento, que se opone a esa hiperespecialización positivizante, no es un delirio romántico ni una nostalgia renacentista, ya sepultadas por la historia. Sino que responde a esa necesidad sistémica y sistemática de totalidad, de adaptación inteligente, amplia e integral a la realidad social. Con esto se podría recuperar esa vocación de totalidad, ontológica y epistemológica, para el saber disciplinario, señalando un horizonte de transdisciplinariedad que le confiera un nuevo sentido heurístico a cada una y al conjunto, y, a través de ello, quizás uno social e incluso histórico que es lo que parecieran estar necesitando y reclamando.

Esa intención puede y quiere justificar el futuro camino de conocimiento para volver a relacionar la reflexión integral y vinculatoria que cada dominio ofrece a las tres problemáticas de la legitimidad, la validez y la eficacia, desde una vocación re-integradora (no exenta, por supuesto, de problematización) de la filosofía práctica y de las ciencias sociales contemporáneas.

En otras palabras, nunca como ahora fue tan evidente que la filosofía práctica, entendida como el conjunto de disciplinas particulares anotadas, determinaba al interior de la filosofía no solo el ángulo de "aproximación a tierra" sino el mismo "tren de aterrizaje" que la sociedad precisa con urgencia para resolver los enormes conflictos que la desgarran en el final y el comienzo de este cruce de milenios.

En el marco histórico de una crisis generalizada de modelos jurídico-políticos que buscan resimbolizar los contenidos normativos y procedimentales de la democracia, del Estado de derecho que le da soporte y de los principios que la legitiman, la filosofía del derecho así como la filosofía política, en su estrecha relación con la filosofía moral, muestran con claridad la pretensión inicial de concebir a la filosofía práctica, antes que a la teórica en general, como filosofía primera. Solo un saber así concebido puede ser mediador del conflicto y constructor del posconflicto.

El presente libro

Sentido y proyección de este texto

Como ha quedado planteado en el prefacio, el presente libro es la culminación de una reflexión que empezó en mi primer Doctorado, cuando me acerqué a la teoría de la justicia de John Rawls y, más tarde, durante el segundo, bajo la orientación de mi maestro y director de tesis Guillermo Hoyos Vásquez (q.e.p.d.), a la teoría del derecho de Jürgen Habermas.

Desde el comienzo mi lectura de Rawls se planteó en diálogo con el conjunto de la teoría habermasiana, en especial con su teoría de la acción comunicativa, que había asimilado tiempo atrás, y con la cual el planteamiento rawlsiano permitía tender múltiples lazos, particularmente porque la ética del discurso de Habermas suponía un procedimiento consensual que, en cierta forma, la posición original rawlsiana permitía enmarcar.

La teoría rawlsiana tiene dos momentos claves en su respectiva concreción, a saber: el primero es el de la filosofía política teórica, representada por *A Theory of Justice* (1971) donde Rawls desarrolla un modelo normativo de consensualización, la *original position*, de donde derivará los principios de justicia que tienen que regular una sociedad bien ordenada.

La posición original constituye, en efecto, un procedimiento contrafáctico de consensualización donde agentes o personas morales deliberan en condiciones de simetría argumentativa para seleccionar los principios de justicia que habrán de regular la sociedad en su conjunto. Ya en este punto la cercanía con la ética discursiva de Habermas y con las reglas de la argumentación de Alexy es evidente, si bien, recalquemos, la teoría de la justicia rawlsiana es muy anterior a ambas propuestas.

El segundo momento es el de la filosofía política empírica, *Political Liberalism* (1993, en adelante *LP*) que, por el contrario, frente al modelo contrafáctico de consensualización va a proponer un modelo político de consenso que se concretará en la figura del *overlapping consensus*. Mientras que la *original position*

permite comprender la dinámica y las condiciones de un consenso, en particular al interior de un congreso constituyente, el *overlapping consensus* será el instrumento del gran consenso societal de una sociedad democrática.

Es importante resaltar varias coincidencias entre la obra de Rawls y la de Habermas. En primer lugar, la reivindicación de la tradición kantiana, que pese a la abjuración que hace Rawls de esta y el liberalismo decimonónico en *LP* (con la respectiva asunción de Hegel), mantiene particularmente en los presupuestos normativos de autonomía procedimental y, con matices, de universalidad. En segundo lugar, la tradición política en que ambos se inscriben: Habermas proviene del marxismo heterodoxo de la Escuela de Frankfurt, lo que lo ubica, críticamente por supuesto, en la socialdemocracia europea y Rawls, precisamente cuando presenta en París en 1987 su teoría de la justicia confiesa que, para que los europeos puedan asimilarla a su espectro político, esta tiene que ubicarse en lo que allí se conoce como socialdemocracia.

Anoto esto por la "leyenda negra" que se ha querido tender sobre Rawls, y también sobre Habermas, que lo califica de "liberal" cuando su propuesta se enfila desde el comienzo, primero, contra lo que llamará Rawls la "democracia de mayorías" de carácter liberal, en especial en su aserción utilitarista, y segundo, cuando en *LP* toma distancia absoluta de lo que llama democracia procedimental, que deriva siempre en una imposición de mayorías (democracia liberal), así como de Kant, de su doctrina y antropología liberal, que, como había reconocido desde "Constructivismo kantiano en teoría moral" (1980), no pueden ser compatibles con el modelo de democracia consensual que Rawls plantea. Ello sin retomar la postura claramente democrático-radical que defiende al reivindicar la desobediencia civil contra el ordenamiento, lo que la tradición liberal había restringido solo contra el tirano.

Incluso más tarde, en lo que sería uno de sus últimos textos, al menos revisado por Rawls, ya que se trató de las anotaciones a sus cursos y que se publica como *Justice as Fairness. A Restatement* (2001), este identifica su teoría de justicia como equidad con los presupuestos tanto del marxismo democrático (no así, por supuesto, con el estalinismo del que discrepa frontalmente) como del republicanismo, insistiendo en la distancia que existe entre esta, el humanismo cívico y el liberalismo doctrinal, lo que traducido a la filosofía del derecho sería el iusnaturalismo y el positivismo liberal.

Esta identificación descalificadora, cuando no maniquea, entre Rawls y el liberalismo que trataré de esclarecer en este libro y que el pensamiento autodenominado radical o posmoderno extiende también a Habermas, en muchas ocasiones se funda en la confusión entre la antropología y la teoría de la justicia liberal (agentes libres e iguales, justicia como procedimiento) que se filtra en la teoría de la justicia rawlsiana, de la que Rawls explícitamente reniega, y su posi-

cionamiento propiamente político. Este último, en el contexto norteamericano, es estigmatizado como "liberal" en el sentido de un defensor de las minorías, del Estado de bienestar y de un esquema ampliamente democrático de libertades políticas y derechos sociales.

Estas posturas se olvidan, además, que la justicia como equidad busca fundamentar, críticamente, un modelo normativo de Estado social y que, en ningún momento, como algunos en ocasiones buscan identificarlo, puede sustentar y prohijar modelos neoliberales de Estado, economía y sociedad como los de Robert Nozick y James Buchanan, incompatibles con su teoría de la justicia como equidad.

Adicionalmente, la Modernidad temprana plantea una tensión estructural en la filosofía política entre democracia y liberalismo. La primera será recogida por aquellas tendencias donde la desobediencia al ordenamiento sea una posibilidad abierta. El segundo, por el contrario, va consolidando una versión moderada: la desobediencia civil es contra el tirano que no respeta las leyes pero no contra las leyes mismas. Esto decantará paulatinamente una postura de obediencia absoluta al derecho que el iuspositivismo reivindicará más tarde.

Mientras que el liberalismo niega, con Kant inclusive, la posibilidad de desobediencia legítima al ordenamiento, el republicanismo, en contraste, defenderá siempre la opción de resistencia ciudadana contra los poderosos, que en parte más tarde el socialismo en general reivindicará en términos revolucionarios.

Rawls se inscribe en esta tendencia democrática y su planteamiento, por tanto, se enmarca en una crítica posliberal a la democracia de mayorías, una reivindicación de las minorías y de su opción legítima a concebir y a concretar mecanismos de desobediencia civil contra el Estado y la sociedad, cuando los principios de justicia concertados consensualmente son vulnerados por las mayorías. Hablar pues de Rawls como un mero liberal es una afirmación tendenciosa que no logra dar cuenta del fundamento y de los desarrollos de la teoría rawlsiana.

La teoría de la justicia de Rawls fundamenta, de una parte, una filosofía política de corte posliberal, crítica de la democracia procedimental de mayorías, al defender un modelo de democracia deliberativa de carácter consensual y, por ende, amplia y profundamente democrática. Pero, de otra, se inscribe, herencia de quien fuera su maestro en Oxford, H. L. A. Hart, dentro de lo que podríamos llamar los grandes paradigmas iusfilosóficos de carácter pospositivista poskelsenianos que se consolidan a partir de los setenta, que propone una teoría consensual del derecho que directamente se infiere de su teoría de la justicia.

Pero el impulso sustancial hacia la exploración de esta teoría consensual del derecho me lo daría *Facticidad y validez* (1992) uno de cuyas primeras recepciones en Colombia sería, precisamente, la mía, ya por aquel entonces transitando los senderos de la filosofía del derecho y la teoría jurídica (más que por la investigación de doctorado, por las exigencias académicas como profesor de la temática).

Como bien lo pondrá de presente Habermas en su polémica con Rawls, la gran debilidad de la teoría rawlsiana es, básicamente, que no considera el derecho como mediador puntual de su concepción de justicia como equidad. En efecto, si bien desde *A Theory of Justice* (1971, en adelante *TJ*) Rawls expresamente refrenda la teoría del derecho de Hart, en la consideración puntual de que este es la relación entre reglas primarias y secundarias, y las derivaciones que Hart infiere a partir de ello en su libro *El concepto de derecho* (1960), la teoría de la justicia adolece en general de un abordaje sistemático sobre lo que la mediación jurídica supone para el planteamiento de la justicia, si bien la premisa sobre el papel del derecho es fácilmente deducible.

Liberalismo político sin duda modula esta debilidad, pues ahí la figura del *overlapping consensus* en general pone de presente no solo los mecanismos políticos sino, en especial, los constitucionales para que este gran consenso societal pueda adelantarse. Si *TJ* había puesto al planteamiento rawlsiano en modo iusfilosófico, podríamos decir que las mediaciones constitucionales de *LP* lo ponen en modo de teoría jurídica.

Pero la articulación directa con el derecho y el ámbito jurídico es más una inferencia que puede proponerse que una explicitud propiamente dicha en la obra de Rawls. Tal es el cambio de perspectiva que logra Habermas con su teoría discursiva del derecho en *Facticidad y validez.* La pretensión de este, cuando toma en serio la admonición de Alexy, que en *Concepto y validez del derecho* (1985) le plantea que es imposible continuar su teoría de la acción comunicativa sino como una teoría del derecho, será precisamente formular una teoría discursiva del derecho que incorpore los postulados de su teoría de la acción comunicativa a la consideración del fenómeno jurídico.

Habermas emprende la tarea histórica, en la tradición frankfurtiana de la teoría crítica, de desarrollar una teoría jurídica desde la perspectiva consensual de su ética discursiva. Por supuesto, consecuente con el giro que desde los sesenta imprime a su pensamiento, asumirá de nuevo la sociológica reconstructiva como matriz de interpretación societal, antes que la filosofía, dándole a su reconsideración del derecho una base sociológica más sólida que la de las proyecciones normativas exclusivamente filosóficas.

Si con Parsons el derecho era el "amarre" de los subsistemas societales desde los vórtices de los plexos mundo-vitales sobre los que se encumbran, en cuanto coordinador de procesos altamente complejos, también el derecho puede ser capaz de "amarrar" por abajo, garantizando así, simultáneamente, la integración social de las diferentes formas de vida. La doble cara de Jano revela un derecho que mira hacia la coordinación sistémica de una parte y, de otra, hacia la integración social, con lo cual supera la lectura positivista convencional de un sistema jurídico centrado en lo primero.

La exigencia de integración social le impone al derecho la necesidad de concertar con el mundo de la vida societal parámetros no solo de coordinación sistémica sino también de acoplamiento de las diferentes formas de vida con aquellas jurídicas que garantizan el manejo instrumental de la sociedad. Es en ese imperativo, tanto sistémico como societal, en donde se revela el nuevo derecho, reconstruido desde otra óptica, una consensual, discursiva, en últimas, un derecho fundado en la deliberación, no en la imposición de los imperativos sistémicos e instrumentales de una sociedad alienada de la ciudadanía.

A diferencia del diagnóstico de *Teoría de la acción comunicativa*, donde el derecho es el medio de cosificación de la sociedad, Habermas ahora verá el derecho como el instrumento de descosificación social en la medida en que la concertación ciudadana sea el camino para la concepción de mecanismos donde la integración de las diferentes formas de vida y la coordinación de los sistemas altamente complejos se estabilice mutuamente a través de la deliberación y el consenso que permitan modular y equilibrar el peso de cada cual y, en especial, la incidencia del sistema en el mundo de la vida.

Habermas le apuesta a una reconstrucción sustancial del concepto de derecho a partir de una interpretación proyectiva del significado que para los ordenamientos democráticos contemporáneos tuvieron los procesos constituyentes del siglo XVIII, en particular el de París. El consenso que allí se da, la convergencia de derecho y política que en él se pone de presente, el uso público de la razón que muestra que la proyección institucional del derecho fue el de justicia para todos y no *justicia para nosotros* ni *justicia para algunos* sienta para Habermas los fundamentos de una teoría discursiva del derecho, de carácter consensual, más que de filosofía del derecho en términos de deber ser, en clave de teoría jurídica en términos de ser. La tríada de la iusfilosofía convencional queda replanteada una vez más en términos axiológicos, epistemológicos y ontológicos, en el talante clásico de aquella pero traducida ya a términos teórico-jurídicos y, más adelante, incluso constitucionales.

Habermas contrastará esta proyección normativa de la justicia, que reconoce puede ser inscrita en una mirada iusfilosófica sobre el derecho y por tanto descalificada como deber ser ideal pero no fáctico, en el terreno de la teoría jurídica contemporánea. En ese marco, confronta en el contexto de la decisión judicial los paradigmas jurídicos convencionales, iusnaturalismo, realismo y positivismo, mostrando la indeterminación del derecho que tales paradigmas conllevan en las decisiones de los jueces correspondientes y la irracionalidad de la justicia que generan.

Frente a ello, Habermas reivindica la teoría de la respuesta correcta de Dworkin como la única que permite superar estas deficiencias y asegurar lo que para él constituye el imperativo histórico del derecho: garantizar *decisiones justas para todos*, es decir, la perspectiva deontológica que el derecho debe reivindicar, y no decisiones buenas para algunos, la perspectiva axiológica, que incluso Alexy

y su teoría de la ponderación propician. Habermas reivindica, en una línea muy sugestiva cercana a la que defendería Paul Ricoeur (*Amor y justicia*, 1990), un derecho justo antes que uno bueno.

No contento con someter su concepto de derecho al terreno de la teoría jurídica, Habermas prosigue su periplo en el campo de la teoría constitucional (que en Colombia reducimos casi siempre a derecho constitucional colombiano). Aquí, lo observará el lector, se pone de presente de la manera más evidente el carácter consensual-discursivo del derecho que estructuralmente conlleva el ámbito de lo jurídico, ya no en términos iusfilosóficos como pudo ser en la reconstrucción del concepto de derecho, sino a nivel de la justicia constitucional, el más alto y cualificado de la administración de justicia, en términos de teoría jurídica, política y constitucional.

El derecho como deliberación, como procedimiento discursivo, como consenso o como razón pública adquiere con el modelo de política deliberativa de doble vía habermasiano la mediación que Rawls había anticipado con su concepto de razón pública, y que Owen Fiss[83] más tarde caracterizaría como tal.

En todo este trayecto, tanto de Rawls como de Habermas, que en conjunto fundamentan una teoría consensual-discursiva del derecho, que por economía "procesal" he querido denominar solo como teoría consensual del derecho en cuanto, en efecto, el elemento discursivo habermasiano tiene como objetivo precisamente la consecución del consenso, hay un contradictor que está latente pero que no he querido abordar en esta obra, en la medida en que lo he hecho ya en otras varias[84].

Confrontar los viejos paradigmas, como de hecho lo pone de presente Habermas, es hoy por hoy una tarea que, por generalizada, puede considerarse en parte superada. Pero el gran heredero de la tradición positivista y cuya interpretación del derecho se exacerba en su concepción de una validez autorreferencial es, sin duda, Niklas Luhmann[85].

A diferencia de Rawls y Habermas que, por su mismo esquema consensual-discursivo, intentan integrar la periferia al sistema, el paradigma autopoiético de Luhmann reduce el entorno a un elemento más del sistema con lo cual las necesidades sociales no se satisfacen en la superación de estas, sino que quedan sometidas a las posibilidades del sistema de responder o no a sus requerimientos.

Frente a esta dinámica, es decir, frente a la concepción de validez autorreferencial luhmanniana, la teoría consensual opone el eje contrario: la dinámica autopoiética del sistema jurídico tiene que equilibrarse dándole lugar al entorno, no para que prime ni prevalezca, pero sí para que contrarreste el peso que el sis-

[83] Owen Fiss, *El derecho como razón pública* (Madrid: Marcial Pons, 2007).

[84] Véase, especialmente: Óscar Mejía Quintana, *Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006).

[85] Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad* (México D.F.: Herder, 2005).

tema como tal tiene frente a la periferia. La doble cara del Jano del derecho tiene que mirar hacia los dos lados de la realidad societal, sistema y mundo de la vida, y tiene que poder equilibrarlos.

Aquí es donde el derecho cumple una función, no de emancipación, pero sí de reconciliación entre sistema y mundo de la vida. No hasta el punto de los cándidos optimistas que creen en el derecho y en la "jurisprudencia emancipadora", pero sí en términos más moderados y realistas: el derecho puede fungir no como un instrumento de emancipación pero sí como un elemento que permite reducir el divorcio entre sociedad y sistemas sociales en la medida en que funciona como un dispositivo de razón pública, como un mecanismo de deliberación y consenso que permite morigerar el peso del sistema frente al mundo de la vida.

Una teoría consensual del derecho tiene pues, parafraseando a Rawls cuando define el papel de la filosofía política, la responsabilidad de concebir también una utopía posible. La cual estaría frente a la dinámica del sistema que hoy por hoy se concreta en el *hegemon* de una globalización neoliberal que le impone a la periferia del mundo sus imperativos, más que económicos, sistémicos, que debe ser moderada desde el punto de vista moral, jurídicamente mediado, de los afectados. Utopía posible frente a la posición de élites autoritarias que en esa periferia vehiculizan el *hegemon* neoliberal imponiendo en sus propios contextos dinámicas externas sin la deliberación popular suficiente, que hacen del derecho un instrumento de sometimiento y no de consensualización.

Utopía posible de renovación paradigmática frente a una rama judicial cuyas altas cortes, en Colombia especialmente pero válido también en América Latina, cada vez muestran de manera más patética que no solo se quedaron anclados en las falsas querellas del siglo XIX entre positivismo e iusnaturalismo, sino que además la corrupción de la política baja se tomó también a la magistratura, con lo cual rebajó la dignidad de la justicia a un mercado ruin de marionetas y mercachifles, atrincherados en "decisiones en derecho" que solo mimetizan perspectivas políticas e intereses personales.

Así pues, tanto a nivel global como local, una teoría consensual del derecho tiene una proyección teórica sustancial y una responsabilidad social imperativa. Si bien a nivel global viene en un proceso de consolidación a partir de la *Teoría de la justicia* y más tarde en los postulados de *LP* de John Rawls, se ve catalizada tanto por la *Teoría de la acción comunicativa* y, posteriormente, por *Facticidad y validez* de Jürgen Habermas. Mientras que a nivel local, como quisimos dar cuenta en la propuesta de periodización de los paradigmas jurídicos en Colombia, lentamente también va abriéndose una reflexión iusfilosófica y teórico-jurídica deliberativa y consensual que algún día, cuando la paz por fin se logre en este país y el posconflicto se estabilice, nos permitirá decir, como el prócer dominicano Francisco

Caamaño: "Luchamos así, con bravura de leyenda, porque íbamos desbrozando el camino de la historia".

Hipótesis de trabajo

Todo lo anterior se concreta en la siguiente hipótesis de trabajo general que este libro pretenderá ilustrar a lo largo de sus páginas. La teoría consensual-discursiva de la justicia y el derecho responde, antes que todo, a la dinámica de sociedades complejas, ya moderno-tardías ya tradicionales en transición estructural, en su proyección tanto social como conceptual. De una parte, registra la necesidad de reconocer y fundamentar procesos deliberativos e institucionales que permitan conciliar las diferentes formas de vida que componen sociedades heterogéneas y fracturadas con los imperativos sistémicos jurídicamente mediados requeridos por estas; y, de otra, concreta teóricamente en ese sentido un modelo alternativo a los paradigmas convencionales, iusnaturalista, positivista y realista, centrados más en la coordinación sistémico-jurídica de la sociedad que en su integración social, jurídicamente mediada. Con esto se estabiliza el punto de vista consensual-discursivo al interior de los procedimientos jurídicos y, con ello, se balancea exhaustivamente la relación trilemática legitimidad-validez-eficacia —propia de toda consideración integral de los fenómenos jurídicos— en el correspondiente concepto de derecho, en vez de polarizarlo de manera tricotómica en alguno de sus términos. En esa dirección, la teoría consensual de la justicia de John Rawls y la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas permiten cimentar una teoría consensual del derecho, de carácter crítico, posliberal y democrático, que propende, en términos normativos moral-políticos, por una perspectiva deontológica de decisiones judiciales justas para todos frente a la perspectiva axiológica de decisiones buenas para algunos y define el ámbito de lo jurídico desde la deliberación ciudadana, articulada como razón pública y patriotismo constitucional.

Estructura del libro

Para ilustrar esta hipótesis, el presente libro está dividido en tres grandes partes: la primera dará cuenta de sus fundamentos epistemológicos; la segunda abordará la teoría de la justicia de John Rawls; y la tercera, por último, la teoría del derecho de Jürgen Habermas, con el propósito de ilustrar la teoría consensual del derecho que he querido proponer.

El objetivo de la primera parte, "Prolegómenos epistemológicos", es abordar una serie de presupuestos tanto metódicos como sustantivos que fungen como premisas, tanto de mi actividad intelectual en general, como del abordaje que esta teoría consensual del derecho me ha podido suscitar.

El capítulo I aborda la diferencia entre filosofía del derecho y teoría jurídica, y plantea la necesidad de una teoría crítica que, en cierta forma, permita unir ambas disciplinas. En efecto, en particular en nuestro medio, existe una tendencia a identificar filosofía del derecho y teoría jurídica olvidando que la primera responde a una tradición filosófica y la segunda, por el contrario, a una jurídica. El proceso moderno de diferenciación de esferas de valor paulatinamente desdibuja el papel hegemónico que en términos epistemológicos tenía la filosofía sobre el conjunto de las ciencias, exactas, naturales y sociales, y lentamente cada disciplina no solo se autonomiza de la filosofía sino que desarrolla su propia instancia de autorreflexión, con lo cual la "paternidad" de la filosofía se hace innecesaria para pensar los procesos puntuales de cada dominio. La filosofía del derecho no es ajena a ello: el capítulo explora el proceso de desvanecimiento de la filosofía del derecho en la Modernidad, su progresivo reemplazo por la teoría jurídica e, incluso, la sociología del derecho, para terminar defendiendo la necesidad de una teoría crítica de este que, desde Rawls, Habermas, las teorías críticas del derecho, en general, y los *critical legal studies*, en particular, permita plantear una síntesis entre la mirada intrasistémica de la teoría jurídica, la suprasistémica de la sociología del derecho con la transistémica de la filosofía del derecho para lograr así un abordaje integral del fenómeno jurídico. Esa pretensión epistemológica recorrerá todo este libro.

El capítulo II aborda el tema de la relación entre el derecho, la alienación y la ideología. Aunque este es un asunto que he concretado por escrito hasta hace poco, el problema de la alienación y la ideología siempre fue un interés central desde mis estudios de pregrado. La relación con el derecho se da tanto por el análisis filosófico hegeliano sobre este como por el diagnóstico sociojurídico de Habermas sobre la cosificación jurídica durante la Modernidad. El uno desde la filosofía y el otro desde la sociología confrontan la optimista y olímpica afirmación del derecho "emancipatorio". Análogo tratamiento se da con el concepto de ideología y, en ambos casos, el planteamiento de Pashukanis, "el derecho es el opio del pueblo", y la función ideológica primordial del derecho como aparato no solo represivo sino ideológico de Estado (Althusser), definen la dirección del abordaje crítico sobre esta compleja relación que el "nuevo" derecho ha asumido de manera tan superficial e improvisada. El capítulo reconstruye la problemática desde los clásicos hasta nuestros días en una visión que da cuenta de los principales momentos de la discusión y que quiere mostrar que la eventual emancipación del derecho no puede plantearse en los términos fuertes de los clásicos sino, si acaso, en términos moderados, como Rawls y Habermas llegarán a plantearlo.

El capítulo III desarrolla desde varias aristas el problema del método en las ciencias sociales y el derecho. En esencia, su intención apunta a fundamentar una hermenéutica crítica, como Paul Ricoeur llegó a plantearlo, que posibilite la fusión entre la crítica de la ideología de ascendencia frankfurtiana, en espe-

cial de Habermas, y la hermenéutica de la tradición de Gadamer. Se realiza una reconstrucción de la discusión que enfrenta, primero, la cuestión del método en las ciencias sociales entre los partidarios del positivismo extensible a las ciencias sociales y los defensores de un método propio para las ciencias histórico-hermenéuticas; y, segundo, se retoma, en términos genético-estructurales, la tradición hermenéutica y la dialéctica de corte hegeliano y marxista heterodoxa. El capítulo defenderá la hipótesis de una hermenéutica dialéctica que, combinando categorialmente ambas tradiciones, sustente el abordaje metódico de una teoría crítica del derecho.

La segunda parte, "La teoría consensual del derecho", abordará la reconstrucción pormenorizada del pensamiento rawlsiano en general para precisar los elementos de la teoría consensual de la justicia que permitan inferir su proyección en el derecho.

El capítulo IV reconstruye el contexto histórico, político y constitucional en que va madurando la teoría de la justicia de Rawls, de qué manera se inscribe en el movimiento por la defensa de los derechos civiles en Estados Unidos, su crítica al macartismo que, en este lustro, igualmente se convierte en la gran vergüenza del constitucionalismo norteamericano, así como a la tristemente célebre doctrina de "segregados pero iguales" y el ambiente intelectual que hereda Rawls, frente al cual va rompiendo amarres: la filosofía analítica de la que toma distancia, la crítica al utilitarismo como puntal de la "democracia de mayorías" que justificaba la dominación blanca, la asunción crítica del contrato social y de la filosofía práctica kantiana como alternativas a la tensión Locke-Rousseau y, finalmente, en el *continuum* de la discusión iusfilosófica y teórico-jurídica Kelsen-Radbruch-Hart que caracterizaría el pensamiento de posguerra, la toma de distancia paulatina del funcionalismo y la teoría de la elección racional. Todas ellas rupturas que van encubando la teoría rawlsiana de la justicia como imparcialidad y que la ponen en vía de su teoría del derecho.

El capítulo V explora de manera sistemática y pormenorizada la obra de Rawls desde la óptica metódica genético-estructural que le da dirección al abordaje general de este libro. Aquí se detalla la estructura de la teoría de la justicia del 71, poniendo de presente sus diferentes constructos, y, posteriormente, a raíz de las críticas liberales y comunitaristas, el giro pragmático de Rawls, que para algunos es más bien el giro comunitarista que queda evidenciado, paradójicamente, en su artículo "Constructivismo kantiano" (1980) donde, reivindicando a Kant procedimentalmente, se aleja de él sustantivamente. Y, a partir de ahí, la nueva dirección que toma el pensamiento rawlsiano, muchas veces desconocido o simplemente vilipendiado por una diatriba sesgada e ignorante: "Justicia como equidad, política no metafísica", de 1985, marca el inicio de este redireccionamiento que paulatinamente se verá complementado por la asunción de tres influencias

decisivas, como serán la del republicanismo, el hegelianismo y, por último, el marxismo, estas dos últimas solo evidenciables en sus lecciones de filosofía moral y política, ignoradas y desconocidas por muchos de sus comentaristas, y que pondrán a Rawls en línea de *LP* e, indirectamente, "El derecho de los pueblos", así como *Justicia como equidad: una reformulación* (2001) y "La razón publica revisitada", las obras de madurez con que cierra su periplo intelectual y su propuesta de una democracia deliberativa consensual.

Cerrando esta parte, el capítulo VI apuesta, de manera muy concisa, a derivar y precisar de todo lo anterior los elementos que permitan definir el paradigma consensual del derecho de John Rawls. En una segunda vuelta de tuerca sobre lo reconstruido, el capítulo precisa los diferentes momentos desde los cuales puede ser interpretado el paradigma consensual aplicado al derecho y cómo la relación trilemática sustancial con la que el fenómeno jurídico tiene que ser abordado, legitimidad-validez-eficacia, puede ser leída consensualmente. Si bien es un capítulo un poco frío y seco por la concreción de las categorías que intenta determinar, logra delinear con claridad qué podemos comprender como paradigma jurídico consensual, esencialmente.

La tercera parte, "La teoría discursiva del derecho", reconstruye la teoría discursiva habermasiana en sus tres momentos sustanciales, la toma de distancia frente a la filosofía y la asunción de la sociología, la fundamentación discursiva de la concepción materialista de la historia y su conversión en teoría de la acción comunicativa y, finalmente, su teoría discursiva del derecho en la que nos centraremos.

Inicialmente, en el capítulo VII nos acercaremos al pensamiento habermasiano —de nuevo desde una perspectiva genético-estructural— mostrando el giro que hace en los sesenta de la filosofía analítica, incapaz de dar cuenta de los procesos políticos de la sociedad, a la sociología reconstructiva como matriz de interpretación societal. La lectura sociológica y el diálogo de Habermas entre la sociología y el marxismo también tiene en cuenta al pensamiento liberal, a Kant, a Hegel, al psicoanálisis y a Kohlberg como interlocutores de este gran diálogo renovador del marxismo crítico, en oposición al dogmatismo estalinista, que desemboca en un rediseño del materialismo histórico en clave discursiva, como en la fundamentación de su teoría de la acción comunicativa y su ética del discurso, donde Habermas lleva a término uno de los diagnósticos más radicales que se haya podido hacer sobre el derecho en términos sociojurídicos, solo comparable con el que Hegel había adelantado dos siglos antes en clave filosófica. A saber, el derecho como cosificador interno del mundo de la vida y las consecuencias que esta colonización ha tenido para la relación sistema-mundo de la vida en la Modernidad.

La tercera parte se cierra con el capítulo VIII, donde la teoría del derecho de Habermas, desarrollada en *Facticidad y validez* (1992), se presenta en el marco

de la discusión entre la teoría del balanceo de Dworkin y la de la ponderación de Alexy para mostrar, con Habermas, e indirectamente con Rawls y su jerarquización de principios, que el "derecho como integridad" de Dworkin, al sostener una perspectiva deontológica del derecho, de decisiones justas para todos, no puede interpretarse en términos análogos a la propuesta de Alexy, quien, en últimas, al representar una perspectiva axiológica sobre el derecho, defendería, por el contrario, decisiones buenas para algunos, con las consecuentes secuelas de inseguridad jurídica, etitización y deslegitimación del sistema jurídico.

El paradigma discursivo del derecho habermasiano se expone, por tanto, tal como lo hace este en *Facticidad y validez*, en contraste con un neurálgico diagnóstico, esta vez sobre los paradigmas teórico-jurídicos y constitucionales contemporáneos para recabar no solo en la estrecha relación que hay entre derecho y moral, sino entre derecho y política, y en cómo las decisiones judiciales no solo mimetizan posturas éticas, ni siquiera morales, detrás de estas, sino que, en la adjudicación constitucional, lo que encontramos no son "decisiones en derecho" sino determinaciones abiertamente políticas en defensa ya de la economía de mercado ya del imperio de las mayorías, pero en ningún caso garantizando procesos deliberativos democráticos que sustenten y legitimen al derecho. Tampoco, por supuesto, decisiones judiciales justas para todos ni mucho menos un concepto de validez jurídica que no solo dé cuenta de la coordinación de sistemas altamente complejos sino, lo más importante, de la integración de formas de vida que legitimen la creación del derecho en las sociedades complejas.

El capítulo IX pretende ser una síntesis rawlsiano-habermasiana del paradigma consensual-discursivo planteado por ambos en clave de razón pública, patriotismo constitucional y eticidad democrática. El capítulo retoma de nuevo el concepto de razón pública rawlsiano, definitivo para la comprensión de sus últimas posturas teóricas, con el de eticidad democrática, que viene mediado por una amplia discusión por parte de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt. Entre ellos, Dubiel (la democracia como dispositivo simbólico), Honneth (eticidad postradicional) y Wellmer (eticidad democrática), que se resuelven en el planteamiento habermasiano del patriotismo constitucional, en cuanto la única forma de integración posconvencional y postsecular en sociedades complejas que no pueden reivindicar formas de relacionarse desde *ethos*, ya religiosos ya mayoritarios, que tienen como única alternativa acudir al techo común de una constitución para legitimar una convivencia democrática capaz de garantizar plenamente los derechos de las minorías. El derecho como deliberación pública queda así justificado y fundamentado de manera integral, no solo en lo que se refiere a su sustentación iusfilosófica y teórico-jurídica sino igualmente constitucional.

Por último, como conclusión general, intento mostrar cómo la teoría consensual del derecho constituye una respuesta pospositivista y crítica a las princi-

pales problemáticas iusfilosóficas y teórico-jurídicas convencionales. El problema por excelencia donde convergen tanto la filosofía del derecho como la teoría jurídica es el de la norma fundamental. Alrededor de ella se estructuran problemáticas como las de la obediencia al derecho, la desobediencia civil y la relación derecho-moral, desde la perspectiva iusfilosófica, y, desde la teórico-jurídica, la completud, coherencia y unidad del sistema jurídico, el guardián de la constitución, el papel de la opinión pública, la relación derecho-política, entre otros, siendo común a ambas dimensiones la relación trilemática de todo fenómeno jurídico, legitimidad-validez-eficacia.

En todas estas el papel de la norma fundamental o la regla de reconocimiento está presente, desde Kelsen hasta Hart, pasando por Radbruch e, indirectamente, también el realismo, hasta Dworkin y Alexy, y no pocas teorías críticas del derecho que también admitirían una lectura extensible al respeto. La teoría consensual del derecho, en las figuras de Rawls y Habermas, entra también en este debate para señalar cómo el consenso, tanto como procedimiento de consensualización (la posición original, Rawls) y deliberación (el principio discursivo, Habermas), como en cuanto a su eventual contenido de principios de justicia, una concepción política de justicia (Rawls) o derechos fundamentales (Habermas), constituyen una alternativa posliberal, crítica y pospositivista a las interpretaciones clásicas sobre la norma fundamental, la regla de reconocimiento y las problemáticas colindantes que de ello se han derivado.

Conclusión: paradigmas para la crisis

En conjunto, el libro busca señalarle al lector, sin duda de forma sugestiva más que exhaustiva, una dirección, un camino por el cual explorar lo que he querido definir como una teoría consensual del derecho, consciente de que tal propuesta es un proceso de construcción colectiva más que individual. Hoy, cuando en Colombia la crisis de la justicia, *ad portas* de un proceso de paz y posconflicto, ha desnudado sus enormes falencias, sus fallas estructurales, sus debilidades y vicios institucionales, la consolidación de una perspectiva diferente sobre el derecho es inaplazable. Una perspectiva que le arranque a las élites jurídicas la potestad de dictaminar qué es el derecho, desde su cultura de expertos enajenada y aislada de la sociedad, y devuelva a la sociedad el impulso conceptual que le permita comprender que el derecho no es, no puede ser, sino el producto de la deliberación y el consenso colectivos.

Lo sucedido en Colombia con la Corte Constitucional en los últimos tiempos demuestra varios puntos: el primero y más importante, como lo mencioné anteriormente, es que no es sano esencializar las instituciones y hacer defensas acríticas y abstractas de estas —lo cual es válido también para atacarlas y cues-

tionarlas sin razones concretas—. Las instituciones, por bien diseñadas que estén, están sometidas a la dinámica del poder y de la naturaleza humana. En este caso, desde los tiempos de la hegemonía autoritaria en Colombia, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema y el Consejo de Estado estaban en su mira y claramente el objetivo fue someterlas. No pudieron desde fuera y entonces se lanzaron a colonizarlas desde dentro, comprando conciencias y magistrados o imponiendo, gracias a las mayorías del Congreso, magistrados de tercera que terminaron deshonrando sus investiduras.

Pero el segundo es quizá más importante: lo que se ha resquebrajado no solo fueron unas instituciones sino una forma de concebir el derecho. Siempre he sostenido en mis clases, públicamente, que el *habitus* de creación de derecho en este país no cambiará hasta que la anterior generación de juristas no haya muerto. Son ellos, como personas y abogados, los que se atraviesan a todo flujo renovador, anclados no solo en paradigmas y querellas jurídicas superadas por la historia, sino en un concepto de derecho que, pese a sus aparentes discrepancias iusfilosóficas o teórico-jurídicas (generalmente ni hacen ni conocen siquiera la diferencia) los hermana en una "cultura de expertos", como diría Habermas, que todos indiscriminadamente conciben de idéntica manera: el derecho no es para legos. En últimas, este es una cuestión de alta técnica, como la lógica o las matemáticas, que el hombre común no puede entender ni dominar y que solo ellos, como chamanes ante un tótem, están llamados a comprender y aplicar.

En esta crisis, las facultades de derecho tienen una responsabilidad directa. Son ellas las que han alimentado no solo ese *habitus* formalista de creación de derecho sino un concepto de este obsoleto y desactualizado que no se compadece con los nuevos tiempos, ni los globales ni los nacionales posteriores a la Constitución del 86 y en plena vigencia de la del 91, que aún muchos no aceptan, y, lo peor, han incentivado entre las juventudes una imagen equivocada del abogado y de su investidura jurídica, como si el derecho, antes que un producto colectivo sujeto a la fiscalización social, fuera propiedad de un grupo de tecnócratas jurídicos, tan enajenados de la sociedad como sus homólogos políticos o económicos; y como si sus actos y providencias estuvieran fuera de la órbita de cualquier cuestionamiento.

Facultades cuyas decanaturas y profesores, en su gran mayoría, por estar más preocupados de alcanzar con prebendas las altas magistraturas, se olvidaron del compromiso crítico de la academia con el saber y se arrodillaron ante el poder, político, económico y judicial, en aras de sus intereses personales y oportunistas. La academia jurídica tiene que recuperar su autonomía y su distancia de las altas esferas y de los poderosos, como reclama el republicanismo, y ser implacable en el estudio y el cuestionamiento de las leyes, las sentencias, las decisiones judiciales, incluso para desacatarlas si fuera necesario, reivindicando la desobe-

diencia al derecho injusto pero, por encima de ello, reclamando el imperativo de la academia a la verdad y, en el caso del derecho, a la moral y a la justicia misma.

En su lección a los estudiantes al inaugurar en Boston el nuevo edificio de la Facultad de Derecho, en 1897, Oliver Wendell Holmes[86] sostenía que en la concepción del derecho había una terrible falacia: "la idea de que la única fuerza que opera en el desarrollo del derecho es la lógica". Y anotaba frente a ello: "Creo que los jueces no han reconocido suficientemente su deber de sopesar las consideraciones de utilidad social". Estas palabras que, en Estados Unidos, prácticamente inauguraban el realismo social a comienzos del siglo xx, pueden dar buena cuenta de lo que aún sucede en nuestras latitudes y qué es lo que tenemos que cambiar. El derecho no es solo de los abogados, es de todos.

El derecho es sustancialmente el producto de la deliberación social y el instrumento y la finalidad, si se quiere, de esta, en cuanto los caminos que se conciben para los logros sociales y políticos siempre estarán mediados jurídicamente. No puede quedar reducido a una cultura de expertos alienada e ideologizada que la sociedad en general no pueda debatir y criticar. Y eso es, precisamente, lo que tiene que cambiar en el *habitus* de creación del derecho en la actualidad. La equivocada idea de que el derecho nace y lo hacen los expertos sin la participación de la sociedad, que se origina desde cauces lógico-formales que no requieren ser deliberados más que por su creador natural, que su interpretación y aplicación no pueden ser cuestionadas ni confrontadas socialmente, y que nunca cruzará por los andamios por donde el mundo de la vida construye los procesos reales de una comunidad determinada.

Cuando Hart, sabia y profundamente, estableció esa diferencia cardinal, que más tarde Habermas retomaría para la teoría moral aplicada al derecho internacional, entre el punto de vista interno que define la validez del derecho y el externo que es el que puede determinar la legitimidad y la eficacia de aquel, lo que pretendía era que el derecho pudiera ser fiscalizado socialmente y que no volviera ocurrir lo que el positivismo autoritario había logrado: despojar a la sociedad del derecho a cuestionar y enfrentar al derecho injusto. Cercenarle a esta la posibilidad de deliberar sobre el derecho.

La teoría consensual del derecho busca señalar otro camino frente al derrumbe no solo de los antiguos paradigmas sino de sus adalides. La convicción de que el derecho se funda en una concepción consensual de justicia que convoca a las diferentes formas de vida de una sociedad en la concreción de sus instituciones y procedimientos jurídicos. Y que ello precisa una teoría discursiva del derecho donde la validez jurídica no solo no está en manos de expertos técnico-jurídicos, enajenados de la sociedad, sino que responde a procesos profun-

[86] Oliver Wendell Holmes, *La senda del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2012).

damente deliberativos de toda ella que logran ser procesados y concretados por quienes encarnan, como funcionarios, jueces e, incluso, ciudadanos, una conciencia jurídica renovada y proyectiva.

La crisis institucional de la justicia solo se resuelve deliberativamente, cuando la sociedad asume el derecho como razón deliberativa y la concepción sesgada y excluyente del país y de sus instituciones encarnadas por minorías autoritarias y enajenadas, políticas, económicas o tecnocráticas, es reemplazada por un patriotismo deliberante tanto sobre la constitución como sobre el concepto y la construcción del derecho.

PRIMERA PARTE:
PROLEGÓMENOS EPISTEMOLÓGICOS

CAPÍTULO I

LA TENSIÓN EPISTEMOLÓGICA ENTRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA TEORÍA JURÍDICA. HACIA UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

Introducción

La Modernidad temprana culmina con los dos modelos clásicos de filosofía del derecho de Kant y Hegel, el primero sintetiza la teoría del contrato social y el segundo desarrolla la más aguda crítica a este. A partir de allí, el siglo XIX evidencia un proceso de ruptura con la filosofía del derecho del que va surgiendo lentamente la teoría jurídica como disciplina autónoma y que culmina con la *Teoría pura del derecho* de Kelsen en el primer cuarto del siglo XX, lo que dio nacimiento a una disciplina independiente de la filosofía del derecho, con un estatuto epistemológico y unas problemáticas propias.

El famoso manual de Gustav Radbruch, que data de 1948, pone ya de presente el drama de la filosofía del derecho. Los problemas propios de la disciplina eran, para el autor, la humanidad como concepto jurídico, el derecho social, la democracia, el derecho internacional y el derecho supralegal. Un catálogo de problemas que, desde mucho antes, se había convertido en objeto de la filosofía política (la legitimidad), la teoría jurídica (la validez) y la sociología del derecho (la eficacia)[1].

Ese desvanecimiento de su problemática particular, iniciado por la autonomía que desde el siglo XIX va adquiriendo la teoría jurídica frente a la filosofía del derecho y que el positivismo finalmente consagra, justifica el proyecto de recons-

[1] Gustav Radbruch, "Algunos problemas actuales de la filosofía del derecho", en *Introducción a la filosofía del derecho* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993), 153-180.

truir, de manera integral y vinculatoria, el estatuto epistemológico que la filosofía del derecho podría tener en nuestros días.

En este orden de ideas, la hipótesis de trabajo que este capítulo busca ilustrar es la siguiente. La distinción epistemológica entre filosofía del derecho y teoría jurídica se justifica históricamente en cuanto la primera responde a una tradición filosófica, que alcanza su apogeo con los modelos de Kant y Hegel, mientras que la segunda se inscribe en una tradición jurídica (que, análogamente, se consagra a partir de Kelsen), siendo cada cual una disciplina autónoma que no puede confundirse con la otra pues cada una posee dominios epistémicos diferentes. Sin embargo, el estatuto epistemológico de la primera puede ser reconstruido en diálogo con la teoría jurídica y la constitucional, relacionando transdisciplinariamente las tres problemáticas de la legitimidad, la validez y la eficacia desde una teoría crítica del derecho que permita articular una visión sistemática, cuestionadora y totalizante del fenómeno jurídico en su complejidad integral.

El presente capítulo quiere contextualizar históricamente el proceso de ruptura y disolución epistemológica de la filosofía del derecho que Gregorio Robles ya había puesto de presente, recogiendo la sentencia de Ralf Dreir en Alemania: "La filosofía del derecho ha muerto, viva la teoría del derecho", y que a su vez aquel consagraba al afirmar:

> La crisis de la denominación "filosofía del derecho" responde a la crisis propia del positivismo ontológico, sobre el cual aquella cimentó su existencia. Con la expresión "teoría del derecho" se abre una nueva vía que supone un cambio de paradigma en el pensamiento jurídico.[2]

Pero, en nuestro caso, apartándose enfáticamente de su propuesta de reducir la filosofía del derecho a teoría jurídica y esta última a una teoría analítica del lenguaje jurídico: "Dicha propuesta se resume así: la filosofía del derecho —o, como preferimos llamarla, la teoría del derecho— es análisis del lenguaje de los juristas"[3]. Y, por el contrario, poniendo de presente que la reconstrucción del estatuto de la filosofía del derecho pasa, mejor, por la fundamentación de una teoría crítica de este, como bien puede inferirse de los planteamientos de Rawls y, particularmente, Habermas.

En ese propósito, se buscará rastrear las raíces de la problemática en la discusión de la Modernidad temprana entre 1) el contractualismo, que culmina con Kant y su polémica con Hegel, y el proceso posterior, a partir de la tensión del

[2] Véase: Gregorio Robles, "La teoría del derecho como sustitución de la filosofía del derecho", en *Introducción a la teoría del derecho* (Madrid: Debate, 1993), 16.

[3] Gregorio Robles, "La teoría del derecho como sustitución", 17.

siglo XIX entre 2) el marxismo, su cuestionamiento radical al derecho y las diferentes escuelas que ya perfilan la teoría jurídica autónoma. Este proceso se acelera con el surgimiento del positivismo contemporáneo, donde la teoría jurídica, con Kelsen y Hart, le arrebata definitivamente su fundamento epistemológico a 3) la reflexión iusfilosófica. Y, por último, 4) el planteamiento de Niklas Luhmann cierra con su concepción de un sistema jurídico autopoiético donde la reflexión iusfilosófica es concebida como externa, incluso disfuncional, al ordenamiento.

Enseguida se aborda 5) el paradigma interpretativo, en sus variantes de Dworkin y Alexy, y la forma en que, paradójicamente, aceleran la disolución de la filosofía del derecho al reducirla a teoría jurídica para, finalmente, a partir de los presupuestos sugeridos por 6) la filosofía de la justicia de Rawls y 7) la teoría crítica del derecho de Habermas, enmarcada en la tradición de las teorías críticas del derecho, sugerir los elementos desde los cuales reconstruir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporánea, en diálogo con la teoría jurídica y la constitucional recíprocamente.

El momento de la filosofía del derecho

La disputa con el contractualismo

En efecto, la filosofía del derecho de la Modernidad temprana, como queda claramente consignado en Hobbes, se orienta hacia una reflexión sobre la relación entre legitimidad y legalidad, que muestra cómo el orden legal depende de factores de legitimidad, la paz y la vida, que al mismo tiempo son indicadores de la eficacia del Estado. Pero aquí su estatuto comienza a problematizarse en la medida en que el problema de la legitimidad y el de la eficacia hacen referencia, el uno a una esfera política y el otro a una social que, podría sospecharse, no son directamente su objeto de investigación como más claramente parecerían serlo de la filosofía política y de la sociología del derecho, esta última todavía embrionaria, por supuesto, en tiempos de Hobbes.

La confusión se agudiza cuando, con Locke, los factores de legitimidad quedan subsumidos totalmente a la legalidad de los procedimientos. El contractualismo lockeano, prefigurando la autorreferencialidad luhmanniana, reduce a la legalidad procedimentalizada, tanto la legitimidad como la eficacia del sistema. El procedimiento concebido para salir del estado de guerra y constituir el contrato social que da nacimiento a la sociedad política define desde ese momento el criterio de legitimidad exclusivo, además del de la propiedad que por ser básico es simplemente un *factum* innegociable y, si se quiere, un indicador de eficacia del sistema, sin que los principios ni leyes de naturaleza, como los hobbesianos, determinen o no su justificación política o moral. Filosofía política, filosofía del

derecho y sociología jurídica quedan amalgamadas en el procedimiento que es el que, en últimas, en términos políticos, jurídicos y sociales determina la legitimidad, la validez y la eficacia del sistema.

Rousseau no aporta mucho a la problemática, salvo porque su categoría de voluntad general como expresión de un cuerpo colectivo moral y su inclinación al modelo de política antiguo, enraizado en el entramado de las virtudes, subsume otra dimensión, que complejiza la problemática: la moral, que hasta ese momento había podido escaparse de esta relación, súbitamente queda amarrada a esa voluntad general que, en cuanto sociedad política, termina igualmente anclada a los procedimientos jurídico-políticos del sistema que a la postre serían los de la democracia liberal[4].

Con Kant se produce, sin duda, una delimitación de tres de las esferas anotadas: la moral, el derecho y la política quedan autonomizadas en sus esferas y estatutos epistemológicos respectivos, con lo cual se evidencia, sin embargo, su condicionalidad recíproca. Pero el énfasis sigue en la moral, en la medida en que la deducción trascendental de la idea del derecho y la política se deriva de los presupuestos de universalidad, autonomía y libertad determinados por la primera[5].

Hegel, por su parte, no avanza sustancialmente en lo que a la filosofía del derecho se refiere. La estructura de esta pretende superar la formalidad del derecho moderno y la vacuidad de la moral kantiana en la figura de la eticidad que el Estado lleva a su máxima expresión. Este último subsume las dimensiones jurídica y política con el propósito de interpretar y preservar el *ethos* que necesariamente lo origina y le confiere su razón última[6].

Aquí se presentan dos lecturas opuestas, ambas en el marco de la Modernidad, de la relación trilemática entre legitimidad, validez y eficacia. En Kant, la justificación moral, en términos de universalidad, autonomía y libertad, fija los límites de la validez del derecho y de la legitimidad del contrato social: el derecho tiene que preservar la frontera infranqueable de las libertades subjetivas y la política tiene que asumir el consenso universal como idea normativa de su realización. La eficacia del ordenamiento parece quedar sujeta a tales condiciones. En Hegel, por el contrario, la relación queda anclada a la preservación del *ethos*: el derecho será válido y la política legítima en la medida en que la eticidad, a través

[4] Véase: Óscar Mejía Quintana, "La tradición contractualista", en *Justicia y democracia consensual* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997), 13-35.

[5] Véanse: Adela Cortina, "Aportaciones de La metafísica de las costumbres", en *La metafísica de las costumbres de Immanuel Kant* (Bogotá: REI, 1989), XXXI-LXX; así como Felipe González Vicén, "El principio de autonomía y el concepto del derecho", en *De Kant a Marx* (Valencia: Fernando Torres Editores, 1984), 41-59.

[6] Jean Michel Palmier, Hegel. *Ensayo sobre la formación del sistema hegeliano* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1977), 81-100; John Niemeyer Findlay, "La filosofía del espíritu objetivo", en *Reexamen de Hegel* (Barcelona: Grijalbo, 1969), 319-344; Herbert Marcuse, "La filosofía política", en *Razón y revolución* (Madrid: Alianza, 1976), 168-219.

del Estado, respete las protoformas del *ethos* y la identidad de las comunidades. La eficacia del ordenamiento queda, igualmente, sujeta a esa traducción jurídico-política que el Estado hace de la identidad ética de un pueblo.

La pregunta que se impone en torno al estatuto epistemológico de la filosofía del derecho que nos convoca es la de la lectura que cada una de estas interpretaciones supone. En Kant es claro que esta queda restringida al fenómeno jurídico en términos positivos mientras que en Hegel adquiere un carácter más totalizante, congruente con esa inclinación aristotélica de su óptica[7], como se deduce fácilmente de la estructura misma de su *Filosofía del derecho*[8].

En la primera se anticipa el perfil autorreferente de la teoría jurídica contemporánea y en la segunda se mantiene el carácter totalizante pero problemático del modelo de la Antigüedad. La posición kantiana prefigura, así, la validez como problemática epistemológica central de la teoría jurídica, y la hegeliana la de una relación total pero compleja, en términos epistemológicos, entre las tres dimensiones.

Entre la validez y la sospecha

El siglo XIX constituirá una paradójica bifurcación de toda esta reflexión. De una parte, Marx, desde la economía política, va plantear uno de los más radicales cuestionamientos sobre el derecho y la política de toda la Modernidad. Y, de otra, la teoría del derecho, en el marco de la tensión entre los modelos kantiano y hegeliano, comienza claramente a perfilarse y a romper el cordón umbilical con la filosofía del derecho.

En una primera bifurcación, las dos posturas, en especial la hegeliana, serán confrontadas por Marx, denunciando la abstracción que ambas hacen de las condiciones materiales que la validez, la legitimidad y la eficacia suponen, es decir, de la existencia de esquemas de dominación que se imponen, ya por la fuerza, ya por la ideologización. El radical cuestionamiento marxista sobre lo jurídico y lo político y, por tanto, sobre la validez del sistema jurídico, la legitimidad del ordenamiento político y la eficacia del sistema social, en general, deriva en su vertical posición frente a los derechos humanos y la democracia en el marco del capitalismo, como productos e instrumentos de la burguesía dominante para preservar su dominio[9].

---

[7] Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (Madrid: Espasa-Calpe, 1987).

[8] G. W. F. Hegel, *Filosofía del derecho* (Buenos Aires: Claridad, 1968).

[9] Karl Marx, "Prólogo de la *Contribución a la crítica de la economía política*", en *Obras escogidas* (Moscú: Progreso, 1973), 516-520; Eugeni Pashukanis, "Finalidad de la teoría general del derecho", en *Teoría general del derecho y marxismo* (Barcelona: Labor, 1976), 37-51; Remigio Conde, *Pashukanis y la teoría marxista del derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989); Ralf Dreier et ál., *Teoría pura del derecho y teoría marxista del*

La introducción a la "Crítica de la *Filosofía del derecho* de Hegel"[10] anticipa la intuición que Pashukanis, retomando a Lenin, llevará a sus consecuencias naturales: la filosofía del derecho no tiene ningún estatuto epistemológico. Solo puede concebirse como crítica de la economía política o, a lo sumo, como crítica ideológica del derecho y, por extensión, de la política. El marxismo estructuralista de Poulantzas y Althusser será el que vendrá a resolver esa tensión de la tradición marxista poniendo de presente que la figura más distorsionadora de la ideología burguesa es, precisamente, la ideología jurídico-política que alcanza su máxima y más irónica expresión en la teoría jurídica que trata de dar razón de ello[11].

La segunda bifurcación nos pone en dirección de la teoría jurídica contemporánea a partir de la tensión entre las dos lecturas sugeridas por Kant y Hegel, respectivamente. En la línea kantiana, aunque no siempre directamente derivada de su postura, se inscribirán escuelas como la de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos, mientras que la matriz hegeliana será indudablemente recogida por la Escuela Histórica del Derecho, así como por ciertas mixturas que, de la misma manera, pondrán su énfasis en aspectos universales o contextuales, como la Jurisprudencia de Intereses y la Escuela del Derecho Libre[12].

En todas ellas la tensión entre universalidad y eticidad se resimboliza de diferente manera, definiendo la validez del derecho por su identidad con una o con otra. Pero lo determinante será que la reflexión iusfilosófica, centrada en consideraciones extrasistémicas, más generales, va dando paso a un pensamiento sistemático sobre el derecho desde una perspectiva que, en lo esencial, se estructura de manera intrasistémica. Por supuesto, ello genera un abandono progresivo de los problemas clásicos de la filosofía del derecho, como eran el de la relación entre legitimidad y legalidad o el de la obediencia o desobediencia del derecho que hasta Kant y Hegel podían rastrearse.

El eje se desplaza del entorno del derecho, ya sea moral o político, al derecho como sistema, lo cual ya era un camino preparado, en todo caso, tanto por Kant como por Hegel. Esta tendencia encuentra en la Escuela del Realismo Jurídico, en la versión escandinava y en la norteamericana, su consagración definitiva en cuanto, pese a la apariencia contraria, es el juez y, en particular, la decisión judicial la clave de la validez del derecho. La teoría jurídica logra romper definitivamente con la filosofía del derecho, no sin costos por supuesto, como dramá-

---

derecho (Bogotá: Temis, 1984); Per Mazurek, "Teoría marxista y socialista del derecho", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, eds. Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (Madrid: Debate, 1992), 333-348.

[10] Karl Marx, "Contribución a la crítica de la *Filosofía del derecho* de Hegel", en *Textos* (Bogotá: Eris, 1978), 99-122.

[11] Véanse: Nicos Poulantzas, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista* (México D.F.: Siglo xxi, 1976); Louis Althusser, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado* (Bogotá: Tupac Amaru, 1974).

[12] Véase, en general, Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea* (Madrid: Tecnos, 1989).

ticamente se vería después, y, simultáneamente, la filosofía del derecho pierde su perfil al no ser claro el problema epistemológico que orienta su reflexión[13].

El momento de la teoría jurídica

Positivismo y teoría jurídica

En efecto, si la validez es el problema de la teoría jurídica naciente y la legitimidad el de la filosofía política, así como la eficacia el de la sociología del derecho, ¿cuál es el problema específico de la filosofía del derecho?, ¿desde dónde estructurar su estatuto epistemológico? Los manuales de filosofía del derecho de la primera mitad del siglo xx, cuya incidencia en muchas latitudes se mantiene hasta hoy, centran el eje de reflexión de esta en torno a tres disciplinas filosóficas: la epistemología, la ontología y la axiología del derecho. La primera determina el objeto de la ciencia jurídica (teoría del conocimiento jurídico que, en algunos casos, se complementa con una teoría de la argumentación jurídica); la segunda es la estructura del ser del fenómeno jurídico (concepto del derecho); y la tercera proyecta el deber ser del derecho como sistema normativo (teoría de la justicia).

Las variaciones y originalidades se daban en torno a cuáles subdisciplinas se subordinaban las otras. Arthur Kaufmann subdivide, precisamente, la filosofía del derecho en ontología (estudio del mundo como objetividad), epistemología (estudio del mundo como subjetividad) y filosofía de la existencia (estudio del mundo como autorrealización). Del Vecchio, por su parte, divide la filosofía del derecho en lógica (la cual define el derecho en su universalidad), fenomenología (la cual investiga los caracteres generales de su desarrollo) y deontología (la cual valora según el ideal de justicia trazado por la razón pura)[14].

En las tres perspectivas se superponían aspectos de legitimidad, validez y eficacia, lo que evidenció que no fueron delimitados con precisión los cruces epistemológicos que a su vez se producían con la filosofía política, la teoría del derecho y la sociología jurídica, sin hablar de la filosofía moral que, en la dimensión axiológica, también entraba a jugar. En Bobbio, por ejemplo, la filosofía del derecho se subdivide en una teoría de la ciencia jurídica, una del derecho y una de la justicia, siendo esta última la principal y teniendo como objetos de estudio la relación entre legitimidad y legalidad, el consenso social y la fundamentación

[13] Liborio Hierro, "Realismo jurídico", en *El derecho y la justicia*, ed. por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Madrid: Trotta, 1996), 77-86.

[14] Arthur Kaufmann, "Naturaleza, tareas y posición sistemática de la filosofía del derecho", en *Filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 37-43; Giorgio Del Vecchio, "Concepto y temas de la filosofía del derecho", en *Filosofía del derecho* (Barcelona: Bosch, 1991), 275-289; en el contexto colombiano, véase: Abel Naranjo Villegas, *Filosofía del derecho* (Bogotá: Temis, 1992).

del Estado de derecho[15]. Es decir, el espectro de problemas iusfilosóficos de la Modernidad temprana.

En el marco de conceptualizaciones análogas sobre el objeto de la filosofía del derecho, herencia indirecta de la discusión moderno-temprana, va surgiendo la teoría pura del derecho de Kelsen y la definición del positivismo jurídico como la primera y, quizás, más importante escuela teórico-jurídica. Kelsen define la validez como un problema exclusivo de la teoría jurídica precisamente para deslindarlo de dos problemas que a su modo de ver no tenían, al menos directamente, relación con su campo de conocimiento: el de la legitimidad y el de la eficacia.

La pregunta por la validez del ordenamiento como pregunta esencial de la teoría jurídica es el cuestionamiento por las condiciones de posibilidad del conocimiento jurídico. En la línea kantiana, Kelsen parte de dos apriorismos del conocimiento del fenómeno jurídico: el ordenamiento como tal que preexiste a la norma particular, y en el cual esta se inscribe, y la norma fundamental que, en últimas, es la pauta incondicional de la validez de todo el ordenamiento[16]. Si bien las relaciones con las esferas de la legitimidad y la eficacia siguen siendo complejas en cuanto la norma fundamental presupone un contenido axiológico que solo hasta el final de su vida Kelsen acepta y de que la mínima eficacia del sistema es un requisito de su validez general, el autor logra deslindar definitivamente la teoría jurídica de la filosofía del derecho, y define su problemática específica aunque, obviamente, origina otros problemas no menos decisivos para el desarrollo de la tradición positivista[17].

Sin embargo, con la teoría pura kelseniana el derecho rompe definitivamente su paternidad con la filosofía del derecho, por un lado, y con la sociología del derecho, por otro; a partir de lo cual toma distancia frente a dos escuelas que posteriormente tendrían que acomodarse a esta nueva geografía epistemológica: el iusnaturalismo y el realismo jurídico que eran las puntas de lanza de los resabios de la filosofía del derecho de la Modernidad temprana, cuando no de la premodernidad y de la nueva sociología del derecho.

Una interesante disgregación del positivismo, en una variante más hegeliana que kantiana, la constituye el contemporáneo y contradictor de Kelsen, Carl Schmitt. Su implacable crítica de la democracia liberal muestra, de una parte, cómo la decisión del soberano desborda, en un momento dado, la necesidad de legitimación democrática de la sociedad y, de otra, cómo el derecho positivo, sin dejar de serlo, es la expresión de un orden concreto, en una gradación de innegable influencia hegeliana que va desde el momento óntico, la vida real de un

[15] Citado por Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos* (Madrid: Debate, 1991), 27 y ss.

[16] Véase, de nuevo, Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992).

[17] Hans Kelsen, "El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica", en *Teoría pura del derecho* (México D.F.: Porrúa, 1997), 201-232.

pueblo, pasando por el lógico, la idea de derecho derivada de lo anterior, hasta el nivel ontológico concreto del derecho positivo y, finalmente, el práctico-concreto de la decisión judicial. Schmitt sintetiza con su fórmula dos siglos de discusión iusfilosófica asimilándola, como Kelsen, a la teoría del derecho[18].

Aunque no sea de buen recibo por los juristas adeptos a la filosofía, lo cierto es que en este momento la teoría del derecho se separa de la filosofía del derecho y conquista su madurez epistemológica. Logro que para la segunda consagra, al mismo tiempo, su limbo epistemológico en la medida en que pierde definitivamente los contornos específicos, si no de un objeto, sí de un problema disciplinario particular. Desde ese momento, en realidad, la teoría del derecho es el ámbito de reflexión propio del derecho como disciplina y la filosofía del derecho deviene un fantasma epistemológico sin problemática propia, salvo cuando los juristas las identifican con la teoría jurídica y los filósofos con la historia de la filosofía.

Hart va a tratar de flexibilizar la teoría jurídica, cuyos postulados kelsenianos de pureza metódica y neutralidad axiológica habían desarmado al derecho de la posibilidad de corrección frente a sus propios excesos. En ese memorable capítulo inicial de su obra cumbre, Hart plantea las perplejidades de la teoría jurídica, dos de las cuales son precisamente no reducir el derecho a órdenes respaldadas por amenazas y la necesidad de replantear la relación entre derecho y moral[19].

Si bien Hart introduce en los capítulos finales una reflexión definitiva sobre la necesidad de congruencia entre el sistema jurídico y el moral, los dos fundamentados en un derecho mínimo natural común, mantiene —pese a su oposición a Kelsen con la regla de reconocimiento que pretende contrastar la ambigüedad de la norma fundamental— el estatuto epistemológico propio de la teoría jurídica contemporánea[20].

Pero aquí se impone una aclaración que será clave en el desarrollo de la teoría jurídica hacia el futuro. La estructura epistemológica que se deriva del planteamiento hartiano trifurca la teoría jurídica en las siguientes proyecciones: qué es, cómo funciona y qué debe ser el derecho, con lo cual se anticipa el paso cualitativo que la teoría jurídica daría en relación al conjunto de la filosofía práctica contemporánea que queda anclada en la perspectiva monoproblemática de sus disciplinas particulares. La teoría jurídica subsume así, desde su propia óptica, las problemáticas de la legitimidad y la eficacia y se inicia un proceso de ampliación y definición de su estatuto epistemológico que, más adelante, Robert Alexy pondrá en evidencia: la validez del derecho no solo es jurídica sino que deviene también social y moral.

---

[18] Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (Madrid: Tecnos, 1996).

[19] H. L. A. Hart, "Regla de reconocimiento y validez jurídica", en *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 125-137.

[20] H. L. A. Hart, "Postcriptum", en *La decisión judicial*, H. L. A. Hart y Ronald Dworkin (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997).

El momento de la sociología jurídica

Luhmann: disolución de la filosofía del derecho

El paradigma autopoiético o autorreferencial concibe el derecho, la política y la moral como sistemas sociales autonomizados entre sí, sin otro tipo de comunicación que el sistémico o funcional, y constituye una radicalización del iuspositivismo kelseniano, que resimboliza la validez jurídica en términos de una concepción autorreferente del sistema jurídico[21]. Podría parecer que Luhmann reduce de nuevo la validez del derecho a una sola dimensión pero es todo lo contrario. La prioridad de los sistemas sociales, incluido el jurídico, no es ya la adaptación a la complejidad del entorno sino a su propia complejidad, lo que constituye un giro radical en el imperativo del derecho en cuanto el eje de sus decisiones no proviene del entorno social sino que se estructura a partir de sus propias capacidades y posibilidades internas.

La idea de Luhmann es que la complejidad social se reduce constriñendo la complejidad interna del sistema jurídico. La apertura cognitiva ante el entorno supone una clausura normativa de este, en el sentido de que el código binario propio al derecho es el que garantiza que la complejidad social se traduzca al lenguaje jurídico y se resuelva en términos jurídicos y no sociales. El derecho reduce la complejidad social en términos de validez jurídica, no de eficacia social o legitimidad política.

Pero eso no significa que las dimensiones de eficacia o legitimidad del sistema jurídico no sean contempladas por el derecho en términos sistémicos. La validez jurídica implica, necesariamente —so pena de caer en un formalismo que solo podría conducir al derrumbamiento del sistema—, una reducción eficaz de la complejidad social y, obviamente, connota una dimensión de legitimidad que el derecho resuelve en términos funcionales.

¿Qué consecuencias tiene ello para la filosofía del derecho? Para Luhmann, la teoría jurídica es la llamada a observar los procesos sistémicos del derecho con el objetivo de disolver sus paradojas y tautologías. En efecto, la adaptación del sistema en sí mismo, y por ende al entorno, y la legitimidad que se puede derivar de su capacidad de adaptación supone la autoobservación del sistema. Esta es la que puede evitar la paradoja sistémica, es decir, la imposibilidad de que el sistema no logre captar su complejidad y reducirla. La función de la teoría jurídica es evitar ello, observando adecuadamente al sistema y propiciando su adaptación a sí mismo.

La teoría jurídica garantiza, así, el cierre autopoiético del sistema y la adaptación a su propia complejidad. Sin embargo, esta observación de primer orden tiene que complementarse con una observación de segundo orden: tal función

[21] Véase: Jesús Martínez, "Teoría de sistemas: la autorreferencia", en *La imaginación jurídica* (Madrid: Debate, 1992), 82-94; Ignacio Izuzquiza, "El sistema del derecho", en *La sociedad sin hombres* (Barcelona: Anthropos, 1990), 292-298.

sistémica es llevada a cabo, según Luhmann, por la sociología del derecho[22]. Esta observación complementa la de la teoría jurídica, desde una óptica intrasistémica y no extrasistémica, como la sociología jurídica la ha planteado tradicionalmente, lo que propicia una complejización excesiva del sistema jurídico[23].

La sociología del derecho es una observación de la observación: observa la relación de la teoría jurídica con la complejidad del sistema jurídico. En últimas, es la garantía del cierre autopoiético del sistema, que señala el peligro potencial de importación de normas externas al derecho, y calibra la función límite entre apertura cognitiva y cierre normativo del sistema jurídico. Tal observación asegura la validez y unidad del sistema como función autopoiética y no como consecuencia del entorno, y, por tanto, el carácter circular, simétrico y recursivo de su autopoiésis[24].

En ese marco la filosofía del derecho no cumple ninguna función, más que, si se quiere, retórica. Constituye un elemento externo al sistema jurídico, que podría calificarse casi como moral, y, por tanto, potencialmente peligroso, en la medida en que puede generar un exceso de complejidad al interior del sistema jurídico, es decir, de contingencia no estructurada que no se ciñe al código binario del lenguaje legal.

La filosofía del derecho no solo deja de tener lugar en el planteamiento autopoiético sino que, incluso, es una dimensión extraña a la dinámica sistémica del ordenamiento jurídico que tiene que ser aislada y expulsada del sistema. El estatuto epistemológico iusfilosófico desaparece con Luhmann y, pese a ciertas diferencias sustanciales con el planteamiento de Teubner, puede hacerse una interpretación similar de la filosofía del derecho en el paradigma de derecho reflexivo que este último defiende[25].

Filosofía del derecho *qua* teoría jurídica

Quizás uno de los aspectos más polémicos de la disolución de la filosofía del derecho proviene de dos de los autores que, paradójicamente, han sido los que más han invocado su aparente resurrección y estatus. Sin embargo, vistos en profundidad,

[22] Niklas Luhmann, "Questions for legal theory" y "Legal system and legal theory", en *A Sociological Theory of Law* (London: Routledge & Kegan, 1985), 274-288.

[23] Véase: Pilar Giménez Alcover, "La observación sociológica del derecho", en *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann* (Barcelona: Bosch Editor, 1993), 294-335.

[24] Niklas Luhmann, "La contingencia como valor propio de la sociedad moderna", en *Observaciones de la Modernidad* (Barcelona: Paidós, 1997), 87-119.

[25] Günther Teubner, *Le droit, un systeme autopoiétique* (París: PUF, 1993); y "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", en *La fuerza del derecho* de Pierre Bourdieu y Günther Teubner (Bogotá: Siglo del Hombre, 2000), 81-152.

aunque sin duda reconozcan la importancia de la filosofía del derecho, el uno como ámbito de reflexión para la decisión judicial (Dworkin) y el otro (Alexy) para el que, además, es la *philosophie des rechts* la disciplina que da razón del fenómeno jurídico, lo cierto es que ambos aceleran el proceso de conversión de la filosofía del derecho a teoría jurídica.

Dworkin: derecho como integridad

Aunque el planteamiento de Dworkin es posterior al de Rawls y, de hecho, explícitamente se inscribe en el giro rawlsiano, su reconocimiento se evidencia en toda su magnitud en su polémica con Hart[26]. El debate giró en torno a la relación entre derecho y moral que, pese a las ambivalencias de su planteamiento, Hart negaría hasta el final, mientras que Dworkin defendía una relación estructural entre una y otra, en la medida en que los principios máximos del sistema jurídico resumían, necesariamente también, los principios morales de esa sociedad. Por lo tanto, hablar de dos dimensiones normativas enfrentadas no tenía asidero por cuanto el derecho incorporaba los valores morales de la sociedad a través de sus principios regulativos.

No es el caso entrar en los pormenores de esta discusión, sin duda uno de los debates más significativos y representativos de la teoría jurídica contemporánea. El punto es que en el marco de esta, Dworkin empieza a clasificar esta polémica dentro de la filosofía del derecho y no en el de la teoría del derecho, seguramente por la introducción de elementos morales y filosóficos[27]. Pero con este giro, la disolución de la filosofía del derecho se vuelve definitiva, en la medida en que, como queda claro en toda la obra de Dworkin, cuando esta es vaciada de sus propios contenidos, es colonizada paradójicamente por los problemas y temáticas de la teoría del derecho, tal como se venían dando desde Kelsen hasta Hart[28].

> [L]os problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia […] Cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa […] La filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho.[29]

---

[26] H. L. A. Hart y Ronald Dworkin, *La decisión judicial*, 1997.

[27] Véase: Ronald Dworkin, Introduction a *Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1977).

[28] Véanse: Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Gedisa, 1992); así como *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1992). Igualmente, Rodolfo Arango, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1999).

[29] Ronald Dworkin, *La filosofía del derecho*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1980.

Esta, sin lugar a dudas, constituye la más paradójica consecuencia del planteamiento dworkiniano cuya pretensión se orientaba, precisamente, a mostrar la imposibilidad de desterrar de la teoría jurídica el problema de los principios y los valores morales como lo había buscado siempre el positivismo. Pero la identificación de esta relectura con la filosofía del derecho, precisamente por ese carácter alterno, lo que hace es desperfilar epistemológicamente a la filosofía del derecho, identificándola con la teoría jurídica:

> El análisis dworkiniano del derecho como concepto interpretativo, de acuerdo con el modelo de interpretación del propio Dworkin, hace imposible la filosofía jurídica clásica. En otras palabras, Dworkin desafía la posibilidad y el valor de la "filosofía del derecho general", del intento de analizar las sociedades en sus aspectos más generales (de manera similar al intento por analizar la naturaleza humana) e identificar las características que son comunes a todas las organizaciones sociales que podrían crear la necesidad de establecer instituciones y prácticas similares (en diferentes partes del mundo).[30]

La iniciativa de Dworkin tiene los efectos contrarios al proyectarse en el contexto universal. Su identificación de las problemáticas epistemológicas de la teoría del derecho con las de la filosofía del derecho acelera el reemplazo de los contenidos de la segunda por los de la primera, en una línea similar a la propiciada por el paradigma autopoiético. Con ello se da pie para confundir ambas disciplinas y justificar que los problemas legales fueran abordados, no desde la teoría jurídica en términos intrasistémicos, sino desde una singular versión de la filosofía del derecho no reconstruida críticamente en términos epistemológicos posconvencionales, sino análoga a la primera. Con lo que desdibujó totalmente su naturaleza epistemológica, tanto presente como potencial, y se incentivó todo tipo de malinterpretaciones sobre el estatuto de las dos.

Alexy: validez tríadica del derecho

Antes de entrar al planteamiento de Habermas, es necesario hacer una digresión en dos sentidos a partir de la obra de Robert Alexy. La primera hace referencia a la crítica que este último le plantea al primero en cuanto considera que la teoría de la acción comunicativa no puede desconocer el ámbito jurídico y, por tanto, tiene que continuarse como una teoría del derecho. Esta crítica es, sin duda, el origen del giro jurídico en el pensamiento de Habermas que lo enfila, desde mediados de los ochenta, hacia lo que terminaría siendo su teoría del

[30] Ruth Gavison, "Comment", en *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, ed. por Ruth Gavison (Oxford: Clarendon Press, 1987).

Estado democrático de derecho en *Facticidad y validez* (en adelante FV), como se expondrá más adelante.

Pero además de ello, Alexy desarrolla una interesante propuesta desde la teoría del derecho que constituye un paso adelante en la definición epistemológica de la disciplina. A partir de una crítica de la noción de norma básica en Kant, analítica en Kelsen y empírica en Hart, en cuanto todas presuponen contenidos morales que se niegan a reconocer y que hacen caer sus planteamientos en contradicciones internas, Alexy propone una estructuración tríadica de la validez del derecho que integre las diferentes dimensiones que el fenómeno jurídico connota.

La validez del derecho implica, en primer lugar, una validez jurídica que supone que la norma es dictada por un órgano competente y según un procedimiento previsto; en segundo lugar, una validez moral, que supone que la norma está moralmente justificada y que el sistema posee una pretensión de corrección en caso de normas injustas; y, en tercer lugar, una validez social que supone que la norma vale socialmente porque es obedecida y en caso de desobediencia se aplica una sanción[31].

Por supuesto, la filosofía del derecho, en su sentido clásico, no tiene cabida en este razonamiento. Por el contrario, constituye una interesante extensión del ámbito de reflexión de la teoría jurídica y la subsunción por parte de ella de los problemas de legitimidad y eficacia en términos de validez moral y social del derecho. Con esto, Alexy consagra el estatuto epistemológico de la teoría del derecho que, sin duda, logra dar un paso adelante con relación al resto de disciplinas, en cuanto amplía las fronteras de su objeto de estudio sin necesidad de cruzarse con las otras problemáticas.

La asunción que Alexy hace de la filosofía del derecho y su relación con la filosofía en general[32] responde precisamente a una mirada intrasistémica del fenómeno jurídico. La alusión a "filosofía del derecho" tiene que interpretarse en el contexto de una tradición donde paulatinamente los problemas de este campo fueron vistos académicamente desde esta subdisciplina de la filosofía pero, ahora, con un contenido cuyo énfasis es teórico-jurídico:

> En la filosofía del derecho, la dimensión analítica se refiere a conceptos como los de norma, "deber ser", persona, acción, sanción e institución. La dimensión sintética se define por el intento de unir estos conceptos en un todo coherente […] Un panorama coherente y fundado en profundidad […] es la idea regulativa […] su finalidad última. Esto implica que […] es necesa-

[31] Véase: Robert Alexy, "La validez del derecho", en *Concepto y validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), 87-122; así como la interesante versión local de Andrés Rodríguez V., "Unidad y validez de los sistemas jurídicos: problemas de las diversas teorías sobre la norma básica" (tesis de grado, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009).

[32] Robert Alexy, "La naturaleza del la filosofía del derecho", en *El concepto y la naturaleza del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 35-49.

> riamente holística. La filosofía del derecho […] es una reflexión de índole general y sistemática, y tiene […] una dimensión normativa, otra analítica y otra holística.[33]

Reconstrucción de la filosofía del derecho

Rawls: filosofía de la justicia

El resurgimiento de la filosofía moral, política y jurídica en la segunda mitad del siglo XX se origina, cronológicamente, con la publicación de *Teoría de la justicia* (1971, en adelante *TJ*) de John Rawls, cuyos planteamientos constituyen un audaz intento por fundamentar una nueva concepción de la moral, de la política, del derecho y de sus relaciones entre sí, con sustanciales connotaciones para el desarrollo institucional de la filosofía moral, jurídica y política contemporáneas[34].

Teoría de la justicia termina así de redondear la crítica al utilitarismo que Rawls había emprendido veinte años atrás, al concebir un procedimiento de consensualización, la posición original, de la que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas, principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, en los ámbitos político, económico y social.

La propuesta rawlsiana subsume tres perspectivas de la razón práctica en tres momentos de un mismo proceso de construcción. El primero, el dialógico-moral que, con la figura de la posición original, supone la obtención de un consenso racional y argumentado donde todas las concepciones de justicia y sus proyecciones económicas son discutidas, contrastadas y asumidas[35].

Un segundo momento, el político-contractual, donde la concepción política de justicia es fundamentada desde el consenso entrecruzado de las diferentes concepciones omnicomprehensivas razonables de la sociedad y, a partir de ello, se construye cooperativamente el espacio de lo público. Y, por último, un tercer momento, el ético-contextual, a través del cual la persona o el sujeto colectivo, en el marco de una comunidad y tradición específicas, subsume o no los principios dentro de su irreductible e irrenunciable esfera particular.

El planteamiento de Rawls, pese al énfasis que parece ponerle a la justicia, bosqueja el nuevo perfil de la filosofía del derecho contemporánea. En efecto, la reflexión rawlsiana involucra y relaciona tres dimensiones en su planteamiento.

---

[33] Robert Alexy, "La naturaleza de la filosofía del derecho", 37-38.

[34] John Rawls, *Teoría de la justicia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996); *Liberalismo político* (Barcelona: Crítica, 1996).

[35] Óscar Mejía Quintana, "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls", en *El derecho de los pueblos* de John Rawls (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996).

Una primera, que se deriva de la posición original, es la justificación moral de los principios de justicia. Los cuales tienen la pretensión de derivarse de un consenso moral que pueda satisfacer a todos por igual sus expectativas mínimas particulares, en condiciones de simetría deliberativa.

Pero esos mismos principios son, a su vez, los criterios de legitimidad del ordenamiento jurídico-político. En efecto, los principios de justicia operan como condiciones de legitimación del sistema en su conjunto, en la medida en que las instituciones tienen que adaptarse a los contenidos y prioridades fijados por ellos y, de no hacerlo, la ciudadanía puede acudir a formas de resistencia diversas.

Pero el planteamiento rawlsiano subsume, inmediatamente, una segunda dimensión. Los principios de justicia son externos al ordenamiento pero quedan integrados, tal como lo presenta en la secuencia de cuatro etapas, en un congreso constituyente a través de un principio ya no de legitimidad sino de validez. Principio que después permea las diferentes legislaturas y la administración pública y de justicia y, en general, el conjunto de las instituciones. El imperativo consensual de la posición original se recoge en un principio jurídico-constitucional de igual participación que define los términos de validez de las normas jurídicas. Este principio no es ya un criterio de legitimidad política sino un factor de validez jurídica del ordenamiento[36].

La violación de tal principio justifica asumir dos mecanismos que Rawls contempla para que la ciudadanía se oponga a los eventuales excesos de las mayorías legislativas, políticas o sociales: la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Estas figuras reivindican el contenido de los principios de justicia, es decir, los criterios de justificación moral y legitimidad política del ordenamiento cuando ha sido violado el factor de validez que el principio de igual participación supone. La legitimidad opera como un regulador sobre la validez[37].

Pero Rawls introduce una tercera dimensión al abordar el *problema de la estabilidad* en la tercera parte de su teoría de la justicia. Los principios de justicia y el ordenamiento constitucional que de ellos se ha derivado tienen que ser refrendados desde la cotidianidad de las comunidades. Solo el contraste de la universalidad formal de los principios con la cotidianidad fáctica de las diferentes formas de vida de la ciudadanía que pretende regular garantiza la estabilidad de la sociedad, es decir, en otras palabras, la eficacia social del sistema[38].

Con esto Rawls muestra el nuevo perfil epistemológico de la filosofía del derecho. Sin circunscribirse a la reflexión sobre la justicia como algunos se lo señalaban, casi como un premio de consolación, su planteamiento articula los

[36] John Rawls, "La secuencia de cuatro etapas", en *Teoría de la justicia*, 187-192.

[37] John Rawls, "La definición de la desobediencia civil", en *Teoría de la justicia*, 331 y ss.

[38] John Rawls, "El sentido de la justicia", en *Teoría de la justicia*, 410 y ss.

problemas de la justificación moral, la legitimidad política, la validez jurídica y la eficacia social de un sistema jurídico-político dado. La filosofía del derecho se proyecta entonces como una reflexión integral sobre el derecho que incluye los diversos momentos que configuran el fenómeno jurídico.

Hacia una teoría crítica del derecho

La sospecha sobre lo jurídico

Es imprescindible rescatar en este punto los antecedentes de las teorías críticas del derecho desde dos de las tradiciones de la sospecha sobre lo jurídico. Primero, desde la mirada implacable de Marx cuestionando el estatus y la dimensión del derecho, de la cual Kant es la última expresión del contractualismo y, de otro lado, Hegel, en su polémica con el anterior, habrían encumbrado en las figuras del contrato social y el Estado.

Como se mostró, la tradición marxista, de Marx a Lenin, pasando por Pashukanis y su trascendental debate con Kelsen[39], ha constituido una teoría radical sobre el derecho, que muestra su estrecha relación con la estructura económica capitalista y lo denuncia como un instrumento de dominación al servicio de la élite burguesa[40].

Y, segundo, desde la tradición estructuralista, con Foucault básicamente, quien, recuperando la demoledora aunque problemática crítica nietzscheano-heideggeriana al pensamiento occidental, incluyendo el jurídico, concibe el derecho como un instrumento de disciplinización y panoptización social. Dos tradiciones que, pese a sus divergencias, coinciden en una estrategia de sospecha frente al ámbito jurídico, como lo sugirieran sus maestros[41].

A partir de estas tradiciones de sospecha se constituyen dos vertientes críticas del derecho. La primera, a mediados de los setenta, se consolida en tres ramificaciones cuestionadoras del derecho contemporáneas[42]. Estas teorías críticas, que además recogen el legado final de la primera Escuela de Frankfurt, se proyectan en tres vertientes: una italiana, la del uso alternativo del *diritto* que posteriormente desemboca en el *garantismo* y el constitucionalismo radical[43];

[39] Ralf Dreier et ál., *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho* (Bogotá: Temis, 1984).

[40] Véase: Karl Marx y Friedrich Engels, *Obras escogidas* (Moscú: Progreso, 1973); Vladimir I. Lenin, *El Estado y la revolución* (Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1971); Eugeni Pashukanis, *Teoría general del derecho y marxismo* (Barcelona: Labor, 1976).

[41] Michel Foucault, *Vigilar y castigar* (México D.F.: Siglo xxi, 1976); Jean-François Lyotard, *La condición postmoderna* (México D.F.: rei, 1993); Jacques Derrida, *Fuerza de ley* (Madrid: Tecnos, 1997).

[42] Juan Pérez Lledó, "Teorías críticas del derecho", en *El derecho y la justicia*, 87-102.

[43] Pietro Barcelona et ál., *L'uso alternativo del diritto* (Roma: Laterza, 1973); Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías.*

una francesa, que se manifiesta en el movimiento Critique du Droit que, si bien desaparece, parece resimbolizarse en una teoría crítica del Estado constitucional contemporáneo[44]; y, finalmente, la norteamericana, en el movimiento de los Critical Legal Studies, la única que sobrevive "oficialmente" y que ha mantenido sus críticas y proyecciones en todos los niveles del derecho[45].

Una segunda vertiente la constituye la heterodoxia socialista, tanto de Europa del Este como del Oeste, que recupera el espíritu crítico y contestatario del marxismo, así como la teoría neomarxista —que ya se insinuaba en la primera Escuela de Frankfurt de Horkheimer, Adorno y Marcuse, se materializa en la corriente del humanismo socialista de la Europa comunista—, y asume lentamente el reto de pensar el derecho interdisciplinariamente en el marco de una sociedad poscapitalista globalizada[46].

El humanismo socialista influye, posteriormente, en todo el movimiento postsocialista contemporáneo. La lucha por el reconocimiento (Honneth), además de un nuevo esquema de justicia distributiva (Heller) y las sutiles pero determinantes relaciones del derecho, ya no con la estructura económica sino con la ideología poscapitalista (Jameson y Berman) señalan la estrategia proactiva del postsocialismo (Fraser) y su lucha por ampliar los límites del Estado democrático de derecho desde una perspectiva de reconocimiento y no solo de redistribución[47].

Pero el mérito de estas teorías fue poner de presente la relación estructural que existía entre el derecho y la política, y su articulación a través de la decisión judicial, herencia que, en el caso de los Critical Legal Studies, toman del realismo, en sus dos vertientes. Pero al hacerlo, precisamente aunque no de manera expresa, estaban prefigurando el nuevo estatuto epistemológico de la filosofía del derecho: la relación epistemológica de las tres dimensiones de la legitimidad, la validez y la eficacia que, más tarde con Habermas alcanzarían su máximo desarrollo sistemático.

Vale la pena destacar en esa línea el movimiento Critique du Droit francés,

---

La ley del más débil (Madrid: Trotta, 1999); Antoni Negri, *El poder constituyente* (Madrid: Prodhufi, 1994).

[44] Michel Miaille, *Une introduction critique au droit* (París: Maspero, 1975); André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique: où va la société du droit* (París: LGDJ, 1981); Jacques Beaud, *La puissance del l'Etat* (París: PUF, 1997).

[45] Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge: Harvard University Press, 1983); Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1999); *A Critique of Adjudication* (Cambridge: Harvard University Press, 1997).

[46] Max Hokheimer y Theodor Adorno, *Dialéctica de la Ilustración* (Madrid: Trotta, 1998); Herbert Marcuse, *El hombre unidimensional* (Barcelona: Ariel, 1981); Adam Schaff, *La alienación como fenómeno social* (Barcelona: Crítica, 1979).

[47] Marshall Berman, *Todo lo sólido se desvanece en el aire* (México D.F.: Siglo XXI, 1988); Fredric Jameson, *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado* (Barcelona: Paidós, 1991); Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento* (Barcelona: Crítica, 1997); Ágnes Heller, *Más allá de la justicia* (Barcelona: Crítica, 1990); Nancy Fraser, *Iustitia interrupta* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997); Iris Young, *Justice and the Politics of Difference* (Princeton: Princeton University Press, 1990).

en su momento encabezado por Miaille y Arnaud. La intención explícita del movimiento fue reconstituir el estatuto epistemológico de la teoría jurídica, desbordando los marcos convencionales que el positivismo le había fijado. Allí se hizo evidente un programa de investigación que buscaba superar el formalismo del derecho moderno, poniendo de presente los supuestos económicos y políticos sobre los que descansaba la validez formal del sistema jurídico, así como los términos capitalistas que su eficacia perseguía.

Aunque su pretensión se inscribía estrictamente en la recomposición epistemológica de la teoría jurídica, los alcances de su planteamiento problematizaban sus propios límites y prefiguraban el nuevo estatuto de la filosofía del derecho. En ese sentido, el movimiento adquiere más proyección que los mismos Critical Legal Studies actuales, no así de los fundadores del movimiento que tenían más clara la relación epistemológica global que debían asumir[48], pero sí de sus continuadores que parecen circunscribirse a los procesos de decisión y adjudicación judicial, estrictamente, con lo cual pierden el horizonte transdisciplinar de la relación.

El movimiento postsocialista incentiva esta tendencia, si bien su reflexión no pretende inscribirse ni en la teoría jurídica ni en la filosofía del derecho. Pero su abordaje de problemas sociales periféricos y su reconocimiento de que sean articulados en términos del sistema jurídico fortalecen la relectura epistemológica que aquí ha querido hacerse de una nueva filosofía del derecho y que, de alguna manera, Habermas llevará a su expresión sistemática más acabada.

Habermas: teoría discursiva del derecho

El pensamiento de Habermas puede interpretarse como una propuesta integral de filosofía práctica en tres direcciones que, a su vez, constituyen tres etapas en su propio desarrollo. En una primera etapa, el autor propugna por redefinir los nuevos términos de la problemática filosófico-política en el capitalismo tardío, de lo que deriva un proyecto de reconstrucción del materialismo histórico, así como una asignación a la filosofía de un nuevo papel en este contexto[49]. En una segunda etapa, su reflexión se centra en la fundamentación de una teoría de la acción comunicativa como estrategia central de relegitimación de la sociedad capitalista, a partir de un agudo e implacable diagnóstico de la colonización que sobre el mundo de la vida ha ejercido el derecho, y que ha generado un proceso de desintegración acelerada en su interior. Estrategia que Habermas complementa

[48] Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 1983.

[49] Jürgen Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico* (Madrid: Taurus, 1992), 131-167; y "Tendencias a la crisis en el capitalismo tardío", en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* (Buenos Aires: Amorrortu, 1994), 49-69.

con la concepción de su ética discursiva, inmediatamente después[50].

Ante las críticas de Robert Alexy en cuanto que la propuesta habermasiana no podía seguir ignorando en su estrategia de solución el derecho como instrumento, Habermas inicia lo que puede denominarse el giro jurídico hacia la reconsideración proactiva del Estado de derecho, que, en un primer momento, lo lanza hacia el iuspositivismo y cuya tensión entre legalidad y legitimidad resuelve con la procedimentalización de la soberanía popular[51].

En el marco de este giro, Habermas desarrolla, en la tercera etapa de su monumental reflexión, una teoría del derecho y la democracia que, de una parte, profundiza sus reflexiones tempranas sobre la legitimación en el capitalismo tardío que le permite replantear y complementar su propia teoría de la acción comunicativa. De otra, en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas, socio-jurídicas, teórico-jurídicas y filosófico-políticas contemporáneas, propone un nuevo paradigma jurídico-político, el discursivo-procedimental, cuyo objetivo es superar la crisis de las sociedades contemporáneas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo, mediante un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública[52].

Obviamente, Habermas ha replanteado desde muy temprano el papel que le corresponde a la filosofía en cuanto pensamiento posmetafísico. En un escrito temprano ya señalaba en qué sentido en su etapa clásica esta no podía definirse sino como teoría crítica social y en sus escritos tardíos ha insistido en los cambios radicales que la reflexión filosófica debe asumir hacia el futuro, en especial en lo que tiene que ver con el abandono del logocentrismo del pensamiento moderno, reorientado por el giro lingüístico hacia un nuevo tipo de racionalidad procedimental, el carácter situado que la razón posmetafísica adquiere y la inversión del primado de la teoría sobre la praxis, características todas que redefinen el papel contemporáneo de la filosofía[53].

En ese contexto podría pensarse que la filosofía del derecho no tendría un estatuto especial más que como intérprete de una tradición jurídica y vigilante de unos procesos de racionalidad al interior del derecho. Y si bien en *FV* Habermas

---

[50] Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, t. I (Buenos Aires: Taurus, 1989); y *Conciencia moral y acción comunicativa* (Barcelona: Península, 1991).

[51] Jürgen Habermas, "Cómo es posible la legitimidad vía de legalidad", en *Escritos sobre moralidad y eticidad* (Barcelona: Paidós, 1991), 131-172; y "La soberanía popular como procedimiento", *Foro por Colombia* 12 (1990): 47-57.

[52] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1998).

[53] Véase: Jürgen Habermas, "¿Para qué aún filosofía?", en *Sobre Nietzsche y otros ensayos* (Madrid: Tecnos, 1982), 62-88; "La filosofía como vigilante e intérprete", en *Conciencia moral y acción comunicativa* (Barcelona: Península, 1991), 9-29; y "Retorno a la metafísica" en *Pensamiento postmetafísico* (Madrid: Taurus, 1990), 11-63.

denuncia, precisamente hablando de Rawls, la impotencia kantiana en que puede caer la filosofía de la justicia, y que su planteamiento iusfilosófico pretende resolverse en el plano de la teoría jurídica e, incluso, de la constitucional, sin duda alguna las derivaciones de su teoría del Estado democrático de derecho constituyen, en una dirección similar a la de Rawls, la perfilación de un nuevo estatuto epistemológico para la filosofía del derecho[54].

En efecto, Habermas relaciona y articula de manera complementaria e integral tres dimensiones que la filosofía práctica y el pensamiento social habían disgregado: el de la legitimidad política (incluido en ella el de la justificación moral), la validez jurídica y la eficacia social. El Estado democrático de derecho como categoría iusfilosófica supone tres momentos que deben ser considerados en su autonomía, por supuesto, pero también en su interdependencia recíproca.

El derecho debe ser, pues, concebido como la categoría de mediación social entre hechos y normas o, en otras palabras, entre el mundo de la vida y los subsistemas funcionales económico y político-administrativo. La tensión entre facticidad y validez, entre legalidad y legitimidad, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos solo puede resolverse, en un mundo desencantado postindustrial, mediante el derecho, exclusivamente. Así, el fundamento ontológico es la consideración del derecho como *médium* de la integración social y el fundamento epistemológico es la consideración del derecho como categoría de la integración social[55].

En una línea de razonamiento similar a la de Rawls, Habermas va a definir el Estado democrático de derecho desde tres dimensiones que, simultáneamente, permitirán redefinir el papel de la filosofía del derecho. La primera especifica los términos de legitimidad política del Estado democrático de derecho a partir de la consideración de una soberanía popular plural, no hipostasiada jurídicamente.

El ordenamiento es legítimo cuando las diversas formas de vida y sujetos colectivos que conforman la ciudadanía en una sociedad democrática crean poder comunicativo mediante el diálogo entre ellos. Lo anterior supone una justificación moral que no es, en últimas, más que la aplicación del principio de argumentación moral a los procesos de formación de opinión y voluntad públicas. La legitimidad, entendida como soberanía popular plural a través de procesos deliberativos, tiene, pues, un sustento en la racionalidad dialógica de una sociedad democrática.

La racionalidad dialógica que, en último término, se satisface en la realización del ideal normativo de una situación ideal del habla constituye la condición de una argumentación plenamente racional y, según Habermas, permite encontrar el principio de legitimidad en el diálogo. Este principio es el mismo de la

[54] En idéntica dirección, aunque con un título que sugeriría lo contrario, véase: Juan Carlos Velasco, *La teoría discursiva del derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000).

[55] Jürgen Habermas, "Parsons vs. Weber: la función sociointegradora del derecho", en *Facticidad y validez*, 130-145.

democracia, el cual se define por ser dialogal de legitimación. El diálogo es, pues, lo que posibilita la reconstrucción normativa de la legitimidad y en tal medida esta se encuentra en la comunicación y argumentación libre de coacción externa, en condiciones que permitan el entendimiento, objetivo central del lenguaje.

En otras palabras, en la democracia los procedimientos adquieren fuerza legitimadora en cuanto vienen mediados por un procedimiento de consensualización que ha definido previamente su dimensión normativa. Es gracias a esta comunicación no coaccionada que, mediante el diálogo, se llega a un entendimiento en que se produce la formación discursiva de la voluntad colectiva. De aquí que la democracia se fundamente normativamente en un principio consensual de legitimación.

Aquí Habermas enlaza la segunda dimensión: la de la validez jurídica del Estado democrático de derecho. El derecho moderno tiene un doble rostro de Jano: por un lado, acomete funciones estratégico-sistémicas y, por otro, integra socialmente a la ciudadanía en su conjunto. Ello se realiza a través de procedimientos democráticos institucionalizados que constituyen la única fuente posconvencional de legitimidad en las sociedades complejas.

Esta complejidad, precisamente, impone la necesidad de superar los esquemas contractualistas —basados en meros acuerdos de intereses— por esquemas dialógicos que garanticen consensos normativos amplios. El principio discursivo, aplicado al derecho, desarrolla un paradigma procedimental que privilegia las condiciones comunicativas y los procesos de formación de la opinión y la voluntad públicas y que, en su aplicación, es el único que asegura la autonomía moral de los diversos sujetos colectivos ciudadanos[56].

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

La tercera dimensión del Estado democrático de derecho es la de la eficacia social del ordenamiento. ¿En qué medida es eficaz un orden social? Para Kelsen, la validez jurídica requería un mínimo de eficacia y ello tenía como condición que la conducta que el sistema jurídico buscaba prescribir fuera mínimamente congruente con la comunidad que aspiraba a regular, de tal suerte que su preten-

[56] Jürgen Habermas, "Dimensiones de la validez jurídica", en *Facticidad y validez*, 90-103.

sión prescriptiva fuera compatible con el *modus vivendi* de esa comunidad.

En Hart, si bien la validez está determinada por una regla de reconocimiento en lo esencial definida por el punto de vista interno de un sistema jurídico, esta perspectiva supone la legitimidad y la eficacia que solo el punto de vista externo puede reconocer. Luhmann, como se vio, resuelve este problema reduciendo la eficacia social, así como la legitimidad política, a una dimensión autorreferencial de validez jurídica que en la medida en que permite que el sistema jurídico se adapte a su propia complejidad, se legitima sistémicamente y posibilita la reducción de complejidad social, gracias a lo cual es eficaz.

En una línea similar, el Estado democrático de derecho es eficaz en la medida en que es legítimo políticamente, lo que supone una dimensión de justificación moral, válido jurídicamente, que a su vez supone que satisfaga unas expectativas de validez social, es decir, que posibilite la integración de los diferentes sujetos colectivos de la sociedad en su conjunto, y unas expectativas de validez instrumental, es decir, que posibilite la integración sistémica de los diferentes sistemas sociales de la sociedad en general.

La eficacia del Estado democrático de derecho se define, así, en una soberanía popular procedimentalizada discursivamente por un catálogo de derechos fundamentales que garantiza su legitimidad política y propicia su validez jurídica, en los términos señalados. El paradigma discursivo-procedimental que fundamenta el ordenamiento se proyecta en términos de un modelo alternativo de democracia deliberativa donde el poder comunicativo de la sociedad civil deviene poder administrativo del Estado[57].

La dicotomía entre derechos-libertades y derechos-sociales se supera en términos de derechos-participación: la *democratización de la democracia* permite que los procedimientos se legitimen y sirvan no a una lógica procedimental-sistémica sino a la más amplia deliberación de la sociedad, con el propósito de asegurar que la influencia política de la opinión pública, expresión del poder comunicativo de la sociedad civil, devenga efectivamente poder administrativo instrumental[58].

Recuperando el carácter interdisciplinario de la primera teoría crítica y la línea de una teoría social como horizonte de la reflexión filosófica, así como rescatando —sin lugar a dudas— los desarrollos tanto del movimiento humanista del socialismo de Europa del Este como los presupuestos y proyecciones de las teorías críticas del derecho de los sesenta, Habermas permite redefinir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho desde la consideración integral, intra y suprasistémica, de las dimensiones de legitimidad, validez y eficacia que el abor-

[57] Jürgen Habermas, "Fundamentación de los derechos fundamentales en términos de la teoría del discurso", en *Facticidad y validez*, 184-197.

[58] Jürgen Habermas, "Un modelo de circulación del poder político", en *Facticidad y validez*, 421-439.

daje del Estado democrático de derecho contemporáneo supone.

Conclusión

La reconstrucción epistemológica de la filosofía del derecho que en este capítulo se ha intentado bosquejar ha puesto de presente dos factores en ese propósito. El primero, el proceso de ruptura y disolución de la filosofía del derecho que se da con el surgimiento y consolidación de la teoría jurídica a partir del positivismo en el siglo xx. Y, el segundo, la recuperación de las nuevas reflexiones que sobre el derecho se han venido haciendo en el último cuarto del siglo xx, partiendo de Rawls, terminando con Habermas, y que muestran en el intermedio los impulsos que en tal sentido ya se prefiguraban en las teorías críticas del derecho y en el pensamiento postsocialista como asuntos por repensar y recomponer transdisciplinariamente su estatuto propio.

¿Qué se deriva de todo lo anterior para el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho? Sin duda el punto más decisivo tiene que ver con la problemática propia de la disciplina, disputada y desmembrada por la filosofía política, la teoría del derecho y la sociología jurídica, entre otras, que reclaman para sí el abordaje de la legitimidad, la validez y la eficacia, en sus diferentes proyecciones. Los planteamientos de Rawls y de Habermas dan la clave de bóveda de esta reconsideración de la problemática propia de la filosofía del derecho.

Queda claro en esta reconstrucción histórica —preámbulo analítico de una estructural desarrollada en otros escritos[59]— que la filosofía del derecho responde a una tradición filosófica y no teórico-jurídica y, por lo tanto, se enmarca en los límites y problemáticas de la filosofía práctica y no de la teoría jurídica. Esta última ha logrado enormes avances en cuanto a su definición epistemológica e, indudablemente, jalona con ello al conjunto de subdisciplinas filosóficas y disciplinas sociales. La estructuración tríadica de su problemática particular tiene que ser reivindicada como un logro epistemológico significativo que la reflexión jurídica tiene que asumir y profundizar sin necesidad de acudir a la filosofía, ni de confundir teoría jurídica y filosofía del derecho[60].

Mientras que la teoría jurídica pone el acento en la validez del sistema jurídico, la filosofía del derecho necesariamente tiene que abordar toda la complejidad intra y suprasistémica del ordenamiento jurídico. De allí que tenga que abarcar igualmente problemáticas propias de la filosofía política y la sociología

[59] Véase: Óscar Mejía Quintana, *Legitimidad, validez y eficacia. Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003).

[60] Robert Alexy, "La validez del derecho", en *Concepto y validez del derecho*, 87-122. No tomo en cuenta su conferencia reciente *La naturaleza de la filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003) que, desde la perspectiva defendida en este escrito, versaría más sobre la naturaleza de la teoría jurídica.

jurídica, con lo que articula, en una visión totalizante y crítica, la relación legitimidad-validez-eficacia de un ordenamiento jurídico-político como eje vertebral de su reflexión epistemológica. De tal suerte, frente a la mirada disciplinaria de la teoría jurídica, la filosofía del derecho se presenta como la visión transdisciplinaria del fenómeno jurídico[61].

[61] Véase: Franca D'Agostini, "La nueva epistemología", en *Analíticos y continentales* (Madrid: Cátedra, 2000), 481-542.

CAPÍTULO II

ALIENACIÓN E IDEOLOGÍA. LÍMITES DEL DERECHO COMO EMANCIPACIÓN

Introducción

A lo largo de la reflexión contemporánea, filosófica primero, terapéutica después y finalmente sociológica, la problemática de la alienación ha sido una constante. Después del reduccionismo del marxismo ortodoxo que la constriñó al fetichismo de la mercancía, solo para justificar su supuesta desaparición en el socialismo real, Lukács la recoge en términos de cosificación de la conciencia del proletariado y la Escuela de Frankfurt la retoma, recogiendo el influjo de Benjamin, en cuanto reificación, particularmenxte, de la razón ilustrada y la cultura como razón instrumental.

De manera análoga, tanto la Escuela de Budapest como la de Birmingham y más tarde Adam Schaff, desde el humanismo socialista polaco, abordan desde diferentes ópticas la problemática de la alienación que, ya en este momento, va aparejada de una reflexión sistemática paralela sobre el fenómeno de la ideología.

En la década de los sesenta, el estructuralismo francés y la segunda generación de Frankfurt abordan simultáneamente los fenómenos de la alienación y la ideología: el primero en su crítica a los procesos de subjetivación contemporáneos y la segunda, con Habermas, primero con la denuncia de las nuevas formas ideológicas de legitimación sistémica y, más tarde, revelando las estrategias de colonización y cosificación que el derecho moderno ha ejercido sobre el mundo de la vida y las relacione sociales.

Frente a lo que algunos calificaron como "obsolescencia del concepto"[1] se produce una eclosión multidisciplinar en el abordaje de la alienación desde muy diversas perspectivas, lo que simplemente corroboraba la evidencia que, contra-

[1] Timothy Bewes, "Obsolescence of a concept", en *Reification or The Anxiety of Late Capitalism* (London: Verso, 2002), 3-10.

rio a lo que el marxismo ortodoxo defendía, esta constituía una de las problemáticas más representativas de la sociedad posmoderna; junto con la de la ideología que la cultura de masas y los medios de comunicación han puesto de relieve mostrando los entrecruzamientos que las dos temáticas tienen para la realidad de los tiempos en curso.

Adicionalmente, los fenómenos de individualización propios de la sociedad posmoderna presentan la ambigua característica de concretar el ideal moderno de individuo por medio del marco jurídico-político propio del Estado de derecho y la democracia liberal y, simultáneamente, por medio de ello, desarrollar los procesos de alienación, cosificación y subjetivación que, aunque continúan justificando el ideal emancipatorio, exigen la reconsideración de las estrategias para concebirlo.

En ese sentido, frente a la alienación, el derecho, antes que constituir una alternativa emancipatoria, no solo se muestra impotente para revertir y enfrentar tal situación sino que se evidencia como el instrumento que la cataliza, en su inevitable y paradójica defensa de los derechos fundamentales.

Ello porque el derecho, en general, y los derechos fundamentales, en particular, se revelan como instrumentos de alienación e ideologización en la medida en que fungen como instancias de defensa de libertades y garantías individuales, y al mismo tiempo, paradójicamente, someten al individuo a las estrategias de subjetivación que lo hiperindividualizan, expresión esta de la alienación contemporánea, de manera que se muestran como instrumento de cosificación y, por ende, de dominación hegemónica.

Las estrategias de individualización operarían de manera alienante antes que emancipatoria mediante el derecho en las sociedades contemporáneas y, por lo tanto, la emancipación no puede concebirse desde este sino, si acaso, desde lo político y lo social. Y tiene que hacerse precisamente trascendiendo los mecanismos y las garantías legales, individuales o sociales, que en un momento determinado le son indiferentes a los factores autoritarios de poder para imponer sus prácticas hegemónicas y excluyentes de dominación[2].

Por tanto, presentar el derecho en general y la jurisprudencia progresista, es decir, liberal-social, de un tribunal constitucional que, en todo caso, debe ser políticamente defendido contra los embates de los sectores autoritarios de la sociedad, como instancias supuestamente emancipatorias conlleva sofismas y riesgos que deben ser evidenciados, cuando no denunciados, en por lo menos dos direcciones[3].

Una de estas direcciones es que el derecho y la jurisprudencia progresista, a lo sumo, representan un momento de resistencia inmediata, muy relativa en

[2] Wendy Brown y Patricia Williams, *La crítica de los derechos* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2003).

[3] Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *Emancipación social y violencia en Colombia* (Bogotá: Norma, 2004).

todo caso, que termina siendo subsumida por el sistema para su favor y permanencia. Y la otra es que reducir la proyección emancipatoria de la sociedad a estos instrumentos lo que hace es, por un lado, cumplir una función ideologizada a favor, más que del derecho, de los intereses de poder que buscan neutralizar los movimientos sociales críticos y contestatarios y, por otro lado, desmovilizar la acción que necesariamente tiene que ser política reabsorbiéndola hacia procedimientos institucionalizados que, en un momento dado, son los que tiene que desbordar y confrontar.

La emancipación supone, además, dos condiciones de posibilidad, como bien lo viera el joven Marx en sus escritos: de una parte, un hombre total y, de otra, una democracia plena. Ambas remiten a la superación de la alienación en todas sus formas: individual, social e histórica, como bien lo comprendiera Hegel. Esa superación de la alienación, si nos atenemos al Habermas menos optimista de *Teoría de la acción comunicativa* (en adelante TAC), supone superar la colonización del mundo de la vida que el derecho moderno ha ejercido sobre este, lo que cosifica las relaciones sociales en su conjunto.

En otras palabras, como se había mencionado, no hay emancipación mientras no se enfrente y se supere la alienación, lo que en últimas remite al campo y a la acción política más que a la jurídica. El derecho constituye, en el mejor de los casos, una instancia de defensa que, por supuesto, hay que reivindicar, pero nunca una de emancipación que le es extraña por su misma naturaleza social e histórica. Ser abogado y ser revolucionario parecería ser entonces una contradicción en los términos.

En ese orden, la hipótesis de trabajo que este capítulo buscará ilustrar es la siguiente. La alienación se revela como la patología social más representativa de la Modernidad, caracterizándose inicialmente tanto por el divorcio de la humanidad con su entorno individual, social e histórico (Hegel) como por la autoenajenación y enajenación del ser humano (Marx) que, más tarde en el siglo XX, a través de los procesos de racionalización instrumental del capitalismo tardío, es catalizado por estrategias de subjetivización funcional que desembocan en el hiperindividualismo de la sociedad posmoderna el cual, paradójicamente, ha tenido en el derecho como sistema el dispositivo estratégico de colonización interna y cosificación del mundo de la vida y de las relaciones sociales. En ese orden, la dimensión supuestamente emancipatoria del derecho y, en el marco de este, de una aparente jurisprudencia progresista, se revela como cosificadora e ideológica en la medida en que su pretensión es, precisamente, garantizar y defender derechos fundamentales que, a pesar de lograr determinadas reivindicaciones de resistencia inmediatas frente a las dinámicas excluyentes y autoritarias del sistema, terminan por intermedio de su protección y garantía imponiendo al "individuo *qua* individuo" en cuanto esquema de dominación hegemónica del capitalismo global.

El presente capítulo buscará ilustrar esta hipótesis reconstruyendo, inicialmente, la problemática de la alienación en el pensamiento moderno-tardío de Hegel y el marxismo, tanto en su versión ortodoxa como, en especial, heterodoxa que es donde encuentra mayor desarrollo. En este punto abordaremos tanto el planteamiento de la Escuela de Budapest, heredera de Lukács en el marco del socialismo real, como de las tres generaciones de la Escuela de Frankfurt, así como también de la Escuela de Birmingham.

Posteriormente, de manera análoga, exploraremos la problemática de la ideología, reconstruyendo sus orígenes en el pensamiento marxista y en la Modernidad para después adentrarnos en el pensamiento francés, tanto foucaultiano como marxista, de Althusser y Poulantzas, y su denuncia del sujeto ideológico; así como el de Ricoeur, desde donde abordar las problematizaciones de punta con que Žižek y Laclau cierran la reflexión sobre la ideología a finales del siglo xx. Finalmente, exploraremos la amplitud del debate sobre alienación e ideología en la sociedad posmoderna que dará cuenta de la vigencia de la problemática en el mundo contemporáneo.

El problema de la alienación

Frente a la concepción hegeliana sobre la alienación, que el autor resuelve en la figura del espíritu absoluto y, más tarde, del Estado, el concepto de enajenación que el joven Marx confronta con las categorías de democracia plena y hombre total se transforman en su madurez en las de división del trabajo y fetichismo de la mercancía, esta última a la que, finalmente, el marxismo ortodoxo termina reduciendo toda la problemática de la alienación, como un fenómeno exclusivo del capitalismo que la revolución y la economía socialistas permiten supuestamente superar de manera definitiva.

En contraste con esto, la interpretación de Lukács examina la alienación en términos de la inevitable cosificación de la conciencia del proletariado en el capitalismo y el socialismo, así como en las manifestaciones de irracionalismo del pensamiento burgués moderno-tardío. A partir de este, la Escuela de Budapest, en particular Ágnes Heller, la concibe sociológicamente en el marco de la alienación que, en determinadas circunstancias, se produce entre la sociedad y sus estructuras de la vida cotidiana. Adam Schaff, en el contexto del humanismo socialista, recogerá este impulso para ver en la alienación uno de los fenómenos sociales más relevantes del capitalismo tardío.

En el marxismo occidental, por su parte, la Escuela de Frankfurt abordará la alienación en términos de la reificación de la razón instrumental y unidimensional que propicia, en un primer momento, el Holocausto nazi como una de las máximas expresiones de alienación de la humanidad, posteriormente los

fenómenos de la pseudocultura y, más tarde con H0abermas, con la cosificación jurídica del mundo de la vida.

La tercera generación de la Escuela, con Honneth a la cabeza, verá la alienación como un olvido del reconocimiento que desemboca en una sociedad del desprecio, mientras que la Escuela de Birmingham en Inglaterra abordará la alienación desde la hegemonía cultural y mediática que impone la cultura de masas y la dinámica ideológica de los medios de comunicación.

La alienación en la filosofía hegeliana

La alienación, como concepto central de la filosofía hegeliana, es el resultado de un largo proceso cuyos antecedentes reposan en los escritos juveniles de Hegel, así como en apariciones esporádicas en algunas escuelas económicas o filosóficas que lo antecedieron[4]. En Hegel el problema de la alienación constituye el eje básico tanto de la relación como de la situación del hombre respecto del mundo. En sus inicios, el concepto se encontraba implícito en el de positividad que Hegel desarrolla durante el "periodo de Berna". Positividad significaba una institución o un complejo ideológico que se contraponía a la subjetividad humana[5].Su tratamiento del asunto representa el fundamento último de su filosofía, referido a la realización del sujeto-objeto idéntico que en un curso simétrico y proporcionado al proceso histórico "alcanza el estado del espíritu absoluto con la retrocapción del extrañamiento y la alienación y con la vuelta de la autoconsciencia a sí misma"[6].

Como más tarde observaría Lukács en *El joven Hegel*[7], el concepto de alienación en este autor es utilizado en tres niveles distintos. Primero, la alienación referida a la coseidad, entendida esta como el momento en que la idea "en sí", en su desarrollo cosmológico, se aliena como materia y deviene mundo, "fuera de sí". Segundo, en el sentido de objetivación, es decir, el proceso por el cual toda idea humana se desdobla, se enajena para reconocerse como objeto, como producto, como creación.

La historia (idea objetivada) se concibe desde esta perspectiva como un desarrollo dialéctico, complejo, contradictorio, donde la especie humana (espíritu) es su protagonista, en el camino de su autoconocimiento. El tercer nivel consiste en la forma específicamente capitalista de la alienación, que posterior-

[4] Véase, en general: G. W. F. Hegel, *Escritos de juventud* (México: Fondo de Cultura Económica, 1978).

[5] Sobre el periodo juvenil de la filosofía hegeliana véase, sobre todo: Herbert Marcuse, "Hacia el sistema de filosofía", en *Razón y revolución* (Madrid: Alianza, 1976), 48-65.

[6] Herbert Marcuse, "Hacia el sistema de filosofía", xxv.

[7] Véase: Georg Lukács, "La alienación como concepto filosófico central de la *Fenomenología del espíritu*", en *El joven Hegel* (Barcelona: Grijalbo), 516-544.

mente Marx denominará fetichismo de la mercancía.

La historia de la idea, desde su origen cosmológico, así como la del género humano (el espíritu, en Hegel) es, pues, la historia de su alienación, de su divorcio, de su desgarramiento frente al mundo[8]. Su ideal, su aspiración permanente, es alcanzar la libertad auténtica teniendo como punto de partida la superación de esta alienación, en otras palabras, la reconciliación y la recuperación del dominio sobre el mundo.

En la *Fenomenología del espíritu*, de 1807, la alternativa que Hegel concibe para lograrlo es la razón que, como saber absoluto[9], le permite tomar conciencia de esta situación y, gracias al reconocimiento integral de la historia, recuperar conceptualmente la dimensión total, individual, social e histórica perdida. La comprehensión totalizante del sujeto permite resumir el desarrollo que hasta ese momento se había presentado extraño y ajeno al individuo, reasumiéndolo retrospectivamente[10].

Pero la alternativa de *Filosofía del derecho*, obra póstuma publicada después de la muerte de Hegel en 1830, ofrece una proyección radicalmente diferente[11]. Aquí el instrumento de superación de la alienación no será ya la razón concretada en el saber absoluto sino en el Estado, que permite reconciliar no solo al hombre sino a la sociedad moderna. Ya no se trata de la salida que históricamente se imponía en 1806, la del saber absoluto, sino la alternativa real que el Estado ya constituía a finales de la década de 1820.

El Estado se evidencia como la herramienta por excelencia para la reconciliación del hombre con la sociedad, de la razón con la historia, de la idea con el mundo. Este y todas las esferas que en torno a él gravitan (en especial el derecho pero, también, la cultura, la religión y el *ethos* popular) resultan para Hegel el medio eficaz para la superación real de la alienación[12]. El saber absoluto y el Estado permiten a la humanidad darse cuenta de que es ella quien se ha creado a sí misma como individualidad, como sociedad y como historia, y que la apariencia de autonomía de estos dominios no era sino una falsa ilusión que las circunstancias habían propiciado[13].

Tanto para Hegel, como más tarde para Marx, la alienación constituye uno de los problemas estructurales de la sociedad moderna frente al cual cobra significado la emancipación, que para el primero se concreta a través de la reconcilia-

---

[8] Véase: Henri Lefebvre, "El dossier Hegel", en *Hegel, Marx y Nietzsche* (México D.F.: Siglo xxi, 1976), 70-125.

[9] Consultar el didáctico y excepcional ensayo de Jean Michel Palmier, *Hegel. Ensayo sobre la formación del sistema hegeliano* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1977).

[10] Véase: René Serreau, "Hegel y el pensamiento contemporáneo", en *Hegel y el hegelianismo* (Buenos Aires: Eudeba, 1972), 90-106.

[11] G. W. F. Hegel, *Filosofía del derecho* (Buenos Aires: Claridad, 1968).

[12] G. W. F. Hegel, introducción general a *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (Madrid: Revista de Occidente, 1974), 43-150.

[13] Véase: Jean Michel Palmier, "La filosofía del derecho", en *Hegel. Ensayo sobre la formación del sistema hegeliano*, 81-100.

ción subjetiva en la autoconciencia del saber absoluto y se objetiva por medio del papel conciliador del Estado y, para el segundo, inicialmente, a través del hombre total y la democracia plena[14].

Posteriormente, para el marxismo heterodoxo la alienación adquiere una proyección diferente, primero en Lukács que considera la cosificación de la conciencia del proletariado como un límite histórico que la revolución no parece superar[15] y, segundo, en la Escuela de Frankfurt se advierte cómo en las diversas manifestaciones de la razón instrumental[16] se pude identificar de forma unidimensional a lo largo de la historia universal la expresión de la alienación. Planteamiento que Habermas recontextualiza en el capitalismo tardío señalando a la cosificación contemporánea como producto de la colonización interna del mundo de la vida generada por el derecho racional durante la Modernidad[17].

En efecto, el análisis, la profundización y las proyecciones de la problemática de la reificación en la historia de la humanidad constituyen el hilo rojo que unifica la reflexión frankfurtiana en sus diferentes generaciones, siendo indudablemente Habermas quien la concreta en la figura de la cosificación a través del derecho, con lo cual el papel emancipador de los derechos fundamentales se ve severamente cuestionado[18].

Sin acudir a otras tradiciones, es evidente la importancia que la alienación como problemática social ha tenido tanto para la historia de la humanidad en su conjunto, como bien lo evidenciara Hegel, como, específicamente, para la Modernidad en general y, con ella, para el desarrollo del capitalismo, tanto temprano como tardío.

A la aproximación de la Escuela de Budapest, que muestra su estrecho entronque con las estructuras de la vida cotidiana, así como la de la Escuela de Frankfurt, que revela su identificación con la cultura, e, incluso, con la democracia liberal y los derechos fundamentales, se suma además el acercamiento de la Escuela de Birmingham, que señala su estrecha relación con la ideología[19].

Más tarde, la exploración del pensamiento tanto filosófico, como sociológico y psicoanalítico de las sociedades posmodernas la redescubrirán en sus nuevas y sutiles manifestaciones, lo cual pone de presente la geografía de un problema

---

[14] Véase: Paul Ricoeur, *Ideología y utopía* (Barcelona: Gedisa, 1986).

[15] Georg Lukács, "El fenómeno de la cosificación", en *Historia y conciencia de clase* (Barcelona: Grijalbo, 1975), 124-154.

[16] Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental* (Madrid: Trotta, 2002).

[17] Jürgen Habermas, "Tendencias a la juridización", en *Teoría de la acción comunicativa* (Buenos Aires, Taurus, 1990), 502-527.

[18] Isabel Cristina Jaramillo, "Instrucciones para salir del discurso de los derechos", en *La crítica de los derechos* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2003), 11-42.

[19] Véase: Blanca Muñoz, "La Escuela de Birmingham y la vida cotidiana", en *Modelos culturales* (Barcelona: Anthropos, 2005), 155-191.

que no puede ser desechado de manera olímpica por la reflexión contemporánea y que se constituye en elemento estructural para la comprensión crítica de las sociedades actuales y los procesos de globalización en curso.

Marx: enajenación y fetichismo de la mercancía

El pensamiento de Marx prolonga la reflexión sobre la problemática de la alienación, como claramente lo ha puesto de presente la reconstrucción de Paul Ricoeur en *Ideología y utopía*[20], en donde reconceptualiza la secuencia de la categoría desde la noción hegeliana de alienación, vista de manera negativa, y la lleva a la de objetivación como un proceso social necesario, para continuar con el concepto de división del trabajo donde, según Ricoeur, reside la esencia del planteamiento marxista maduro y la solución de continuidad con la categoría hegeliana para, finalmente, desde la perspectiva de la economía política, plantear el fetichismo de la mercancía como la forma específica que la alienación toma bajo el capitalismo.

En efecto, en la obra de Marx podemos advertir esta reveladora secuencia donde el concepto de alienación va sufriendo una interesante metamorfosis, sin renegar de sus orígenes hegelianos sino superándolos en el mejor sentido de su maestro, es decir, llevándolos a un nivel de conceptualización más profundo e integral. Para Ricoeur, ya en los *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, Marx reconoce en la objetivación un proceso social que indica la forma en que el trabajo humano se realiza de manera creativa, con lo que produce un ser-objeto que es independiente de su creador y del entendimiento que lo conoce.

Este es un fenómeno propio de toda actividad productiva del hombre que se presenta en cualquier formación social y constituye el ingrediente esencial por medio del cual el ser humano humaniza el mundo y este, a su vez, mundaniza al ser humano. Pero ahí mismo se empieza a desarrollar la noción de trabajo enajenado que irá aparejada con los conceptos de democracia plena y hombre total, en cuanto que la superación de la alienación, es decir, la emancipación del ser humano y de la sociedad son procesos que connotan la realización plena de las potencialidades humanas y un contexto político que lo posibilite, como ya había planteado el joven Marx en la *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel* (1843).

Si es claro que la categoría de alienación adquiere entonces una connotación crítico-materialista, que supera la interpretación idealista hegeliana que Marx había sostenido hasta la *Introducción a la crítica de* La filosofía del derecho *de Hegel* (1844), la prueba definitiva de que esta se mantiene y se reformula

[20] Véase: Paul Ricoeur, "Marx: la crítica de Hegel y los Manuscritos" y "Marx: la ideología alemana", en *Ideología y utopía*, 65-77; 109-140.

en términos explícitamente marxistas es su presencia en *La ideología alemana* (1846). En esta última obra, para Ricoeur, la alineación en Marx se metamorfosea en cuanto división del trabajo, lo que enriquece la categoría con las nociones de autoactividad, pérdida de la autoactividad y reapropiación de la autoactividad, y se consagra el paso de la problemática de la alienación de los escritos de juventud a los de madurez, lo cual objeta la consideración althusseriana de que la alienación había sido un problema presente solo en la etapa marxista temprana.

Sin embargo, en su momento fue imposible deducir tales consideraciones por el desconocimiento que de estas obras se tuvo prácticamente hasta la década de 1930. De ahí las consecuencias que se derivaron, en especial para el marxismo ortodoxo, que reduce el problema de la alienación exclusivamente a la del fetichismo de la mercancía, y su superación por tanto restringida al cambio mecánico del modo de producción capitalista con lo cual el socialismo, después de la revolución, quedaba *per se* exento de tal patología.

En la medida en que se subvertía el capitalismo y se instauraba una formación económico-social socialista, sin propiedad privada ni acumulación capitalista, la alienación desaparecía completamente. Sin duda, una de las razones del estalinismo de forzar más tarde a Lukács a abjurar de su teoría de la cosificación fue, precisamente, ocultar que en el socialismo estalinista el problema no solo no parecía haber desaparecido sino que, incluso, era obvio que se había agravado y que el cambio del modo de producción no era garantía plena para su superación.

La alienación en el socialismo real

La Escuela de Budapest

Sin duda la genialidad de Georg Lukács se expresa en las inferencias que hace de la obra de Marx sin conocer la mayoría de sus escritos iniciales, que no serán descubiertos sino hasta la década de los treinta en el siglo xx. El mérito de Lukács, que se evidencia en *Historia y conciencia de clase*, reside en dos puntos: en primer lugar, en su aplicación de la categoría de racionalización weberiana al capitalismo, la relación que establece con el fetichismo de la mercancía y las consecuencias que de ello deduce en términos de cosificación de las relaciones sociales. Y segundo, en la consideración de que el proletariado, siendo la víctima principal de este proceso de cosificación en el capitalismo, accede a una conciencia revolucionaria no por intermedio de un sector desclasado y "revolucionario" de la pequeña burguesía sino por la "posibilidad objetiva", que solamente él puede representar, de subvertir en un momento de crisis revolucionaria al sistema capitalista.

En consecuencia, lo anterior ponía en cuestión no solo el dogma ortodoxo

de que la conciencia de clase le era llevada al proletariado desde el exterior, sino el mismo papel de una vanguardia proletaria compuesta por elementos de la pequeña burguesía y su interpretación del marxismo en términos de un materialismo burgués mecanicista[21].

Pese a que el estalinismo lo obliga a rectificar su planteamiento inicial, su estudio posterior en *El asalto de la razón*[22] puede ser interpretado como la explicitación del proceso de autoalienación de la conciencia burguesa desde el siglo XIX hasta la llegada al poder del nacionalsocialismo, que señalará el rol y la responsabilidad que tienen en todo este desarrollo la *filosofía de la vida* y los elementos del irracionalismo que lentamente se apoderan del pensamiento burgués postilustrado, en un análisis que no dejará de recordar las consideraciones análogas de la Escuela de Frankfurt.

En el marco de lo que posteriormente se conocerá como la Escuela de Budapest que tendrá a una discípula de Lukács, Ágnes Heller[23], quien centra sus estudios en torno a las estructuras de la vida cotidiana, como una de sus principales figuras, se enriquece la problemática. No exenta por supuesto de polémica y discusión, el planteamiento de Heller parecería retrotraerse a las consideraciones iniciales sobre objetivación y alienación hegeliano-marxistas, que no incluyen los aportes de Lukács sobre la cosificación de las relaciones sociales.

La vida cotidiana se proyecta en diferentes estructuras de objetivación, algunas de ellas asumen un aparente carácter alienante: la homogenización y la hipergeneralización se antojan formas patológicas de la vida social que, al desligarse de su contexto inmediato, eventualmente asumirían un matiz enajenante. La vida cotidiana constituye el espacio por excelencia de la extrañación: los prejuicios, las analogías, los precedentes, la imitación y la entonación son expresiones en las que se evidencia el fenómeno social de la alienación.

Aunque Heller no retoma en sus análisis la categoría de cosificación lukacsiana, recupera la de "hombre entero", que sin duda recuerda de manera directa la de hombre total del joven Marx. A partir de esta define el extrañamiento como el abismo que se presenta entre el desarrollo humano y sus potencialidades. Mucho más tarde, en su acercamiento a la cultura posmoderna del capitalismo tardío, fenómenos como el nihilismo, el elitismo, la apoliticidad, la estatización de la vida y la "payasada" serán, análogamente, consideradas también como expresiones patológicas de la vida cotidiana contemporánea que bien podrían caer bajo la caracterización de la alienación[24].

---

[21] Véase: Georg Lukács, *Historia y conciencia de clase*, 1975.

[22] Véase: Georg Lukács, *El asalto a la razón* (Barcelona: Grijalbo, 1976).

[23] Ágnes Heller, *Sociología de la vida cotidiana* (Barcelona: Península, 1994).

[24] Ágnes Heller, "Existencialismo, alienación, postmodernismo", en *Políticas de la postmodernidad* (Barcelona: Península, 1989), 232-247.

Schaff: el humanismo socialista

Cercano a la Escuela de Budapest, Adam Schaff[25], en el marco del socialismo real, desarrolla un estudio sistemático y pormenorizado sobre la alienación, con el doble propósito de puntualizar el significado particular de las categorías que, a su modo de ver, conforman una cadena conceptual al interior de la teoría marxista y descifrar los nexos conceptuales que pudieran existir entre estas[26].

Para Schaff, en la obras de Marx podemos advertir esta reveladora secuencia donde el concepto de alienación va sufriendo una interesante metamorfosis, sin renegar de sus orígenes hegelianos sino superándolos en el mejor sentido de su maestro, es decir, llevándolos a un nivel de conceptualización más profundo e integral.

Análogamente a la conclusión de Ricoeur, Schaff determina que en los *Manuscritos* de 1844 Marx reconoce en la objetivación un proceso social que indica la forma en que el trabajo humano se realiza de manera objetiva, gracias a lo cual produce un ser-objeto que es independiente de su creador y del entendimiento que lo conoce. Este es un fenómeno propio de toda actividad productiva del hombre que se presenta en cualquier formación social y constituye el ingrediente esencial por medio del cual el ser humano humaniza el mundo y este, a su vez lo mundaniza a él.

Schaff confronta la interpretación que Lukács realiza de las diferentes categorías en su teoría de la cosificación, advirtiendo que, en su momento, aquel no contó con los trabajos de Marx sobre la alienación contenidos en *La ideología alemana*, los *Manuscritos* del 44 y los *Grundrisse*, obras que fueron descubiertas y publicadas en años posteriores a *Historia y conciencia de clase*.

El asunto reside en que, primero, cuando Lukács acerca el concepto de cosificación al fenómeno de universalización de la mercancía, deduce que la cosificación igualmente se universaliza, por lo que, según Schaff, erróneamente aplica de manera general el concepto de cosificación al de objetivación sin conseguir identificar, de un lado, que el primero se refiere a las relaciones entre personas consideradas como si fueran entre cosas, y del otro, que no toda objetivación toma la forma de cosa[27].

No obstante este sesgo de Lukács, su aporte ha resultado valioso para la tradición marxista al dejar finalmente clara la frontera entre las concepciones de alienación de Hegel y de Marx. Schaff hace ver que en el primero este fenómeno es el problema central de la relación hombre-mundo, pero su concepción de la

[25] Adam Schaff, "Alienación y cosificación", en *La alienación como fenómeno social* (Barcelona: Crítica, 1979), 117-128.

[26] Georg Lukács, "El fenómeno de la cosificación", en *Historia y conciencia de clase*, 124-154.

[27] Adam Schaff, "Marx: sobre la alienación", en *La alienación como fenómeno social*, 43-89.

Entäusserung como capacidad del hombre de producir objetos, lo conduce a identificar objetivación con alienación, y es en este punto donde se halla el parentesco entre su concepto de cosificación y el de Lukács, tal como él mismo lo recalca.

Pero el gran aporte de Schaff, más allá de la discusión filosófica sobre las distinciones del concepto en Hegel y Marx y la interpretación de Luckács al respecto, es la diferenciación entre alienación objetiva y subjetiva que plantea. Para Schaff, se habla de la primera cuando la sociedad y el hombre genérico pierden la capacidad de manejo y dominio sobre las instituciones económicas, políticas y sociales, lo que desencadena patologías como el fetichismo de la mercancía (Marx), el fetichismo jurídico (Pashukanis), la pérdida de control sobre el Estado y la burocracia (Hegel, Marx) y, en general, la anomia de la sociedad (Durkheim)[28].

Pero además, encontramos los fenómenos de alienación subjetiva que pueden ir desde la rutinización y automatización de la cotidianidad de los trabajadores hasta las diversas manifestaciones neuróticas y esquizofrénicas que con la disciplinización industrial y la racionalización instrumental moderna, tanto en el capitalismo como en el socialismo, se generalizan[29]. En este orden, Schaff incluye manifestaciones como la alienación cultural y política, que bien podrían ser consideras expresiones de alienación objetiva en la medida en que, aunque afectan al individuo, son tendencias y procesos sociales que lo determinan, independientemente de su voluntad. Pero es significativa la consideración que hace de las prácticas de alienación de sí mismo, que Marx había señalado para el proletariado, como ya generalizadas para toda la sociedad.

El vacío existencial, la alienación de la propia actividad, frente al propio yo, de la vida y de la propia acción, bosquejadas tanto en el joven Marx de los *Manuscritos* como en el maduro, son conceptualizadas por Schaff, con lo que anticipa los que después serían rasgos patológicos de la sociedad posmoderna.

Es de destacar que muchos de los análisis de Schaff en torno a la alienación subjetiva recuperan diagnósticos de la Escuela de Frankfurt y, pese a cierta distancia con la reflexión terapéutica y psicoanalítica, que no recupera sino por la vía de Erich Fromm, le confiere a esta sustento sociológico y muestra sus consecuencias psíquicas.

Escuela de Birmingham: alienación como ideología

La Escuela de Birmingham está constituida por una serie de autores aglutinados alrededor del Center for Contemporary Cultural Studies, marcado esencialmente por dos generaciones, aunque surgió una tercera que, no obstante, consideran

[28] Adam Schaff, "Marx: sobre la alienación", en *La alienación como fenómeno social*, 143-187.

[29] Adam Schaff, "Marx: sobre la alienación", en *La alienación como fenómeno social*, 188-275.

sus críticos, se apartó sustancialmente de los criterios de las anteriores para ser incluida como tal. De la primera, a la que pertenecen sus fundadores, se destacan varias perspectivas sobre la problemática de la alienación como ideología que vale la pena rescatar.

Uno de sus exponentes emblemáticos será Edward Thompson (*La formación histórica de la clase obrera en Inglaterra 1780-1832*, publicado en 1977) cuyas investigaciones representan un giro de la historia abierta a la historia social, que muestra la relación entre las estructuras económicas y políticas y las estructuras de la existencia; de ahí el concepto central de la Escuela, el de la ideología en cuanto cultura de la cotidianidad. La conciencia de clase no se desvincula de las tradiciones populares ni de la memoria colectiva: la existencia anónima siempre está inserta en la cultura popular como base de reconstrucción de la cultura profunda.

Un segundo exponente de la Escuela será Raymond Williams (*Culture and Society*, publicado en 1958). Su reflexión aborda la ideología como producción cultural y su acción sobre el individuo. El esquema convencional de la cultura clásica, cultura media y popular, sufre un giro radical en el capitalismo y los *mass media* transforman las estructuras de la vida cotidiana en estructuras de dispersión. Esta se constituye en un concepto determinante de la penetración de los medios de comunicación que Williams enlaza con el concepto gramsciano de hegemonía.

En otro de sus textos clásicos, *Marxismo y literatura* (1980), Williams retoma la diferencia gramsciana entre dominio (coacción directa) y hegemonía como clave para su teoría de la cultura. La hegemonía incluye y sintetiza procesos culturales en cuanto son ideológicos en perspectiva de dominación y la dominación hegemónica está mediada por producción y consumo cultural. La teoría de la praxis gramsciana permite comprender, precisamente, esta autonomización de la política y de la ideología en el capitalismo tardío.

En otro de sus estudios, *Culture* (1981), Williams llega a plantearse una sociología de la comunicación y del arte. La conciencia dual o enajenada está mediada por medios de comunicación y las prácticas culturales son expectativas de existencia canalizadas por el bloque hegemónico hacia sus intereses. Los sistemas de significantes y procesos de comunicación simbólica definen la dinámica ideológica de bloque hegemónico y la cultura de masas es el ambiente en que se desenvuelve la dominación hegemónica como normalización por medio de la prensa, los hábitos televisivos, la publicidad, las películas, etc.

Por su parte, para Stuart Hall (*The Popular Arts*, publicado en 1965) la relación receptor-consumidor se constituye en el centro de su investigación. Los problemas de identidad desplazan la reflexión de la producción al consumo cultural. En la línea del planteamiento de Benjamin[30], la reproductibilidad técnica

[30] Walter Benjamin, "La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica", en *Sobre la fotografía* (Valencia:

formatea la subjetividad social en términos ideológicos y la ideología significa la alienación y el descentramiento del libre desarrollo de la cultura humana, lo que hace de la cotidianidad una falta de libertad y negación de la persona.

En "La cultura, los medios y el efecto ideológico" (1981), el núcleo temático se fundamenta en la pertenencia del individuo a una clase social y la influencia de esta en él. La cotidianidad deviene múltiple y poliédrica, mediada por instrumentos discursivos que le dan coherencia a sus valores de clase. El capitalismo global unifica los discursos y el mercado irrumpe en la vida diaria como mediación de significados, valores y relaciones. La ideología deja de ser lo escondido y oculto y se presenta como lo abierto y manifiesto, y la función ideológica de los medios de comunicación se convierte en expresar el "sentido común" de la sociedad. El bloque hegemónico impone este "sentido común" a mentalidades integradas que decodifican mensajes en términos de valores dominantes.

En esa línea, un poco más tarde, Hall (en "Significado, representaciones, ideología" de 1998) retoma las consideraciones de Althusser, Poulantzas y Laclau y Mouffe para mostrar que la codificación es, en esencia, ideológica, pero que también genera resistencias en la decodificación del receptor. El modelo se complejiza al relacionar identidad étnica con identidad de clase y, entonces, el poliedro de la cotidianidad asume diversas formas discursivas como expresión del conflicto ideológico.

El otro representante es Richard Hoggart (*The Uses of Literacy*, 1957) quien cierra el círculo de la primera generación y representa el paso de la crítica literaria a la sociología histórica de la clase obrera. Hoggart se dedica al estudio de los códigos propios de la naciente clase obrera en los barrios industriales. Estos expresan opciones alternativas a las del bloque hegemónico y su vida cotidiana expresa mejor que otra las transformaciones de la clase obrera al tenor de la ideología burguesa que se va imponiendo.

Las tabernas, los clubs obreros o los *music halls* representan espacios de resistencia contra la mentalidad burguesa y pequeño-burguesa: el arenque, la cerveza y las canciones picantes dan cohesión de clase y blindan a la cultura obrera contra la de la clase media y burguesa, además de poner de relieve la horadación del mundo obrero por la cultura de masas. Más tarde, el *music hall* pierde contenido crítico, las tabernas devienen *pubs* y los clubs obreros desaparecen, lo cual consagra la imposición hegemónica de la ideología y la dominación burguesas en Inglaterra.

En otro texto, *Speaking to Each Other* (1973), Hoggart puntualiza cómo, pese a que la cultura de masas triunfa sobre la popular, la vida cotidiana obrera funge como defensa contra el capitalismo: la sátira, la burla, el carnaval se muestran como formas de resistencia ante la ideología dominante, sin recaer en la

Pretextos, 2005), 91-111.

defensa obvia del estereotipo de la cultura "folclórica". Valores y tradiciones de la cotidianidad popular crean de esta manera, y así tienen que ser concebidas, estructuras de resistencia de un mundo amenazado por el horadamiento del capitalismo y la cultura de masas.

En la puntillosa reconstrucción de Blanca Muñoz[31], el balance de la primera generación de la Escuela de Birmingham es altamente positivo: ideología, alienación y cultura popular cotidiana se convierten en los principales temas de investigación, y la lucha de clases es concebida y analizada como lucha de culturas de clases. Frente a la cultura de masas se yergue la popular como una de resistencia, si bien no se distingue claramente la cultura obrera de otras formas de cultura popular ni se precisan conceptos como cotidianidad, cultura, experiencia o conocimiento, lo que ambienta el giro de la segunda generación hacia el subjetivismo.

En efecto, la segunda generación de la Escuela de Birmingham dará un giro sustancial en los estudios culturales. Los principales exponentes son David Morley (*Family Television, Cultural Power and Domestic Leisure*, 1986), Ien Amg (*Living Room Wars. Rethinking Media Audiences for a Postmodern World*, 1996; *Watching Dallas*, 1985), Janice Winship (*Inside Women's Magazines*, 1987), Angela Mcrobbie ("*More!* Nuevas sexualidades en las revistas para chicas y mujeres", 1998) y Valerie Walkerdine ("La cultura popular y la erotización de las niñas", 1998).

Muñoz observa que la segunda generación constituye una "revisión" de las temáticas de la primera, en términos de un desplazamiento de la problemática de la cultura al problema de la indagación de la producción y el consumo de cultura de masas. El grupo familiar-receptor se convierte en protagonista de las nuevas investigaciones y surge una ramificación feminista que aborda la subordinación de las mujeres y su consumo en los *mass media*. Las subculturas son igualmente abordadas como poblaciones de consumo (angloindú, jamaiqueña, adictos o gorriones).

La revisión de teoría de la cultura se da en el papel central que se confiere a los medios de comunicación en las valoraciones y experiencias de las microcomunidades. A partir de ello se articula un concepto de audiencia activa en el marco del cual las comunidades de conciencia moldean grupos sociales utilizando los medios de comunicación de masas.

La cultura popular y la "alta cultura" son desplazadas por la cultura masiva. Igualmente se simplifica funcionalmente el concepto de cultura y las consideraciones críticas sobre la ideología dan paso a un predominio sobre el consumo, las audiencias y la comunicación, a partir de lo cual deja de estudiar las expresiones culturales como prácticas que vehiculizan una economía neocapitalista en términos de distribución y consumo.

[31] Blanca Muñoz, *Modelos culturales. Teoría sociopolítica de la cultura* (Barcelona: Anthropos, 2005).

Por supuesto, el tema de la alienación sufre una deflación, no así el de la ideología, en cuanto la falsa conciencia y la identidad se yerguen como temáticas centrales de sus investigaciones: lo emocional y lo afectivo definen la pertenencia al grupo más que a la clase y este se define desde prácticas comunicativas y de consumo que terminan reivindicando la cultura de masas.

La separación radical entre las estructuras económicas, políticas, sociales y la vida cotidiana proyecta así una autonomización artificial de esta última. Por lo tanto, las expresiones culturales quedan reducidas a consumo de grupos y la opresión, la explotación y la alienación devienen problemas que dejan de ser relevantes.

A partir de la reconstrucción de Muñoz podríamos resumir en tres ejes temáticos el aporte de la Escuela en su conjunto a la problemática de la alienación como ideología. El primero es la cotidianidad, que se formula como unidad de diversos fenómenos sociales, políticos, económicos y culturales, y se expresa en rutinas en el marco del neocapitalismo. El ciudadano se identifica como receptor-consumidor que interioriza pautas de sociedad globalizada y la socialización sistémica se revela como medio para ello.

En ese marco, la cotidianidad constituye una cortina de humo ideológica, gracias a la cultura de masas que no permite abordar contradicciones en niveles económico-político-sociales. El mundo de la vida (Habermas) es sustituido por el de los medios. La cotidianidad familiar se aborda desde gustos televisivos emitidos y aceptados libremente por emisores y receptores.

El segundo eje temático es el de los medios de comunicación de masas. La cotidianidad es abordada desde los *mass media* exclusivamente, con lo cual la construcción social de la realidad es reemplazada por una construcción mediática y la sociedad es reducida a los productos de la industria mediática. Los ciudadanos son asumidos como receptores y consumidores, fruto de las transformaciones posfordistas del capitalismo global, y la realidad social es sustituida por una democracia semiótica fundada en el pluralismo de los diversos imaginarios sociales. El poder de la audiencia reemplaza las nociones clásicas de cultura cívica y democracia participativa de los estudios de cultura política y la cotidianidad y la comunicación masiva quedan identificadas, de manera que la ideología es reducida a formación mediática de opinión pública y a reacciones de la audiencia.

Por último, el tercer eje temático es el de la identidad y la cultura de masas. Todos los temas anteriores desembocan en un abordaje de estrategias con las que el receptor construye su yo personal: la pertenencia a subculturas y la conformación de estas determinan el estudio de las audiencias. La cotidianidad mediática se concibe como polisémica y multisistémica, constituida por subculturas que se diferencian por sus costumbres, creencias y actitudes: los grupos étnicos y las mujeres descollan en estos estudios, así como las pandillas, las barras bravas, etc.

Aquí, las investigaciones se centran en la vida cotidiana a partir de interacciones subjetivas e intersubjetivas, lo que reduce las subjetividades sociales a audiencias fragmentadas y aisladas y a subculturas parciales: cultura étnica, racial, de género, etc. La despolitización se muestra como el sesgo político dominante.

La Escuela de Frankfurt: reificación, derecho y política

Razón instrumental y reificación

Por su parte, en otra perspectiva que en buena medida discurre paralelamente, la primera generación de la Escuela de Frankfurt, con Horkheimer, Adorno y Marcuse, particularmente, —en un segundo momento de su desarrollo después del suicidio de Walter Benjamin en 1940— radicaliza la lectura lukacsiana del problema de la cosificación en términos de una crítica de la razón instrumental a lo largo de la historia de Occidente, desde los griegos hasta nuestros días.

La alienación es una problemática no superada, prácticamente consustancial al desarrollo occidental desde sus orígenes, y que puede rastrearse incluso en *La odisea* de Homero, que anticipa desde entonces la actitud estratégica y calculadora que alcanzaría su forma definitiva en el capitalismo moderno.

En la primera etapa de la Escuela de Frankfurt, la que puede establecerse entre 1920 y 1940, que sin duda constituye el periodo más ortodoxo de la heterodoxia de la Escuela, el problema de la alienación queda en buena parte subsumido por las reflexiones centradas en el problema del autoritarismo y los procesos de socialización que eran fundamentados en la familia. Los numerosos escritos de Horkheimer y Fromm al respecto trazan claramente la proyección de que la Escuela los tuviera en su conjunto en buena parte recopilados en la famosa investigación *Autoridad y familia*[32].

Pero el ascenso del nazismo, la persecución y el exterminio de los judíos y las minorías no arias, el inicio de la expansión nazi sobre Europa y, en ese contexto, el suicidio de Benjamin tratando de huir en la frontera franco-española, sin duda fuerzan el giro programático de sus amigos Horkheimer y Adorno en el exilio y el inicio de una nueva etapa donde el problema de la alienación constituye la temática central de la reflexión frankfurtiana[33].

En efecto, la *Crítica de la razón instrumental* y, casi enseguida, *Dialéctica*

[32] Max Horkheimer, *Autoridad y familia* (Barcelona: Paidós, 2001).

[33] Para una periodización temática de la Escuela de Frankfurt, véase: Carlos Thiebaut, "La Escuela de Frankfurt", en *Historia de la ética*, t. III, ed. por Victoria Camps (Barcelona: Crítica, 1989), 441-480; José Luis Villacañas, "La tradición crítica de la Escuela de Frankfurt", en *Historia de la filosofía contemporánea* (Madrid: Akal, 2001), 323-355; Luis Sáez Rueda, "Dialéctica de la Ilustración y teoría crítica: la Escuela de Frankfurt", en *Movimientos filosóficos actuales* (Madrid: Trotta, 2001), 333-366.

de la Ilustración[34] ponen de presente no solo la alienación del hombre frente a la naturaleza ("Toda reificación es un olvido") sino la que padece frente a la cultura (reducida a la nueva y poderosa industria cultural) y frente a su propia especie (el Holocausto como expresión histórica de tal extremo).

El texto *Dialéctica de la Ilustración* se anticipa a todo el giro postestructuralista de Foucault, a conceptos claves de este como será después el de la biopolítica: el antisemitismo que los nazis llevan a su máxima expresión en los campos de concentración y exterminio pone de presente el fenómeno más dramático de alienación en la historia de la humanidad. El ser humano es reducido a menos que cosa, exterminado sin escrúpulo ni recato, reducido a nada, como bien lo sabrá mostrar más tarde Giorgio Agamben en *Homo Sacer*. La reificación o cosificación del ser humano se muestra en Auschwitz: el olvido de la humanidad que somos, la enajenación de nuestra condición, la reducción a nada.

Pero no solo es el Holocausto judío el testimonio de nuestra alienación y la reducción del ser humano a mera cosa. Del otro lado del Atlántico, en el corazón del capitalismo triunfante, no por ello menos cómplice, el anverso liberal de este proceso universal se muestra en toda su magnitud: la cultura se evidencia como el nuevo instrumento de alienación de la humanidad.

La industria cultural invade la sociedad pero también la conciencia y la sensibilidad. El esquematismo de los sentidos ya enajena la propia sensibilidad del mundo y por ese camino el dominio de la conciencia queda prefigurado por la batería de medios de comunicación de masas donde el pensamiento crítico no logra tener cabida.

Ya en el Marcuse de *Eros y civilización*, en ese enriquecedor diálogo crítico con Freud y el psicoanálisis, se plantea un argumento que será clave más tarde en los desarrollos del pensamiento terapéutico crítico y que se enmarca en lo que Schaff llamaría "la alienación de sí mismo": en este caso, se trata de la alienación del ser humano frente a su propia sexualidad, frente a *Eros*, la imposición del instinto de muerte sobre la vida fruto de una razón instrumental cuya estrategia de dominación sobre el género ha llevado al hombre a perder su humanidad en los rasgos más primarios e instintivos, como es el de la sexualidad, sometiéndolo a una genitalización alienante de su eroticidad natural[35].

Más tarde, esa razón instrumental que se ha alienado del ser humano será abordada tanto por Marcuse como por Adorno en *El hombre unidimensional*[36] y

[34] Max Horkheimer y Theodor Adorno, "Concepto de Ilustración", en *Dialéctica de la Ilustración* (Madrid: Trotta, 1998), 59-96.

[35] Herbert Marcuse, *Eros y civilización* (Barcelona: Ariel, 1981).

[36] Herbert Marcuse, *El hombre unidimensional* (Barcelona: Ariel, 1981).

en *Dialéctica negativa*[37] respectivamente, en términos de una razón unidimensional que todo lo absorbe, incluso los impulsos liberadores y emancipatorios, y por tanto inmoviliza a la misma clase que estaba llamada a la revolución social, sin duda —para Adorno— generado por una razón identitaria que, desde la dialéctica hegeliana, todo lo subsume, incluso los opuestos, a favor de la realidad capitalista. Si el pensamiento ha de proyectar algún horizonte emancipatorio tendrá que hacerlo desbordándose a sí mismo, quizá desde la sensibilidad estética[38].

Derecho y cosificación

Después de esto, la alienación como categoría de análisis parece perderse en la "obsolescencia" del concepto[39]. Y será un representante de la segunda generación de la Escuela de Frankfurt encarnada por Habermas, quien la sacará de nuevo a relucir, retomando a Marx, Weber y Lukács, para proferir uno de los diagnósticos más agudos y demoledores sobre el derecho racional moderno en su *Teoría de la acción comunicativa.*

Habermas parte de una reconstrucción histórica del proceso de racionalización occidental que permite precisar tres momentos diferentes: uno primero donde no hay diferenciación entre sistema y mundo de vida, en el cual la integración sistémica depende de la social, es decir, los medios despersonalizados, dinero y poder, quedan sometidos al medio personalizado de la solidaridad.

En un segundo momento, como resultado del proceso de racionalización capitalista, se produce la separación entre los componentes sistémicos y mundo-vitales, discurriendo de manera paralela la integración sistémica y la integración social. Por último, en un tercer momento, surge una sociedad diferenciada en la cual sistema y mundo de vida se desacoplan y la integración sistémica toma a su cargo la integración social, con lo cual el mundo de la vida resulta sometido a los medios impersonalizados y desecha la solidaridad y los medios lingüístico-intersubjetivos para garantizar la producción y la reproducción social.

En ese marco, la tesis central de Habermas sobre la cosificación se resume en que el derecho se constituye en el colonizador interno del mundo de la vida mediante los procedimientos jurídicos. Una vez que la sociedad tradicional se encuentra en proceso de disolución y comienzan a consolidarse los sistemas de acción racional con arreglo a fines de la sociedad capitalista moderna, el derecho se convierte en el instrumento de los subsistemas económico y político-adminis-

[37] Theodor Adorno, *Dialéctica negativa* (Madrid: Taurus, 1984).

[38] Blanca Muñoz, *Theodor Adorno: teoría crítica y cultura de masas* (Madrid: Fundamentos, 2000).

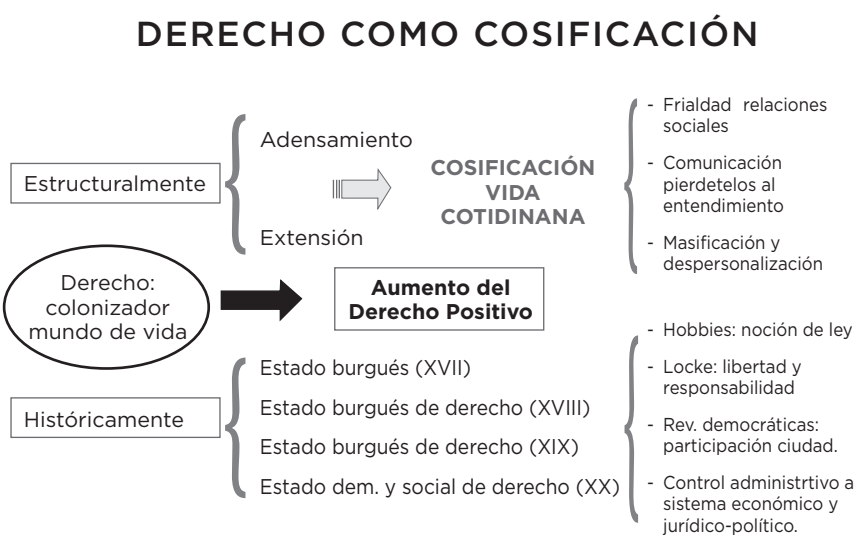
[39] Timothy Bewes, "Obsolescence of a concept", en *Reification or The Anxiety of Late Capitalism* (London: Verso, 2002), 3-10.

trativo para penetrar al mundo de la vida y someterlo a los imperativos sistémicos del que aquel es medio organizador, y que requieren realizarse para lograr la integración funcional del sistema. La integración social es reemplazada de esa manera por la integración sistémica.

Habermas reinterpreta el análisis weberiano y sistémico, tanto de Parsons como de Luhmann, y analiza el fenómeno de la burocratización y sus consecuencias de la pérdida de sentido y libertad, desde la perspectiva marxista-lukacsiana de la colonización del mundo de la vida. La cosificación que se produce al colonizar el mundo-vital en las sociedades modernas se da a través de los subsistemas económico y político-administrativo, lo que a su vez sustituye las formas e instituciones socio-culturales que habían sobrevivido de las sociedades tradicionales por un orden económico de la propiedad privada y, en lo político, a través de la dominación legal racional, que se expresa en la forma de derecho positivo. Es en este proceso de burocratización que se revelan la enajenación y la cosificación de las relaciones personales intersubjetivas de la sociedad frente a las instituciones económicas, jurídico-políticas y sociales.

De esta manera, la realidad cosificada se apodera de los contextos comunicativos del mundo de la vida y el derecho reemplazará paulatinamente a la ética como marco normativo de la acción social. La cosificación de las relaciones sociales se manifiesta en el paulatino reemplazo de las tradiciones, valores y símbolos vivos del mundo de la vida por normas jurídicas, las cuales son concebidas para sujetos abstractos y agentes maximizadores.

FIGURA 1. EL DERECHO Y LA COSIFICACIÓN DEL MUNDO DE LA VIDA

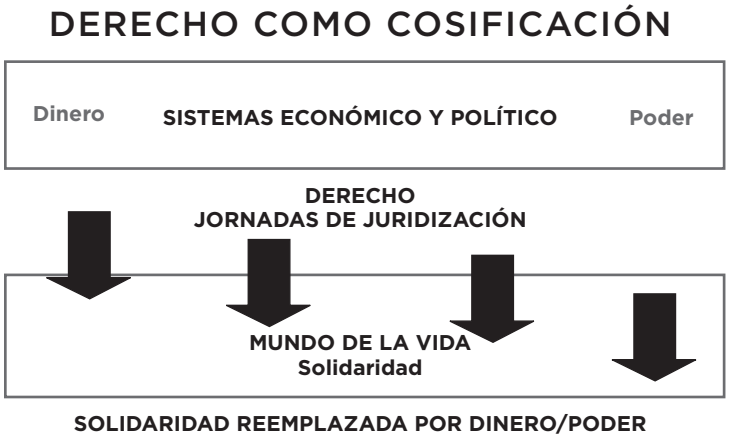


La cosificación deviene la máxima expresión de la alienación producida por la colonización sistémica ejercida sobre el mundo de la vida, que se manifiesta en una cultura escéptica, desencantada, con fenómenos de frustración y un saber intersubjetivo que permanece difuso y sometido a una falsa conciencia respaldada por una cultura de expertos igualmente enajenada de los ámbitos mundo-vitales. Colonización que puede analizarse tanto desde una perspectiva histórica como desde una estructural.

Estructuralmente responde a los fenómenos de extensión y adensamiento del derecho positivo e históricamente a lo que Habermas denomina hornadas de juridización, es decir, las macroestructuras institucionales que a lo largo de la Edad Moderna han penetrado y racionalizado a la sociedad occidental y, en general, al mundo entero, a saber: Estado burgués (derecho privado), Estado burgués de derecho (derecho público), Estado democrático de derecho (participación ciudadana) y, finalmente, Estado social de derecho[40].

En *TAC* convergen, entonces, dos problemáticas determinantes no solo para la tradición marxista, ortodoxa y heterodoxa, sino para la condición social y política contemporánea: en primer lugar, la alienación entendida como un proceso de cosificación social mediado por el derecho y, en segundo, el dispositivo de *derechos fundamentales* como instrumento no solo de represión sino de ideologización en las sociedades contemporáneas, como medio de subjetivización mediante procesos de individuación, que poseen en las garantías y procedimientos jurídicos de las democracias liberales postindustriales posmodernas su principal conquista pero, simultáneamente, su más sofisticado medio de sometimiento.

FIGURA 2. DERECHO COMO COSIFICACIÓN



[40] Jürgen Habermas, "Tendencias a la juridización", en *Teoría de la acción comunicativa*, 502-527.

Reificación y política

La reflexión frankfurtiana sobre la alienación continúa con los trabajos de Wellmer y Honneth que retoman la secuencia desde ópticas diferentes y complementarias. El diagnóstico del primero, en *Finales de partida*, en torno al cinismo y la indiferencia de las "tribus posmodernas" así como la intolerancia de las "premodernas" en las sociedades avanzadas son una clara muestra de fenómenos de alienación política que se presentan con fuerza inusitada en el capitalismo global.

Esta última idea se inspira en los aportes de Albretch Wellmer en su ensayo *Condiciones de una cultura democrática*, en el cual trata de mostrar cómo el motivo comunitarista puede ser integrado en una teoría liberal. La eticidad democrática remitiría a una cohabitación de formas de comportamiento liberales y democráticas que solo puede producirse y reproducirse con el apoyo de las correspondientes instituciones, tradiciones y prácticas. Se trata en últimas de la plasmación social de principios liberales y democráticos en una cultura política.

Para Wellmer, los valores liberales y comunitaristas se remiten recíprocamente, y la crítica comunitarista a la sociedad liberal se justifica plenamente en la conexión interna que tiene que existir entre derechos fundamentales liberales y participación democrática. La propia tradición liberal lleva pues inscrito un correctivo comunitarista que en últimas remite, como sostiene Wellmer, a una forma de *eticidad democrática* que se remite a Hegel. Esto pone de presente que los derechos fundamentales liberales dependen siempre de una correlativa participación democrática.

> La democracia es un proyecto liberal a la vez que comunitario: ambos presuponen […] la ruptura histórica con formas de vida sustanciales […] En la sociedad liberal y democrática no hay idea de la vida buena, no hay orientaciones valorativas o identidades culturales de tipo sustancial que puedan quedar substraídas a la revisión y a la crítica, ni siquiera las interpretaciones de ese consenso liberal y democrático, que es el único fundamento posible de eticidad democrática. En ese sentido la democracia moderna es esencialmente transgresiva y sin ningún suelo firme […] Lo que en el concepto de una eticidad democrática parece paradójico es que habría que definirlo no en términos sustanciales sino procedimentales: un núcleo procedimental de la eticidad democrática.[41]

Pero si podemos decir que Wellmer enfrenta la alienación política planteando la superación del liberalismo y el comunitarismo en una síntesis republicana de

[41] Albrecht Wellmer, "Condiciones de una cultura democrática", en *Finales de partida: la modernidad irreconciliable* (Madrid: Cátedra, 1996), 77-102.

procedimientos democráticos y participación ciudadana, igualmente aborda la problemática tardía de Horkheimer y Adorno que tantas malinterpretaciones ha generado: la reivindicación postrera de la metafísica.

Como Wellmer[42] lo sugiere en ese extraordinario ensayo, la reivindicación de la metafísica no es una vuelta atrás de los fundadores de la primera teoría crítica. Frente a una sociedad donde el pensamiento crítico ha desparecido, colonizada por la unidimensionalidad, la metafísica representa un espacio incondicionado que permite tomar distancia de la funcionalidad dominante de la sociedad industrial ideológicamente convalidada por un absoluto ahistórico sin intermediaciones y plantear uno mediado por la pluralidad de formas de vida de una sociedad compleja, que posibilite concretar una reflexión crítica que funja como chispa de arranque de formación y voluntad de opinión pública emancipatoria.

Por su parte, el abordaje de Honneth, desde una relectura hegeliana en *La lucha por el reconocimiento*[43], del divorcio que se va produciendo en las relaciones sociales en sus niveles de socialización más primarios a través de situaciones como las que él denomina "heridas morales" de negación y desconocimiento cotidiano del otro, una vez más ponen el acento en manifestaciones de alienación social de permanente vigencia. Inscrito en lo que podríamos denominar un comunitarismo marxista postilustrado, Honneth aborda esa cotidianidad donde la alienación se manifiesta como "herida moral" y que ambienta más tarde fenómenos de discriminación, marginación y persecución social y política, análogas a la de los judíos y las minorías durante la Segunda Guerra Mundial.

La alienación adquiere un sesgo vivo en la cotidianidad a través de estas expresiones que muchas veces pasan desapercibidas pero que son producto del sentimiento de alienación que se apodera de las comunidades entre sí, de no querer ver al otro, de desconocerlo, de estigmatizarlo, hasta llegar después a manifestaciones de violencia moral como la segregación, la exclusión, el aislamiento individual y social, y finalmente la violencia física, la desaparición, el asesinato y el genocidio.

La intolerancia de estas nuevas "tribus premodernas" y la indiferencia de las "posmodernas" convergen en una exclusión mutua, cada cual alienada de su propia humanidad y del reconocimiento del otro, frente a lo cual, plantea Honneth, la solidaridad, el amor y el derecho, como catalizadores de las anteriores, son —desde una lectura hegeliana— los únicos medios para enfrentar este tipo de situaciones.

Dos textos adicionales de Honneth ponen de presente su interés renovado en la problemática de la alienación. En el primero analiza las nuevas manifesta-

[42] Albrecht Wellmer, "La metafísica en el instante de su hundimiento", en *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, 1996.

[43] Axel Honneth, "Patrones de reconocimiento intersubjetivo: amor, derecho, solidaridad", en *La lucha por el reconocimiento* (Barcelona: Crítica, 1997), 114-159.

ciones que esta viene adoptando en las sociedades complejas[44]. La sociedad deviene del desprecio cuando la individuación refleja un proceso paradójico: los sustratos de reconocimiento se empobrecen aceleradamente y, junto al anonimato de las personas, se evidencian patologías severas de aislamiento e indiferencia entre los sujetos sociales.

Esto resulta paradójico porque se legitima desde una consideración del "individuo como ideología", es decir, aquel reflexivo cuya "existencia única", solitaria y desgarrada es expresión del nuevo talante de los tiempos (pos)modernos que parece llevar al individuo a la cima del mundo al costo de su aislamiento y su insensiblización.

En el segundo, concebido primero que el anterior, Honneth, actual director del Instituto de Investigación Social de Frankfurt, heredero de la teoría crítica, aborda directamente el problema de la reificación, para que no quepa duda de la importancia que esta ha adquirido en las sociedades actuales. Aquí, la alienación, retomando a Bourdieu, se manifiesta como el *habitus*[45] hegemónico de la sociedad posmoderna. El individuo adopta una perspectiva petrificada sobre la realidad que se manifiesta en la pérdida de interés en personas y hechos.

Esta actitud cosificada denota el extravío de la perspectiva participativa original: la reificación se convierte no solo en la comunicación distorsionada habermasiana sino en el olvido del reconocimiento como perspectiva vital. El otro no es reconocido pero tampoco el yo se reconoce como *alter ego*: la percepción del mundo entero queda reificada en la existencia anónima de ese individuo aislado, solitario y desgarrado de la sociedad global.

El problema de la ideología

Quisiera reconstruir en este apartado el desarrollo que ha tenido el problema de la ideología, inicialmente a partir de la historia y de los antecedentes del concepto en las versiones de Lenk y Bauman que, desde dos ópticas diferentes, revelan su origen y transformación desde la Modernidad temprana hasta los tiempos actuales, por supuesto, incluyendo ahí a Marx y su aporte en la "presentación en sociedad" de la problemática tal como se asume hoy en día.

Posteriormente, se aborda la recepción que tiene en la sociología alemana, particularmente con Mannheim, quien intenta una primera sistematización de la categoría, para después abordar el concepto de pseudocultura con que Adorno aspira a dar razón de la ideología en la sociedad capitalista avanzada y su cultura de masas característica.

Enseguida entramos al tratamiento que el pensamiento francés le da a este

[44] Axel Honneth, *La sociedad del desprecio* (París: La Decouverte), 2006.

[45] Axel Honneth, "La reificación como olvido del reconocimiento" y "Contornos de la autorreificación", en *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento* (Buenos Aires: Katz, 2007), 83-127.

concepto, primero en el estructuralismo con Foucault y su denuncia del humanismo y las ciencias humanas como pseudoideológicas y, luego, con Poulantzas y Althusser, el abordaje desde un marxismo de corte estructuralista, tanto de la función política de la ideología y sus funciones con las ideologías, como de su papel como mediadora del sujeto ideológico. Cerrando con la magistral síntesis que Ricoeur hace sobre las funciones de la ideología.

Por último, se retoman dos abordajes neurálgicos en el tratamiento del problema en los últimos veinte años: de una parte Žižek que, sin duda, logra la reconstrucción más comprehensiva sobre la ideología de la época reciente y el muy esclarecedor acercamiento que realiza Laclau introduciendo distinciones que, como veremos, resultan de enorme trascendencia para la concreción de la categoría.

Historia del concepto

Lenk parte de una consideración sobre la importancia que a lo largo de la historia han tenido los complejos de ideas y relaciones para la legitimación de un orden social de dominación[46]. Sin embargo, solo en la Edad Moderna, en la pugna que se teje en torno a la aparición de un nuevo modelo de sociedad mercantil y burgués, el problema de la ideología aparece en toda su plenitud.

Frente al orden feudal y estamental propio del Ancien régime fue necesario exhibir un complejo de ideas que hicieran frente a la escolástica medieval con sus creencias en la vida ultraterrena y suprasensorial, pues ello legitimaba y sancionaba la autoridad y el dominio del monarca, con lo que la primera forma de ideología que se dio en la Edad Moderna fue la llamada críticamente por diversos autores como la del "engaño del clero".

En un primer momento, el fundamento de la crítica de la ideología lo posibilitó la reflexión sobre la forma que debía asumir la filosofía moderna en su indagación de la verdad. A juicio de los filósofos, la filosofía hasta entonces imperante nada había aportado al conocimiento de la naturaleza, era preciso tomar los métodos de las nacientes ciencias de la naturaleza para así dilucidar herramientas que permitieran también un conocimiento fiable de la realidad.

En ese sentido, el método inductivo, la observación y la experimentación se percibieron por entonces como ideales a alcanzar en el logro de la verdad y, para ello, se consideró que era prioritario librar el pensamiento y la razón de los obstáculos a-teóricos que enturbiaban el libre discernimiento. Tales eran, desde la perspectiva de Bacon, los *idola fori* y los *idola theatri* de donde el concepto de ideología recogió sus raíces[47].

[46] Kurt Lenk, "Introducción a la historia del problema", en *El concepto de ideología* (Buenos Aires: Amorrortu, 1975), 7-46.

[47] Kurt Lenk, "Introducción a la historia del problema", 10.

En esta aproximación al problema de la ideología llama la atención la caracterización del campo del lenguaje como fundamento de relaciones de poder y dominio, donde la autoridad, a través de las expresiones lingüísticas, se legitima y consolida en el ejercicio despótico y arbitrario del poder.

Pero, además, en la exigencia de Bacon de concretar un método científico a partir del cual alcanzar la verdad, se encuentra presente una orientación pragmática, donde la teoría deja de ser un simple acto de contemplación y pasa a ser una forma de praxis que encuentra su sustrato en el campo de relaciones e intereses sociales que configuran las condiciones objetivas de existencia[48].

Un segundo momento es el inaugurado a partir de la consideración del lugar que en la vida social ocupa la razón y su relación con los impulsos, las pasiones y las fantasías de los seres humanos. Para Lenk, los pensadores ilustrados veían en estos elementos un factor crucial en la determinación de los resortes últimos de las acciones humanas[49]. A partir de aquí se empiezan a tocar los temas de lo sensorial y lo inconsciente en la conformación psíquica de las personas y sus efectos distorsionantes sobre la realidad social.

Queda claro que para la consideración de las etapas iniciales en la concepción de la ideología los temas de lo inconsciente e imaginario cobran un valor sin igual. Dos hitos sustanciales en esta línea de la crítica ideológica serán Feuerbach y Freud.

El primero con su crítica de la religión que, pese a conservar rasgos idealistas que reivindican una "esencia humana" sin percibir los nexos reales de los hombres con la constelación de intereses económicos de su vida material, es, sin embargo, el primer intento por concebir las creencias religiosas como una forma de proyección psicológica y, a la vez, como una expresión de conocimiento propia de un orden social en un estadio particular de su desarrollo histórico.

Y, el segundo, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, pone de relieve las implicaciones que en la realidad personal tiene la cuestión del inconsciente y sus proyecciones patológicas, con lo que logra un planteamiento más elaborado que revelaba los fenómenos de enajenación e ideología como procesos de racionalización en el contexto de dinámicas psíquicas, tanto neuróticas como psicóticas.

En contraste con Feuerbach, Freud descubre en el origen de las creencias religiosas la tendencia inherente de todo ser humano a proyectar sus deseos y más íntimas angustias en un ente supraterrenal. Sin embargo, no los refiere a la negación de la "esencia humana", sino que los explica a partir de pulsiones y mecanismos inconscientes que se hacen "racionales" en y a través del lenguaje, en contextos culturales para los cuales pasiones y emociones se han convertido en tabú[50].

[48] Kurt Lenk, "Introducción a la historia del problema", 11.

[49] Kurt Lenk, "Introducción a la historia del problema", 16.

[50] Kurt Lenk, "Introducción a la historia del problema", 21.

Una línea paralela a la anterior es la de la perspectiva liberal, tal como se personifica en los materialistas franceses de finales del XVIII, donde la crítica asume la forma de una tutela de la razón frente a todo tipo de dogmas y prejuicios. Aquí la crítica de las ideologías se concentra en la valoración de los resortes últimos de las acciones, no desde una perspectiva psicológica, sino en términos políticos en cuanto apuntalan un orden social en el que las relaciones de poder y dominio se legitiman en las figuras de Dios o del monarca, y ocultan tanto su fundamento humano como su tendencia a la libertad, en el marco de una sociedad burguesa.

Por su parte, y aunque Marx no desarrolla una teoría de la ideología, su contribución al problema radica en que la considera no solo como una forma de alienación de la conciencia sino también como un derivado de la alienación económica, en polémica con Hegel, Feuerbach, Smith y Ricardo. Con el primero, confrontando su idea del espíritu absoluto y el Estado como medios de superación de la alienación histórica y social, respectivamente. Con Feuerbach, criticando su noción de "esencia del hombre" por cuanto esta se abstrae de los procesos sociales. Y con Smith y Ricardo, frente a su teoría del valor-trabajo por cuanto sanciona procesos histórico-sociales como formas naturales de la producción humana, que resultan, por tanto, inmutables.

Más tarde, en el contexto del marxismo soviético, Pashukanis, radicalizando tanto a Marx como a Lenin, desarrollará la teoría del derecho marxista, en estrecha articulación con los planteamientos clásicos marxianos sobre la ideología[51].

En efecto, confrontando la lectura estalinista que diferenciaba superestructura jurídica, política e ideológica, Pashukanis muestra que el planteamiento auténtico de Marx sostenía, por el contrario, que toda la superestructura, jurídica, política y las formas de conciencia social como el arte, la religión y la filosofía son ideológicas y, como tal, ocultan el conflicto objetivo de la estructura económica entre fuerzas productivas y relaciones de producción.

De ahí se desprendía, en consecuencia, que tanto el Estado como el derecho, como Lenin lo había planteado en *El Estado y la revolución* (1917), no podían ser estratégicamente sostenidos pues el objetivo de una revolución y de una sociedad socialista no podía ser otro que su extinción.

Pashukanis muestra así el derecho como una expresión ideológica de la superestructura, donde las categorías jurídicas no son sino la manifestación de las económicas, que las sustentan y les dan razón: la economía es la capa primaria del derecho y la lógica de los conceptos jurídicos no es sino el reflejo de la de las relaciones económicas. Por tanto, la relación jurídica, célula central de tejido jurídico, no es sino la proyección de la relación económica entre poseedor y poseído, y el sujeto jurídico oculta la correlación entre sujeto dominador y dominado.

[51] Eugeni Pashukanis, *Teoría general del derecho y marxismo* (Barcelona: Labor, 1976).

En ese orden, el derecho es expresión de la alienación de la sociedad capitalista, siendo el Estado de derecho un espejismo y las normas jurídicas una abstracción vacía. La dominación del Estado reviste el carácter de derecho público, contexto en el cual la ideología jurídica reemplaza a la religiosa como instrumento de ocultamiento y adormecimiento de las masas: el derecho es el nuevo opio del pueblo.

Frente a esto, Pashukanis caracteriza el derecho desde la categoría de fetichismo jurídico, análoga a la de fetichismo económico. El derecho no es autónomo ni es neutral ni mucho menos imparcial; es, como lo enfatizara Lenin, instrumento de la lucha de clases y herramienta, objetiva y subjetiva, de opresión en cuanto su finalidad no es otra que mantener la dominación de una clase sobre otra.

De ahí que frente al derecho no quede otra opción estratégica que la del nihilismo jurídico: no hay que creer en el derecho. Si el Estado se extingue, el derecho también debe extinguirse, no solo en el marco de la sociedad burguesa sino en el de una socialista y, mucho más, en una comunista. Al afirmar que no había que considerar los medios jurídicos como alternativa, ni en el capitalismo ni en el socialismo, Pashukanis sentenciaba así su muerte bajo el estalinismo.

Para cerrar esta visión del marxismo ortodoxo no podemos dejar de mencionar a Gramsci. En su consideración del marxismo como filosofía de la praxis, no como metafísica de la historia, la dialéctica transforma la trascendencia revolucionaria en voluntad revolucionaria organizada, lo que rompe regularidades establecidas, como la misma Revolución rusa lo pone de presente, desbordando las proyecciones iniciales de Marx. El marxismo se revela así, no solo como una filosofía de la praxis, síntesis de teoría y práctica, sino como una praxis revolucionaria que concibe la historia como el entrelazamiento de voluntad y conciencia[52].

Filosofía de la praxis cuya columna vertebral remite a una teoría de la hegemonía, donde una clase aglutina a la sociedad alrededor de una alianza de clases que se estructura a partir de un consenso que configura un bloque histórico. En eso orden, la lucha de clases tiene que ser entendida como pugna de hegemonías entre dos proyectos de sociedad, dos bloques históricos, donde uno intenta mantenerse y otro reemplazarlo. La pérdida del consenso desemboca en la revolución y en una nueva hegemonía, producto de un nuevo consenso y un nuevo bloque histórico.

Aquí es donde se revela para Gramsci el papel de la ideología, que es fundamental en la medida en que es por intermedio de este que se concreta, desde la perspectiva del marxismo, el proyecto contrahegemónico. Reconsiderando la función pasiva que la superestructura había tenido para el marxismo ortodoxo, la

[52] Antonio Gramsci, *La formación de los intelectuales* (México D.F.: Grijalbo, 1967).

ideología —estrechamente enraizada en la cultura de las masas— se convierte en el instrumento de difusión del proyecto histórico revolucionario.

La ideología cataliza entonces el entramado de relaciones humanas de la sociedad civil en la medida en que la hegemonía —o contrahegemonía— dependen del consenso que se logre para la difusión de valores morales y políticos en el conjunto de la sociedad. La ideología se convierte así en el instrumento de difusión de un proyecto histórico determinado entre las masas, en el que se concibe al militante del partido como un intelectual orgánico que funge como agente cultural y dirigente organizativo, que reinterpreta la cultura popular, en términos ideológicos, para reorientarla contrahegemónicamente.

Poder, ideología y derecho en el pensamiento francés

Poder e ideología

Si bien Marx jamás elaboró detenidamente una teoría de las ideologías, sentó, empero, sólidas bases sobre las que más tarde autores como Foucault, Poulantzas y Althusser, para no citar sino estos que enseguida entraremos a comentar, sistematizarían y categorizarían la problemática. Si nos atenemos a su obra *La ideología alemana*, sus afirmaciones no pasan de sostener que son los hombres los productores de sus representaciones, de sus ideas, de sus pensamientos como emanación de su comportamiento material: "La conciencia jamás puede ser otra cosa que el ser consciente y el ser de los hombres es su proceso de vida real"[53].

La ideología es asumida desde dos perspectivas diferentes pero necesariamente complementarias. La primera, como el conjunto de manifestaciones espirituales del hombre, que abarcan la moral, la religión, la filosofía, etc., las cuales, si bien corresponden a una realidad determinada, poseen la ilusión de su propia sustantividad. Marx, en su afán de definir sus características concluirá afirmando: "[…] en toda ideología, los hombres y sus relaciones aparecen invertidos como en la cámara oscura […]".

La segunda perspectiva es que la ideología es ese conjunto de manifestaciones espirituales con las que el hombre representa sus condiciones reales de existencia de una manera ilusoria, engañosa, invertida y las cuales, por el mismo carácter de la alienación, se expresan divorciadas de este, enajenadas, extrañas de su existencia y dotadas además de vida propia, independientes, antagónicas y hostiles a su mismo creador[54].

El planteamiento de Foucault, quien asume la crítica de la episteme occidental en la perspectiva de una arqueología del saber que desentrañe las relacio-

[53] Karl Marx y Friedrich Engels, "La ideología alemana", en *Obras escogidas*, t. I (Moscú: Progreso, 1973), 11-22.

[54] Karl Marx y Friedrich Engels, "La ideología alemana", 15 y ss.

nes de las modernas ciencias humanas puede ser interpretado en el *continuum* de una crítica de las ideologías[55]. Para Foucault, la episteme occidental ha sufrido dos grandes discontinuidades que han generado que el orden a partir del cual pensamos no tenga el mismo modo de ser que el de los clásicos.

La primera de estas discontinuidades se da en el siglo XVII, en lo que constituye un primer remezón donde *El Quijote* había sido ya una prueba delirante de esta anticipación. La segunda ocurre en el siglo XIX, cuando la proliferación de ciencias positivas no es sino la expresión de una ruptura profunda al interior de la episteme tradicional. Antes de entonces, el mundo era conocido directamente a través del lenguaje, pues era un conocimiento y, a su vez, un discurso. Así, con respecto a todo saber se encontraba en una situación fundamental: solo se podían conocer las cosas pasando a través de él.

Con la Modernidad, sin embargo, el lenguaje se divorcia de la representación. Esa posibilidad de conocer las cosas por intermedio de la soberanía de las palabras, como en la experiencia clásica, se desvaneció. El lenguaje quedó convertido en un objeto en el momento en que la historia natural devino biología, el análisis de la riqueza se transformó en economía y el lenguaje mismo en lingüística.

El lenguaje, a la sazón, termina formando el lugar pasado de las tradiciones, de las costumbres mudas del pensamiento, del espíritu oscuro de los pueblos y acumulando una memoria fatal que ni siquiera se conoce como memoria y a la que los hombres se someten sin saberlo.

Antes de la aparición de las ciencias biológicas, económicas y filológicas, el hombre no existía. Para Foucault esta es una criatura reciente que el demiurgo del saber ha fabricado hace menos de doscientos años y que, sin embargo, ha envejecido con tanta rapidez que puede imaginarse fácilmente que había esperado en la sombra durante milenios el momento de iluminación en que sería reconocido.

De allí que el umbral de nuestra modernidad no esté situado en el momento en que se quiso aplicar al estudio del hombre métodos objetivos, sino más bien en el instante en que se constituyó un duplicado empírico-trascendental al que se bautizó con el nombre de hombre.

Con ello, la interpretación y la formalización se convirtieron en las dos únicas formas de analizar en nuestra época. Las ciencias humanas comportan en este proceso una enorme responsabilidad, puesto que son ellas las que aparecen, bajo el efecto de algún racionalismo imponente, cuando el hombre se yergue como aquello que se debe pensar y saber al lado de los objetos científicos.

La episteme moderna queda con ello definitivamente fraccionada. Por un lado, tenemos las ciencias físicas y matemáticas, por otro, las lingüísticas, biológicas y económicas, y, por uno más, la filosofía. Entre los intersticios de estos

[55] Michel Foucault, "Las ciencias humanas", en *Las palabras y las cosas* (México D.F.: Siglo XXI, 1979), 334-375.

bloques surgen las ciencias humanas, que para Foucault son, al mismo tiempo, pseudociencias y pseudoideologías.

Las ciencias humanas transfiguran su voluntad de saber en voluntad de poder: de instrumentos de emancipación pasan a ser medios de ideologización y dominación. Foucault articula su reflexión sobre la ideología con la del poder, permitiendo plantear y profundizar la relación entre ideología y poder que la Modernidad instituye. Parte así de un cuestionamiento radical de los postulados convencionales sobre el poder para plantear cuáles son sus nuevos parámetros en las sociedades contemporáneas[56].

La red de poderes que, como vectores invisibles, entrecruza la sociedad contemporánea tendrá como objetivo principal la interiorización del orden institucional con vistas a conformar una sociedad disciplinante y disciplinada. Este proyecto de dominación masivo, permanente y homogéneo, ya no amenaza de muerte sino que gestiona la vida, ejerce como anatomía política del cuerpo humano y biopolítica de la población, a través de una vigilancia jerarquizada, un cuerpo de sanciones, procedimientos de selección y una disciplinización del sexo y la sensibilidad que nos convierte en sujetos predispuestos al dominio.

Esta reconsideración del poder, aguda y punzante, será complementada por otros autores en diferentes sentidos. Roland Barthes lo definirá como un organismo trans-social ligado a la historia del hombre, que no se encuentra solo en el Estado, sino que se desliza en las cuestiones sutiles y cotidianas de la vida, incluso en los mismos impulsos liberadores que intentan cuestionarlo[57].

El poder se presenta, desde esa perspectiva, como un elemento plural en el espacio y perpetuo en el tiempo histórico, que Barthes califica como una *libido dominandis* que, a través del lenguaje, se reproduce y multiplica por el tejido social. Ante ello la alternativa que nos queda es la literatura como *espacio del despoder*, donde la dimensión utópica nos permite tomar la distancia necesaria para relativizarlo y, cuando es necesario, incluso desplazarse y abjurar de esa verdad que el poder termina utilizando para someternos.

Elías Canetti realiza una de las aportaciones más singulares a esta reinterpretación del poder[58]. Las entrañas del poder son exploradas por este autor desde una óptica que desborda la consideración socio-política convencional y que se hunde en las raíces de este mostrando cuáles han sido los símbolos, instrumentos y elementos que desde siempre han caracterizado su ejercicio.

Sin embargo, su aporte decisivo a este debate sin duda viene representado por su análisis del secreto, como médula del poder, punto clave en el ejercicio

[56] Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, t. I (México D.F.: Siglo XXI, 1984).

[57] Roland Barthes, *Lección inaugural* (México: Siglo XXI, 1985).

[58] Véase: Elías Canetti, *Masa y poder* (Madrid: Alianza Editorial, 1987).

contemporáneo de este, y el control que ejerce sobre la sociedad. Donde hay secreto hay poder, en una ecuación en la que la ideología está sugerida.

El conocimiento y el desconocimiento de algo determinan la relación de dominio entre las partes. La información que alguien posee lo coloca en situación de ventaja frente a quien no la posee. La dominación, individual y social, se estructura a partir de lo que alguien o alguna clase o sector sabe, y lo que no saben los demás.

La dinámica que se genera a partir de esto constituye la esencia misma del poder que, con nuevos mecanismos, no hace sino reproducir las prácticas primitivas que desde entonces han definido su ejercicio. Tanto en Barthes como en Canetti, la ideología se revela en la medida que se oculta. El organismo transocial del primero y la médula del poder del segundo evocan la presencia, callada pero inexorable, de la ideología.

Ideología y derecho

Tal concepción del poder, ya en el marco de la teoría marxista, se articula y se enriquece con Poulantzas al señalar la complejización sufrida por el Estado democrático capitalista. La dialéctica del poder había sufrido un cambio cualitativo y el Estado burgués permitía ahora, a su interior, un juego de iniciativas institucionales a cargo de las diferentes fracciones de la burguesía que componían el bloque en el poder e, incluso, de clases diferentes que hicieran parte de aquel.

Pese a que lo anterior desmoronaba el esquema ortodoxo, de cualquier manera el marxismo había terminado reviviendo, teórica y prácticamente, elementos premodernos de la concepción del poder, que el estalinismo se encargaría de poner en toda su dolorosa evidencia[59].

En ese marco, Poulantzas considera la ideología como un conjunto de creencias, valores y prácticas con coherencia relativa, que proporcionan al individuo un horizonte de sentido que da cohesión imaginaria a su vida y oculta las contradicciones, subjetivas y objetivas, tanto de su situación particular como de la socio-política. El concepto de ideología llega a ser tan amplio que se identifica con un modo de vida y, en un sentido más preciso, con la experiencia vivida del individuo, de manera que abarca todas las facetas vital-existenciales de su persona.

La ideología, pues, no hace solo referencia a las concepciones doctrinarias que un sujeto pueda esgrimir sino a la totalidad de lo vivido por un ser humano, integrando y consolidando a la sociedad como el cemento y la mampostería a la estructura del edificio social, para retomar la clásica metáfora marxista.

Para Poulantzas la ideología está tan ligada al hombre que no puede diferenciarse de su experiencia vivida, de lo vivido humano. Su función social consiste

[59] Nicos Poulantzas, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista* (México D.F.: Siglo xxi, 1975).

en insertar a los hombres, a través de la inversión y la ocultación, de la coherencia imaginaria, en las actividades prácticas que sostienen determinadas estructuras socioeconómicas específicas, a partir de la reconstrucción de un discurso convincente, aunque deformador y enajenante[60].

A partir de todo este amplio y enriquecedor contexto que, sin duda, influye de forma determinante en su planteamiento, Althusser emprende su exploración sistemática de la ideología[61]. Partiendo del presupuesto marxista de que la ideología es un conjunto imaginario, un puro sueño, vacío y vano, constituido por restos de la única realidad plena, la de la historia concreta de los individuos materiales, que producen materialmente su existencia, Althusser comienza proponiendo una primera definición de ideología como el sistema de ideas, de representaciones que dominan el espíritu de un hombre o de un grupo social.

Aunque las ideologías particulares poseen una historia propia, determinada por su situación social, la ideología en general no tiene historia. Lo propio de esta es estar dotada de una estructura y de un funcionamiento tales que hacen de ella una realidad no histórica, la ideología que, parodiando a Freud, es y será eterna.

La primera tesis althusseriana señala que la ideología representa la relación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia. Las ideologías (religión, moral, derecho, etc.) son concepciones del mundo en gran parte imaginarias, cuyos enunciados no corresponden con la realidad. Empero, aunque se admite que no corresponden a la realidad, que son una ilusión, también se reconoce que hacen alusión a la realidad y que basta "interpretarlas" para encontrar bajo su representación imaginaria del mundo la realidad misma de este.

Esta doble característica (ilusión / alusión) es propia de la ideología. En ella los hombres representan bajo una forma imaginaria, alienada, sus condiciones de existencia, porque estas son por sí mismas alienadas, al estar dominadas por el trabajo alienado. En la ideología, pues, no se representa el sistema de relaciones reales que rigen la existencia de los individuos sino la relación imaginaria de estos con las relaciones reales en que viven.

La segunda tesis sostiene que la ideología tiene una existencia material. Las representaciones que la conforman no tienen existencia ideal, espiritual, sino material. Al no poder existir sino por un aparato y su práctica (aparatos ideológicos de Estado: familia, iglesia, escuela, medios de comunicación, instituciones, etc.) la existencia de la ideología no puede ser sino material.

Considerando un sujeto cualquiera se puede sostener que la existencia de las ideas, de su creencia, es material en cuanto que estas son sus actos insertos en prácticas materiales reguladas por rituales definidos, a su vez, por el aparato

[60] Nicos Poulantzas, "El Estado capitalista y las ideologías", *Poder político y clases sociales*, 247-289.

[61] Louis Althusser, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado* (Bogotá: Tupac Amaru, 1974), 11-51.

ideológico material del que dependen las ideas de ese sujeto.

La ideología existente en un aparato ideológico material prescribe prácticas materiales reguladas por un ritual material, que se dan en los actos de un sujeto que actúa en plena conciencia según su creencia. Indudablemente, toda práctica humana tiene lugar por y bajo una ideología.

La tercera tesis afirma que toda ideología se realiza por el sujeto y para sujetos. Así pues, sujeto e ideología son inherentes ya que esta última interpela a los individuos como sujetos concretos, y los constituye en tales mediante este proceso.

Para Althusser, el hombre es por naturaleza un animal ideológico que vive inmerso espontánea y naturalmente en la ideología. Como tal, desde siempre sujeto, practica ininterrumpidamente los rituales del reconocimiento ideológico que le garantizan que es realmente un sujeto concreto, individual, inconfundible y, obviamente, irreemplazable.

Cuando la ideología transforma a los individuos en sujetos, cada uno de estos tiene como soporte un individuo concreto. Lo que parece ocurrir al margen de la ideología ocurre en realidad en esta, pues jamás reconoce que es ideológica. Al tratar la ideología a los individuos como sujetos, llegamos entonces a una última proposición: los individuos son abstractos respecto a los sujetos que son desde siempre.

Ricoeur: el papel de la ideología

Aunque Paul Ricoeur, por supuesto, no pertenece al espectro del (post) estructuralismo o el marxismo francés, es interesante retomar, para cerrar este apartado, el abordaje que realiza de la ideología —como ya lo hicimos someramente con el problema de la alienación en el joven Marx— en cuanto logra una síntesis bastante comprehensiva, que permite cerrar una discusión politizada en la década de los sesenta[62].

Para Ricoeur, la ideología en general responde a varias perspectivas. En primer lugar, es la necesidad de un grupo social de proyectar la imagen de sí mismo, de representarse ante la sociedad. En tal sentido, es el proyecto histórico de una clase social en ascenso, en búsqueda —como diría Gramsci— de consolidar un bloque histórico alternativo.

Una segunda característica, que puede también ser vista cronológicamente, la constituye la de ser elemento de cohesión social. Una vez en el poder, la clase triunfante busca afianzar su proyecto. La ideología adquiere un rol no de mero reflejo sino de proyección y motivación social. Se trata de consolidar el proyecto triunfante y cohesionar la nueva sociedad alrededor de este.

[62] Paul Ricoeur, "Ciencia e ideología", en *Hermenéutica y acción* (Buenos Aires: Docencia, 1985), 155-182.

Pero para lograr esto, la sociedad requiere un discurso sencillo. La función de la ideología es ser simplificadora y esquemática para poder socializar y generalizar su visión de la sociedad, del mundo, de la historia. En este momento su papel deviene instrumentalizador, sin ser todavía manipulante. Se trata de lograr la mayor aceptación social siendo didáctica y pedagógica, si se quiere.

Como es claro, hasta aquí la ideología ha jugado un papel proactivo, revolucionario y transformador. Rasgos que podemos observar tanto en el surgimiento de la sociedad capitalista, con el triunfo de la burguesía revolucionaria frente a la nobleza, como de la sociedad socialista, con el triunfo del proletariado revolucionario frente a la sociedad semifeudal y capitalista.

Pero como es obvio, el proyecto se desgasta, enfrenta problemas prácticos a veces irresolubles que cuestionan sus fórmulas estereotipadas y los esquemas de solución popularizados. En este momento surgen sus rasgos retardatarios más representativos. La ideología se vuelve operativa y atemática, y asume una función de disimulación y distorsión orientada a no perder el apoyo de amplias capas sociales.

A partir de este punto, la ideología se constituye en un código excluyente frente a todo planteamiento alternativo. Su capacidad de intercambiar y dialogar se reduce al mínimo y las fórmulas se anquilosan y petrifican, con lo que pierden posibilidad de abrirse a otras formas de conciencia. Aquí se revela de manera contundente su función de dominación más opresiva.

Posmarxismo e ideología

Žižek: el espectro ideológico

En el "El espectro de la ideología", Žižek se adentra a través de variadas ilustraciones en el problema que implica conceptualizar la ideología. Así, en la parte introductoria y apoyándose en pasajes políticos ya conocidos, arriesga una primera aproximación en la que destaca la ideología como "matriz generativa que regula la relación entre lo visible y lo no visible, entre lo imaginable y lo no imaginable, así como los cambios producidos en esta relación"[63].

Acto seguido, remitiéndose a los planteamientos que sobre la misma materia hace Étienne Balibar, introduce la categoría de antagonismo, la cual sirve de sustento a una crítica de la ideología y se convierte en el primer elemento que como condición de posibilidad habilita dicha crítica. El autor caracteriza esta relación de la siguiente manera: "Cada polo del antagonismo es inherente a su

[63] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", en *Ideología. Un mapa de la cuestión* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2005), 7.

opuesto, de modo que tropezamos con él en el momento mismo en que intentamos captar el polo opuesto por sí mismo, postularlo como tal"[64].

De esta forma, Žižek ejemplifica la relación expresada en la pareja populismo-comunitarismo orgánico y democracia liberal-occidental. Según es ya opinión común, la causa del fenómeno del populismo en sus diferentes versiones habría que buscarla al interior del fenómeno en cuestión. Sin embargo, desde la óptica de Žižek, las causas del surgimiento del populismo deben buscarse en las múltiples falencias del modelo occidental democrático liberal, planteamiento que supera la visión binaria que enfrenta dos entidades con existencia positiva.

La parte introductoria del artículo mencionado nos deja ver cuatro nudos problemáticos en la aproximación crítica a la ideología, vistos desde su relación dialéctica: la que se da entre lo viejo y lo nuevo; entre lo visible y lo no visible; entre necesidad y contingencia; y entre unidad y oposición. Díadas que Žižek no está interesado en reactualizar sino que tienen por objeto poner de presente la problematicidad e indecibilidad del tema en cuestión, según se entiende desde la noción de antagonismo tal cual como fue planteada.

Estos pares dicotómicos no se presentan en lo atinente a la ideología en toda su polaridad, como entidades positivas e independientes y en contradicción abierta, sino que la ideología, para que sea posible su crítica, ha de entenderse como un terreno ambiguo, fluido, entre los dos términos de la relación.

Desde la precomprensión nos adelanta Žižek que "la palabra ideología puede designar cualquier cosa, desde una actitud contemplativa que desconoce su dependencia de la realidad social hasta un conjunto de creencias orientadas a la acción, desde el medio indispensable en el que los individuos viven sus relaciones con una estructura social hasta las ideas falsas que legitiman un poder político dominante"[65].

En este escenario, la palabra antagonismo nos provee de una primera herramienta con la cual agenciar una crítica de la ideología que no caiga de nuevo en el gesto ideológico, porque tal es la situación de aquellos intentos que niegan al fenómeno en cuestión, toda su elusividad, ambigüedad e indecibilidad.

Una segunda pista que ofrece Žižek es la que nos dice que la problemática de la ideología no tiene que ver con un contenido representacionalista: "la ideología no tiene nada que ver con la 'ilusión', con una representación errónea, distorsionada de su contenido social"[66]. Aquí avoca el autor el análisis del concepto de ideología, una vez superada la primera etapa del planteamiento que tenía por objeto enunciar una problemática e insinuar rutas analíticas.

[64] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 9.

[65] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 10.

[66] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 15 y ss.

En este aparte, retomando nuevamente a Hegel en su reflexión sobre la religión, Žižek establece el hilo lógico-narrativo de su exposición: la ideología como complejo de ideas (doctrina), en su apariencia externa. Es decir, su materialidad, los aparatos ideológicos de Estado y, finalmente, el terreno más elusivo, la ideología espontánea que opera en el centro de la realidad social en sí (ritual).

El paso de la precompresión a la propuesta analítica está dado por la insistencia en que la ideología no tiene que ver con un contenido representacionalista y que, por el contrario, un enunciado ideológico puede ser bastante ajustado a los hechos pero con un sustrato ideológico no siempre claramente perceptible.

Es así que en el tránsito de la crítica de la economía política a la categoría "razón instrumental", el autor denuncia cómo esta última no es solo funcional a relaciones de dominación, sino que es el fundamento mismo de ellas, por cuanto actúa como un "principio antropológico cuasi trascendental" que elude las consideraciones sobre la expresión concreto-histórica de las relaciones de poder y dominación.

El acusado relativismo histórico en el que caería una postura que se rija por las consideraciones histórico-descriptivas, causa en Žižek la iniciativa del análisis sincrónico, para lo cual, retomando a Hegel, propone un estudio de la ideología desde tres dimensiones analíticas.

Primero, la ideología como un sistema de creencias, complejo de ideas, discursos, etc., que es en términos de Hegel, la doctrina: la forma de crítica que le corresponde a este nivel es la "lectura de síntomas" mediante la cual se pretenden rastrear en un texto "oficial" los deslices, las rupturas y los vacíos que contiene y que como síntoma dan cuenta de las motivaciones más profundas del acto de enunciación.

Según Žižek, quizás sea Habermas el último representante de una tradición que, amparada en el Iluminismo, ve en la ideología una forma "velada", "falsa" de representación, por lo cual considera que la crítica por excelencia es necesariamente la "argumentación crítica racional". Es decir, la primera forma del gesto ideológico desde una posición pretendidamente no ideológica, ya que presenta este tipo argumentativo como un hecho extra-discursivo.

La segunda dimensión es la ideología como materialidad, es decir, como la serie de dispositivos visibles que condensan las prácticas de poder y dominación, esto es, los aparatos ideológicos de Estado, momento sintetizado por Althusser, mediante el cual quiere señalarse una segunda forma de ideología desde el distanciamiento pretendidamente no ideológico y para ello se vale Žižek del planteamiento de Foucault sobre los "procedimientos disciplinarios que operan en el nivel del micropoder y designan el punto en el que el poder se inscribe directamente en el cuerpo, pasando por alto la ideología". Sin embargo, el planteamiento

foucaultiano, aunque indica las múltiples formas del poder, falla al dar cuenta de su proceso de emergencia[67].

A pesar de todo y como se deja intuir a partir de su propuesta, el constructo cuenta todavía con la existencia de una cúspide, digamos del poder, sobre el cual no logra, a partir de sus propias categorías, derivar la forma de su emergencia y es allí donde Althusser avanza un paso más al reconocer que estos micro procedimientos son parte de los aparatos ideológicos del Estado.

Es decir, como mecanismos que, para ser operativos, para "apropiarse de los individuos, suponen siempre-ya la presencia masiva del Estado, la relación transferencial del individuo con el poder del Estado, o, en términos de Althusser, con el gran Otro ideológico en el que se origina la interpelación"[68], un fenómeno magistralmente expresado por la noción de "comunidad del pueblo" en el régimen fascista, ya que no solo combinaba las concentraciones y desfiles masivos junto con muchas otras expresiones simbólicas, sino que generaba a partir de rituales específicos la experiencia de dicha comunidad, motivo por el cual el sacrificio irrestricto y la subordinación incondicional se convirtieron en los dos rasgos característicos de estos regímenes.

La tercera dimensión del modelo analítico de Žižek supone:

> la autolimitación, la autodispersión, la desintegración de la noción de ideología; él en y para sí hegeliano, que ilustra Žižek a partir de la vertiente que bajo la crítica a la Tesis de la Ideología Dominante (tid), supone para el autor la tercera modalidad de ideología dentro de una pretendida no ideología.[69]

Esta vertiente, aun cuando admite la vigencia de la noción ideología, supone que su alcance está restringido a dos tipos de variaciones: o bien tiene una importancia fundamental pero con un radio de acción limitado a ciertos grupos o sectores poblacionales o bien su repercusión es absolutamente marginal en términos de la reproducción social, y es esta última afirmación la que significa para los críticos de la TID una salida en falso.

Esto último se da luego de presupuesto el enunciado, acto seguido se afirma que son los elementos extraideológicos, representados por la coerción económica y los mecanismos legales y estatales, los que fungen como "cemento de la sociedad", con lo cual se niega que al interior de estos y como su principio activo, toda una red de actitudes y presupuestos implícitos, "cuasi espontáneos" constituyen un momento irreductible de reproducción de las "prácticas no ideológicas".

[67] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 21.

[68] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 23.

[69] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 24 y ss.

Si los mecanismos ideológicos funcionan, como es evidente que lo hacen, es porque, nos previene Žižek, se dan en el marco de una "visión de mundo" que así lo determina. Lo extraideológico, en un mundo donde los medios masivos están dialécticamente interrelacionados con el mercado, no tiene cabida: esa quizás es la conclusión que lógicamente debería seguirse de los desarrollos argumentativos de Žižek. Veamos, sin embargo, cuál es el giro que les impone en la tercera y última parte del artículo cuando, a partir de la evidencia teórica acumulada, introduce dos nociones: antagonismo y espectro.

¿Entonces aún puede invocarse la noción de ideología con la convicción que ella tendrá algún valor cognitivo? ¿Es posible designar un *topos* extraideológico gracias al cual calificar la ideología dentro de la realidad? Quizá la respuesta negativa más fuerte es la obtenida a partir del análisis del discurso, porque asume que no se puede aislar una realidad extraideológica, afirmando que por el contrario todo lo que tenemos es una pluralidad de "ficciones simbólicas", de "universos discursivos" que imposibilitan demarcar la línea fronteriza realidad / ideología.

Reconociendo, sin embargo, que en el centro de lo que denominamos realidad opera la ideología, Žižek propone mantener vigente la tensión que posibilita la crítica de esta. Para hacer frente a la problematicidad que surge fruto de la capacidad omniabarcadora del término ideología, Žižek hace dos afirmaciones.

Primero, introduce la imagen del "lugar vacío":

> La ideología no es todo, es posible suponer una posición que nos permita mantener una distancia con respecto a ella, pero este lugar desde el que se puede denunciar la ideología debe permanecer vacío, no puede ser ocupado por ninguna realidad definida positivamente.[70]

La antinomia de la razón crítico-ideológica no se resuelve desde la matriz interior-exterior o adentro-afuera, no es posible mantenernos en una lógica dual o diádica y resolver la dicha antinomia, que en palabras de Žižek traduce:

> La oposición entre la ideología en cuanto universo de la experiencia "espontánea" (*vecu*), cuyo poder solo podemos quebrar por medio de un esfuerzo de reflexión científica, y la ideología en cuanto máquina radicalmente no espontánea que distorsiona la autenticidad de nuestra experiencia vital desde afuera.[71]

Althusser reconoce que la ideología es primordialmente una relación espontánea con el universo, en su giro autocrítico que lo acerca a Marx, y plantea que

[70] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 26.

[71] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 28.

"la ideología no surge de la 'vida misma', llega a la existencia solo en la medida en que la sociedad es regulada por el Estado", con lo que concretamente supera el planteamiento representacionalista que asume la problemática de la ideología como una ecuación realidad-falsa percepción-ilusión[72].

Y es el terreno que surge a propósito de esta fusión el que le permite afirmar a Žižek, en clara coherencia con su desarrollo argumentativo, que si la ideología no es falsa representación por oposición a una "realidad", el fundamento de la crítica debe entonces buscarse en la ideología de la ideología.

Esta se define siempre por contraste con una "mera ideología", ya que la "realidad en sí", como la "cosa en sí", no existe,

> la realidad está ya-desde siempre simbolizada, constituida, estructurada por mecanismos simbólicos, y el problema reside en el hecho de que esa simbolización, en definitiva, siempre fracasa, que nunca logra "cubrir" por completo lo real, que siempre supone alguna deuda simbólica pendiente, irredenta.[73]

Tenemos entonces, aparentemente, una antinomia: de una parte, el reconocimiento de que la ideología no lo es todo, que es posible imaginar un "lugar vacío" desde el cual ejercer la crítica de la ideología. De otra, la afirmación que la "realidad en sí", como "cosa en sí" no existe, pues llega a nosotros simbolizada, constituida y estructurada por diversos mecanismos ideológicos que hacen que la línea de demarcación entre la realidad y la ideología se esfume.

¿Cómo entonces reconocer a partir de estos presupuestos el lugar vacío desde el cual es posible la crítica de la ideología? Žižek, recurriendo a Derrida, introduce en su constructo la categoría "espectro", con la que quiere señalar que si bien la realidad está ya-desde siempre constituida, estructurada simbólicamente, existe por otra parte y como su condición de posibilidad el complemento espectral.

Acudiendo a los *Espectros de Marx* de Derrida la pregunta que se impone es ¿por qué el espectro es sentido en ambos casos como una amenaza? ¿Cuál es el tiempo y cuál es la historia de un espectro? ¿Hay un presente del espectro? ¿Ordena el espectro sus idas y venidas según la sucesión lineal de un antes y un después, entre un presente-pasado, un presente-presente y un presente-futuro, entre un tiempo real y un tiempo diferido?

Si hay algo como la espectralidad, hay razones para dudar de este tranquilizado orden de los presentes y sobre todo de la frontera entre el presente, la realidad actual o presente del presente y todo lo que se le puede oponer: la au-

[72] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 29.

[73] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 31.

sencia, la no presencia, la inefectividad, la inactualidad, la virtualidad o incluso el simulacro en general, etc.

Retomando la idea, no hay realidad sin un excedente, "el núcleo preideológico de la ideología consiste, entonces, en la aparición espectral que llena el hueco de lo real". Cabe decir, el núcleo preideológico, pero también el lugar de la crítica que está en la ecuación real-realidad mediada por el espectro. Este último señala el vacío de lo real que ha quedado después de sustraer de la realidad "lo real", lo irrepresentable y reprimido que hay en ella.

La realidad simboliza, oculta el hecho traumático que se constituye en la verdadera fuente de poder, de autoridad. Recordemos el ejemplo que en nota de pie de página Žižek trae a colación sobre las hermandades de las universidades estadounidenses: si es posible representarnos, escenificar una sociedad liberal, es porque de manera clandestina u oculta múltiples formas organizativas recrean-reactualizan el orden y la autoridad a partir de la trasgresión, el abuso de poder y la ilicitud.

Lo real en la lucha de clases es el antagonismo, aquello que hubo de ser excluido para que la "realidad social" pudiera emerger sólida e imperturbable. Se trata del núcleo preideológico de la ideología que pretende ser borrado, diluido en la fenoménica social, pero que también es el suelo propicio para la crítica, su fundamento, pues es a través de su reconocimiento como se visualiza el terreno que ha de ser disputado en la lucha por la hegemonía[74].

El antagonismo es lo real reprimido de la realidad social y en su dimensión espectral nos urge a pensar la contemporaneidad del presente desde un juego de tiempos que involucra la ausencia presencial de todo fenómeno social. En otras palabras, desde la concepción del tiempo en la totalidad social hegeliana, es la conjugación del pasado, el presente y el futuro en la contemporaneidad del presente justamente para negarla.

Muerte y resurrección de la ideología: Laclau

En líneas introductorias, Laclau retoma lo que Žižek había desarrollado en *Ideología. Un mapa de la cuestión* respecto de la imposibilidad de establecer o identificar un punto extradiscursivo a partir del que pudiéramos visualizar la distorsión o falsedad ideológica.

Sin embargo, Laclau reintroduce la imposibilidad de tal operación ya que, siguiendo los planteamientos de un análisis del discurso, "[l]os movimientos retórico-discursivos de un texto son irreducibles y que, como consecuencia, no hay un fundamento extradiscursivo a partir del cual una crítica de la ideología podría

[74] Slavoj Žižek, "El espectro de la ideología", 32.

iniciarse"[75]. Esto es lo que en las teorías contemporáneas de la ideología representa la inflación de tal concepto y su pérdida de valor cognitivo.

Dos efectos se siguen de este planteamiento, según Laclau: primero, "[t]odos los discursos que organizan las prácticas sociales están al mismo nivel y son, a la vez, inconmensurables los unos con los otros"; y segundo, "[n]ociones tales como 'distorsión' y 'falsa representación' pierden todo sentido"[76].

Aceptar estas dos consecuencias teórico-analíticas nos lleva a desconocer las dos direcciones en las que una crítica de la ideología habría avanzado y que traen cada una resultados contradictorios. La primera de estas es denominada por Laclau como positivismo y objetivismo de nuevo cuño, pues para él lo que antes era denunciado como positivismo naturalista en el terreno de la crítica de la ideología de ascendiente marxista es ahora un positivismo fenomenológico.

Frente al punto de vista extradiscursivo reclamado por el marxismo clásico se yergue ante nosotros una positividad discursiva que da por descontada la existencia de una miríada de discursos inconmensurables los unos respecto de los otros.

La segunda dirección se da al denunciar la imposibilidad de un punto de vista extradiscursivo, Laclau rastrea un desplazamiento en la noción de distorsión, que se convierte en la herramienta a través de la cual se busca el desmantelamiento de todo acto metalingüístico.

Es decir, para Laclau la proposición de un punto de vista extradiscursivo es la operación ideológica por antonomasia. "Lo que es nuevo en este desmantelamiento es que lo que constituye ahora una representación distorsionada es la noción misma de cierre extradiscursivo"[77], y para ejemplificar este punto de vista Laclau se detiene en la teoría althusseriana de la ideología.

Altusser propone que la ideología es eterna, pues para él "los mecanismos que producen al sujeto a través del no reconocimiento están inscritos en la esencia misma de la reproducción social […] No tenemos posibilidad de escapar al juego especular que la interpelación ideológica implica"[78].

Una vez avanzado este planteamiento aduce, sin embargo, que la ideología se constituye a sí misma como objeto debido a su oposición a la ciencia: "la determinación de la distorsión que las representaciones ideológicas acarrean, el carácter alienado del sujeto, dependen del conocimiento que el analista tiene de lo que la reproducción social realmente es, una comprensión del mecanismo especular"[79].

Sin embargo, al aceptar que el no-reconocimiento es constitutivo, necesario

[75] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", en *Misticismo, retórica y política* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006), 9-56.

[76] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 12.

[77] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 14.

[78] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 15.

[79] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 16.

a toda configuración social, Althusser niega el *topos* metalingüístico que suponía la afirmación de la objetividad de la ideología por contraposición a la ciencia, abriendo a su vez un terreno enorme de problematicidad que Laclau intentará develar a partir de sus propios presupuestos, el cual inicia con la enunciación de la distorsión como constitutiva de la objetividad social.

¿Qué posibilidades lógicas abre una figura antinómica como la de distorsión constitutiva? Pues si bien se postula un sentido primario/originario que ha de ser traicionado en la distorsión, al ser esta constitutiva niega sus propios presupuestos. Laclau afirma que:

> la única posibilidad lógica de mantener a la vez estas dos dimensiones aparentemente antinómicas es si el sentido original es ilusorio y la operación distorsiva consiste precisamente en crear esa ilusión —es decir, es proyectar en algo que es esencialmente dividido la ilusión de una plenitud y auto-transparencia que están ausentes—.[80]

La operación distorsiva consiste, según Laclau, en proponer un cierre, una autotransparencia que es ilusoria: "la noción misma de un cierre metafísico debe ser puesta en cuestión". La distorsión implica una proyección de unidad y transparencia allí donde no existe y es justamente un acto de ocultamiento que arroja en principio dos consecuencias.

La primera, en cuanto presencia de una ausencia, pues dado que en realidad la operación de cierre no es real, se da como una proyección en un contenido particular que, sin embargo, solo pretende el cierre sin lograrlo jamás, de allí su imposibilidad estructural, su falta de plenitud y, aunque ello es así, esta imposibilidad traducida en la proyección se hace necesaria por cuanto la fijación de sentido se hace sobre esta, sobre una ilusión.

Toda identidad adquiere su coherencia a partir de que este presupuesto de cierre posible.

> En otras palabras, la operación de cierre es imposible pero al mismo tiempo necesaria; imposible en razón de la dislocación constitutiva que está en la base de todo arreglo estructural; necesaria, porque sin esa fijación ficticia del sentido, no habría en absoluto sentido.[81]

Es justamente esta dialéctica entre necesidad e imposibilidad la que se erige como el terreno propicio para la emergencia de la ideología.

---

[80] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 17.

[81] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 19.

La segunda consecuencia de esta problemática abierta por la noción de distorsión constitutiva es que al no poseer un contenido propio, el cierre se encarna en un objeto particular que en la misma operación de encarnación se deforma sin llegar a perder del todo sus rasgos característicos, su "identidad".

Tenemos entonces que la función de cierre, siendo ilusoria, se proyecta en objetos que a partir de sus propios elementos constitutivos pasan a encarnar el cierre, la plenitud de la totalidad social. Laclau plantea el ejemplo de la nacionalización de la industria en un país del Tercer Mundo para demostrar cómo se produce la relación de dislocación-encarnación. Dice el autor que mientras esta nacionalización se muestra como mera administración de la economía nacional, como un conjunto de medidas estrictamente económicas, permanecen en los límites de un sistema de ideas, fuera del ámbito de lo ideológico. Sin embargo, una vez superado este umbral, la "nacionalización económica" pasa a representar un algo más diferente de sí mismo, que anuncia el giro ideológico.

La nacionalización económica se convierte en un significante vacío en cuanto acepta una relación de equivalencia con contenidos particulares, diferentes a su nominación original. Además, pasa a significar al mismo tiempo la "emancipación de la dominación extranjera, la eliminación del despilfarro capitalista, la posibilidad de justicia social para sectores tradicionalmente excluidos"[82]. En suma, la posibilidad de constituir a la comunidad como un todo coherente.

Este objeto imposible —la plenitud de la comunidad— aparece así como dependiendo de un conjunto particular de transformaciones históricas. Este es el efecto ideológico *strictu sensu*: la creencia en que hay un ordenamiento social particular en el que la armonía y la coherencia de la totalidad social por fin son alcanzados, siendo la ausencia de no-reconocimiento para la tradición marxista, la emancipación.

Pero por lo que hasta aquí se ha dicho queda claro que una teoría contemporánea de la ideología impone límites serios a la noción misma de cierre extra-discursivo o autotransparencia de las relaciones sociales, y ello en cuanto la operación requiere la positividad e inteligibilidad de un punto ubicado más allá de las prácticas sociales y discursivas.

El constructo de Laclau nos dota de elementos tales que nos posibilitan la comprensión del momento distorsivo como constitutivo de cualquier configuración social y para ello desarrolla, hasta lo que aquí se ha expuesto, dos momentos: primero, el distorsivo en cuanto tal, que desarrolla analíticamente las posibilidades lógicas abiertas por una proposición antinómica como esta; segundo, a propósito de la cual y como su condición de posibilidad nos comparte su noción de cadena de equivalencia, que es propiamente la forma que asume la distorsión. Un contenido equivale a otros diferentes de sí mismo, lo cual posibilita el efecto ilusorio que conlleva el cierre.

[82] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 23 y ss.

Para que estas dos nociones sean analíticamente posibles y potencialmente explicativas, Laclau señala otros tres componentes: la función deformación-encarnación, la significante vacío y la significante flotante.

Si la deformación o distorsión constitutiva tiene lugar es porque de ella se presupone, además de un carácter ilusorio que se proyecta en un objeto particular (objeto discursivo), una operación de encarnación por cuanto lo proyectado busca para su eficaz representación un cuerpo pasible de encarnación. Ello, sin embargo, no logra anular los rasgos privativos de la identidad del cuerpo encarnante, sino que al decir de Laclau, los subvierte a partir de y gracias a la cadena de equivalencia.

Pero a su vez, si la emergencia de una cadena de equivalencia es posible, ello se debe quizás, y haciendo una lectura escueta de los presupuestos de Laclau, a que existen dos entidades llamadas significantes vacíos y significantes flotantes, que son dos caras de la misma operación discursiva.

Verdad, justicia y democracia son, desde esta perspectiva, significantes flotantes y tendencialmente vacíos: lo primero en cuanto pueden hacer parte indistintamente de cadenas discursivas diversas y hasta opuestas. Tómese por caso el ejemplo que nos comparte Laclau, respecto de la voz "democracia" que puede hacer parte de un discurso antifascista radical, anticomunista conservador o liberal.

Sucede lo mismo con las voces "verdad" y "justicia" cuando para expresar su propio punto de vista retoma un libro de Michael Walzer en el que él relata su experiencia respecto de una transmisión televisiva en la que un conglomerado de gente en Praga porta carteles con tales palabras.

Si es posible compartir la experiencia que suscitan estas dos alusiones en espacios geográficos y culturales tan distantes, es porque fungen a la vez (pero tal vez no de manera simultánea) como significantes vacíos, pues están prestos a llenarse de múltiples contenidos, y como flotantes, dependiendo de la articulación que alcancen finalmente en un orden discursivo dado.

"El flotamiento de un término y su vaciamiento son las dos caras de la misma operación discursiva"[83]. Hay significantes flotantes porque en ellos está inscrita potencialmente la vacuidad, es decir el significante vacío. Para que el flotamiento sea posible, la relación entre significante y significado tiene ya que ser indefinida. Si el significante estuviera estrictamente adherido a un solo significado, ningún flotamiento podría tener lugar. Es decir, que el flotamiento requiere una vacuidad tendencial.

> Todo esto conduce a una conclusión inevitable: entender el trabajo de lo ideológico dentro del campo de las representaciones colectivas es lo mismo que entender esta lógica de la simplificación

[83] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 27.

> del terreno social que hemos denominado "equivalencia" y sus dos operaciones centrales: "el flotamiento" y el "vaciamiento".[84]

Alienación, ideología y posmodernidad

En lo que sigue quisiera recuperar tres perspectivas que el problema de la alienación y la ideología —que en este punto se entrecruzan— han tenido en el último siglo. En primer lugar, la perspectiva terapéutica que pone inicialmente el acento en los procesos de enajenación psíquica, su impacto en las estructuras de personalidad y, finalmente, en esa epidemia social que es el narcisismo en la sociedad posmoderna.

Posteriormente, siguiendo cierto orden de aparición en el abordaje conceptual de la problemática, la perspectiva filosófica que apuesta ya a una caracterización no solo del problema sino a la exploración y proyección de soluciones, al menos en términos negativos al precisar acertadamente las verdaderas condiciones que habría que enfrentar para la concepción de estas.

Por último, la perspectiva sociológica que, a mi modo de ver, enmarca objetivamente la problemática en la sociedad posmoderna, es decir, en el contexto de los procesos de globalización que se van subsumiendo en el mundo entero permite acercarse a una caracterización de las implicaciones sociales concretas que tanto la alienación como la ideología connotan sociológicamente.

La perspectiva terapéutica: Reich, Marcuse y Lowen

En dirección análoga apuntan los diagnósticos de Reich y Lowen e, indirectamente, Marcuse. El análisis del carácter de Reich y sus estudios sobre la función del orgasmo ponen de presente un carácter que el capitalismo y, posteriormente, el posfordista, impondrá como el tipo caracterológico por excelencia: el fálico narcisista, tanto para hombres como para mujeres.

En esa línea, los estudios de Lowen, profundizando en Reich, pondrán de presente como rasgo caracterológico preponderante en los tiempos actuales el del narcisismo, lo que coincide con las reflexiones de pensadores y sociólogos sobre el individuo y los procesos de individuación en las sociedades posmodernas.

Para Reich, los estudios de la función dinámica y del significado de las reacciones caracterológicas revelan que el carácter es en esencia un mecanismo de protección narcisista. Así como durante la situación analítica sirve como protección para el yo, así también se desarrolló en otras épocas como mecanismo de protección contra los peligros.

---

[84] Ernesto Laclau, "Muerte y resurrección de la teoría de la ideología", 27.

Si se remonta el análisis de carácter al periodo de la formación definitiva del carácter, esto es, a la fase edípica, encontraremos que el carácter se formó bajo la influencia del amenazante mundo exterior y de los impulsos instintivos que luchaban por su expresión. La necesidad de reprimir las demandas instintivas da origen a la formación del carácter[85].

Así pues, son dos los principios fundamentales de la formación del carácter: evitar la angustia y su absorción. Empero, existe un tercero: el principio del placer. La formación del carácter se pone en movimiento, con el propósito de evitar los peligros implicados en la gratificación de los instintos. Una vez formado el carácter, sin embargo, el principio del placer trabaja en el sentido de que sirve no solo a finalidades defensivas sino también a una disfrazada gratificación de los instintos.

Los impulsos no consumidos en la formación del carácter luchan por su gratificación directa, a menos de reprimírselos. La índole de la gratificación directa está determinada por la forma del carácter. Responder cuáles impulsos son usados para la formación del carácter y a cuáles se permite gratificación directa determina no solo la diferencia entre salud y enfermedad, sino también entre los diversos tipos de carácter. En términos generales, el yo (ego) forma el carácter haciéndose cargo de cierto impulso que había sido reprimido y usándolo como defensa contra otro impulso.

La cualidad final del carácter se determina en dos formas. Primero, cualitativamente, según la etapa del desarrollo libidinal en el cual el proceso de formación del carácter recibió las influencias más decisivas, en otras palabras, según el punto específico de fijación de la libido.

De conformidad con eso, se distinguen caracteres depresivos (orales), masoquistas, genital-narcisistas (fálicos), histéricos (genital-incestuosos) y compulsivos (fijación sádico-anal). Segundo, cuantitativamente, según lo que Reich denomina la economía libidinal que, a su vez, depende de los factores cualitativos. La determinación cualitativa de la forma caracterológica podría denominarse histórica y la cuantitativa, actual.

Si la coraza caracterológica supera cierto grado, si en su formación se han usado la mayoría de los impulsos que normalmente sirven al contacto con la realidad, si con ella ha disminuido considerablemente la posibilidad de gratificación sexual, están dadas todas las condiciones para la formación de un carácter neurótico. El genital, en cambio, alterna entre la tensión libidinal y la adecuada gratificación libidinal; esto es, posee una economía ordenada de la libido. La expresión "carácter genital" se justifica porque solo la primacía genital y la potencia orgásmica (también determinada por una estructura de carácter definido) garantizan una economía libidinal ordenada.

[85] Wilhelm Reich, "Carácter genital y carácter neurótico", en *El análisis del carácter* (Buenos Aires: Paidós, 1978), 171-200.

Con respecto a sus diferencias cualitativas, el carácter genital y el neurótico son tipos ideales. Los caracteres reales son tipos mixtos y la posibilidad de una buena economía libidinal depende de los grados de mezcla.

El primer obstáculo que se encuentra al tratar de moldear ciertas conductas patológicas reside en el ser total del paciente, en su carácter, afirmaba Reich. En el tratamiento terapéutico, la coraza caracterológica se hace sentir en forma de resistencia caracterólogica, y es sobre esta, antes que en la misma interpretación del inconsciente, donde debe dirigirse la actividad del terapeuta. Descubrir y eliminar estas resistencias, musculares e inconscientes, es la tarea del analista.

Sin embargo, las personas reaccionan con odio intenso a cualquier intención de perturbar el equilibrio neurótico mantenido por su coraza. Esa inevitable reacción se manifiesta como el mayor obstáculo en el camino de la investigación de la estructura caracterológica. Empero, la destructividad nunca se libera, sino que siempre es encubierta por actitudes caracterológicas opuestas.

Cuando las situaciones de la vida exigen en cambio consideración, amabilidad, sujeción, falsa modestia, o sea, toda suerte de rasgos caracterológicos que gozan de estima como virtudes humanas y que incuestionablemente paralizan toda acción racional, todo impulso activo y vivo del individuo[86].

Los estratos del carácter son comparables, pues, a los geológicos o arqueológicos que, análogamente, son historia solidificada. Un conflicto activo en cierta época de la vida deja sus huellas en el carácter en forma de rigidez. Funciona automáticamente y es difícil de eliminar. El individuo no la siente como algo extraño a sí mismo sino, a menudo, como algo rígido e inflexible, o como la pérdida o disminución de la espontaneidad.

Cada uno de esos estratos de la estructura del carácter es un trozo de historia viva que está conservado en otra forma y continúa activo. Aflojando esos estratos, los viejos conflictos pueden ser reavivados. Estos pueden funcionar automáticamente formando una unidad compacta difícil de penetrar, semejando una coraza que rodea al organismo vivo. Esa coraza puede ser superficial o profunda, blanda como una esponja o dura como el acero. Su función esencial consiste en proteger contra el displacer.

Por esto, una determinada estructura psíquica es al mismo tiempo una determinada estructura biofísica, y, por tanto, aflojando las actitudes caracterológicas crónicas podemos producir reacciones en el sistema vegetativo. Esta irrupción en el dominio vegetativo es tanto más completa y potente cuanto más a fondo sean tratadas no solo las actitudes del carácter sino también las musculares correspondientes[87].

---

[86] Wilhelm Reich, "Coraza caracterológica y resistencia caracterológica", en *El análisis del carácter*, 62-128. Véase también: Wilhelm Reich, "La coraza caracterológica y los estratos o capas de los mecanismos de defensa", en *La función del orgasmo* (Bogotá: Editores Asociados, 1977), 114-225.

[87] Wilhelm Reich, "Placer, angustia, cólera y coraza muscular", en *El análisis del* carácter, 346-357.

De allí que parte de la labor terapéutica se desvía de lo psicológico y caracterológico hacia la disolución inmediata del acorazamiento muscular. La rigidez contiene la historia y el significado de su origen. No es necesario deducir, a partir de los sueños o asociaciones, la forma en que se desarrolló la coraza muscular; antes bien, la coraza misma es la forma en que la experiencia infantil pervive como agente perjudicial.

La neurosis no es en modo alguno únicamente la expresión de un equilibrio psíquico perturbado: es la perturbación crónica del equilibrio vegetativo y de la motilidad natural. El trabajo de análisis del carácter sobre las capas de las incrustaciones caracterológicas es tanto más eficaz cuanto más completamente disuelva las actitudes musculares correspondientes.

Las inhibiciones psíquicas solo ceden ante el aflojamiento directo de las tensiones musculares, o, en otras palabras, de su expresión corporal. La rigidez de la musculatura es el aspecto somático del proceso de represión y la base para la continuación de su existencia.

El tratamiento orgonterápico de las actitudes musculares está entrelazado en forma muy definida al trabajo sobre las actitudes caracterológicas. En modo alguno reemplaza al análisis del carácter, antes bien, lo complementa. La coraza de este y la muscular son completamente idénticas. Las actitudes del carácter pueden disolverse mediante la disolución de la coraza muscular y, a la inversa, las actitudes musculares mediante la disolución de las peculiaridades del carácter[88].

Intermedio entre la reflexión psicoanalítica de Reich y la de Lowen, Marcuse, continuando los desarrollos de la Escuela de Frankfurt, en especial los del periodo del exilio cuando decide permanecer en Estados Unidos, contrario a Horkheimer y Adorno que regresan a Alemania en el lustro inmediato después de la Segunda Guerra Mundial, se adentra de manera sistemática en una exploración del psicoanálisis entablando con la obra de Freud un enriquecedor diálogo en torno a su teoría de la cultura, con derivaciones directas sobre el problema de la alienación[89].

La tesis central de Marcuse es que la civilización se fundamenta en una represión permanente de los instintos humanos. Ello conduce, en la misma línea en que Horkheimer y Adorno lo habían señalado en *Dialéctica de la Ilustración*, a un paulatino sacrificio libidinal, que subordina a la esfera disciplinada del trabajo todas las actividades humanas.

Estos limitantes sociales y biológicos son la condición del progreso cuyo precio, en últimas, es no solo la supeditación del principio de placer al de realidad, sino la transformación de este en principio de realidad. Con esto, Marcuse

[88] Wilhelm Reich, "Actitud muscular y expresión corporal", en *La función del orgasmo*, 233 y ss.

[89] Herbert Marcuse, *Eros y civilización*, 1981.

confronta directamente la interpretación de Freud que oponía ambos principios y para quien la oposición era perpetua[90].

Por el contrario, Marcuse considera la oposición propia de una formación histórico-social determinada. El inconsciente conserva la pulsión hacia una satisfacción plena, liberada de la necesidad y la represión. En los ensueños y la imaginación se proyectan las verdades que pueden liberar al hombre de la disciplina instrumental. Incluso, la alienación del trabajo aumenta paradójicamente el potencial liberador, en la medida en que el individuo lo siente como una carga y aprende a reconocerlo como tal.

Adicionalmente, el progreso tecnológico genera las condiciones de posibilidad para la liberación del tiempo libre, que constituye un medio para la dar libertad a las potencialidades emancipatorias de la humanidad. Solo un *eros* liberado puede reconciliar la naturaleza con la civilización. Tal es, en apretada síntesis, para Marcuse, la tendencia objetiva hacia la que se dirige la sociedad históricamente.

Pero *eros*, precisamente, se halla dominado y sometido al principio de realidad. Ha sido reducido a una sexualidad disciplinada y reprimida. Sexualidad y erotismo se oponen diametralmente, pues la primera está sometida a las condiciones instrumentales del capitalismo y del socialismo autoritarios.

Esta instrumentalización del ser humano ha conducido a una disciplinización de su sexualidad que lo aleja de un erotismo natural y lo somete a la genitalización de esta. La dimensión del erotismo se aliena del ser humano y en su reemplazo una sexualidad genitalizada se impone y se apodera de aquel. La alienación de sí mismo no se da solo en la conciencia sino en la sexualidad misma.

Lowen se basa en los análisis del carácter de Reich —representante del psicoanálisis de izquierda a partir de la década de los veinte— y su tipología del carácter fálico-narcisista para derivar de allí, en su obra última, la incidencia que el narcisismo tiene en la vida de las sociedades tardío-capitalistas como una deformación de la personalidad donde la imagen no solo se aliena del individuo sino que se apodera de su personalidad, lo que genera trastornos no solo neuróticos sino, igualmente, psicóticos que hoy por hoy caracterizan las desviaciones psíquicas y psicológicas de las personas en las sociedades contemporáneas[91].

En esencia, los planteamiento de Lowen sobre el análisis del carácter profundizan los de Reich con dos diferencias tangenciales: la primera es que no cae en el pansexualismo, que a decir de sus críticos había caracterizado las investigaciones de Reich en su periodo final[92] y, segundo, amplía el espectro de caracteres

[90] Giovanni Reale y Dario Antiseri, "Herbert Marcuse y el gran rechazo", en *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. III (Barcelona: Herder, 1988), 748-752.

[91] Véanse: Wilhelm Reich, "Carácter genital y carácter neurótico" y "El carácter fálico-narcisista", en *Análisis del carácter*, 171-192; 212-219; y Alexander Lowen, *Narcissism: Denial of the True Self* (London: Collier Books, 1985).

[92] Véase: Alexander Lowen, *Love and Orgasm* (New York: Collier Book, 1965).

que Reich había abordado, incluyendo de manera sistemática el pasivo-femenino, el esquizofrénico y el esquizoide, y contemplando igualmente los caracteres clásicos del oral, el masoquista, el histérico, el pasivo-femenino y el fálico-narcisista[93].

El desarrollo de las investigaciones terapéuticas de Lowen lo lleva, sin embargo, en su estudio de los diferentes caracteres y, en general, de las patologías psíquicas y psicológicas que clínicamente se ve confrontado a manejar, como terapeuta que es, y de cuyo ejercicio infiere sus observaciones y conclusiones correspondientes, que la época actual parecería caracterizarse por el predominio de un rasgo caracterológico específico, derivado sin duda del carácter fálico-narcisista, como es el del narcisismo[94].

En este estudio, que coincide cronológicamente con los de Lipovesky, Baudrillard, Beck y Bauman, situados en Europa, Lowen aborda el fenómeno del narcisismo mostrando la forma generalizada en que se expresa hoy en día como un disturbio de la personalidad en las sociedades contemporáneas, particularmente en Estados Unidos.

El narcisismo es, prácticamente, una epidemia social que todo el contexto histórico, sociológico y cultural del capitalismo avanzado ambienta y propicia entre las personas de todas las sociedades. Es la exacerbación del individualismo que, al contrario de lo que muchos consideran como un fenómeno natural sin mayores consecuencias, genera trastornos psíquicos y psicológicos de envergadura social que no pueden ser simplemente obviados como meras desviaciones individuales.

Aquí se expresa en toda su magnitud lo que la tradición marxista en general, pero en especial autores como el joven Marx, Heller, Horkheimer, Adorno, Habermas y Schaff han definido como la alienación de sí mismo en las sociedades capitalistas.

El "disturbio narcisista" se manifiesta en toda una serie de patologías neuróticas que Lowen aborda sistemáticamente en sus diferentes expresiones caracterológicas, que incluso pueden ser interpretadas como estadios de este desorden: el carácter fálico-narcisista (común a hombres y mujeres), el narcisista, la personalidad limítrofe, la psicopática y la paranoide, son todos perfiles donde el "espectro" del narcisismo se rastrea. En los casos extremos podemos observar cómo se pasa del tipo caracterológico propio del individuo a desviaciones paranoides y psicopáticas complejas y delicadas[95].

Toda una serie de rasgos va paulatinamente evidenciando esta progresiva alienación de sí mismo. El narcisismo exagerado, el sentimiento de grandiosidad, la carencia de sentimientos, de sentido de sí mismo y, finalmente, de contacto

[93] Alexander Lowen, *El lenguaje del cuerpo* (Barcelona: Herder, 1995).

[94] Alexander Lowen, *Narcissism*, 1985.

[95] Alexander Lowen, "A Spectrum of Narcissism", en *Narcissism*, 1-24.

con la realidad se antojan etapas que lentamente se agotan y que nos llevan de la desviación neurótica, socialmente aceptable, hasta el episodio psicótico en el cual nos enajenamos mentalmente por completo.

Entonces, ¿cuál es el fundamento de este narcisismo progresivo que, además, se ha apoderado de la sociedad en su conjunto? Es la preponderancia de la imagen sobre cada cual, la importancia de las apariencias sobre lo auténtico, la necesidad de ser aceptado en los términos en que la sociedad puede aceptarnos y no en lo que espontánea y sinceramente somos.

La imagen se apodera de cada uno hasta el punto en que se aliena de nosotros y se vuelve un espectro que nos domina y al cual nos sometemos. Esta concentra un superyó social sobredimensionado y excesivo que nos impone sus prejuicios y precomprensiones, sus pautas y actitudes, hasta que terminamos siendo víctimas de nuestra imagen alienada. La represión de nuestros sentimientos que ello provoca es la principal manifestación de su dominio y el origen del disturbio narcisista que empieza por ser solo neurótico y puede terminar en la psicosis. Tal es la condición de nuestros tiempos[96].

La perspectiva filosófica: Baudrillard, Lipovesky y MacIntyre

En esa dirección apuntan los diagnósticos de Lipovesky y Baudrillard, desde el pensamiento francés, y de MacIntyre, desde la filosofía moral escocesa, entre otros. Lo interesante es que desde dos orillas opuestas, en la medida en que los dos primeros observan la sociedad posmoderna desde una perspectiva postilustrada y el segundo, por el contrario, lo hace desde una óptica premoderna, coinciden en muchos casos en su diagnóstico de la sociedad moderna, en especial en lo que se refiere al individualismo y sus consecuencias. Lipovesky y Baudrillard orientan su reflexión hacia los contornos de la cultura política posmoderna, sustancialmente.

Lipovetsky explora las profundidades de ese individualismo exacerbado que se ha tomado a las sociedades tardío-capitalistas, para mostrar su carácter superficial, efímero e hiperegoísta[97], sujeto a los vaivenes de los medios y la cultura masificantes y homogeneizadores, preso de lo que alguna vez Ágnes Heller denominara la "ideología del momento" y que, parafraseando a Jameson, podríamos denominar la "apoteosis de la sensiblería", ese querer experimentar emociones nuevas y cada vez más fuertes, sin ataduras morales ni compromisos sociales, libre frente a cualquier noción de responsabilidad y orgulloso de una falta total de conciencia frente a las consecuencias de las propias acciones, salvo las directamente legales[98].

[96] Alexander Lowen, "The insanity of our times", en *Narcissism*, 196 y ss.

[97] Este apartado se ha basado en el libro de creación colectiva de Óscar Mejía Quintana, *et al*., *El postestructuralismo en la filosofía política francesa contemporánea* (Bogotá: Unibiblos, 2004).

[98] Fredric Jameson, *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado* (Barcelona: Paidós, 1991), 9-60.

Para el autor, el individualismo contemporáneo se ve reflejado en un proceso de personalización determinante para la sociedad y el individuo contemporáneo. En efecto, Lipovetsky realiza una radiografía de la sociedad donde el individualismo constituye una de sus características más significativas, lo que genera una serie de consecuencias que van desde lo que él denomina neonarcisismo hasta la indiferencia y que desemboca inevitablemente en la consagración de un proceso de personalización o neoindividualismo[99] análogo al expuesto por Beck.

Se define como neoindividualismo porque ya no se trata del individualismo moderno, sino de un proceso enmarcado por sucesos tan paradójicos y contundentes como la imposición del individuo sobre la soberanía y el poder del Estado. El individualismo impone incluso la moda como elemento de debate intelectual, pues esta pone de presente los dispositivos en los que se repite la lógica individualista y que consolidan al mismo individualismo en su evidencia ideológica: lo efímero, la seducción, propios de aquella, se proyectan a la consideración de la política y la cultura. La persona se aliena en el hiperindividualismo narcisista propio de las sociedades liberales avanzadas, y cae en el imperio de la superficialidad, de lo momentáneo, del disfrute del momento, obviando su propia humanidad[100].

Baudrillard analiza la proyección política de este individualismo en su faceta ambigua y dual. La posmodernidad propicia una eclosión de nuevas subjetividades pero, al mismo tiempo, las encadena a las figuras paradójicas del "obsceno, el rehén, el obeso"[101] que las despolitizan y desmovilizan, sujetándolas a un dominio que no por sutil es menos asfixiante y hegemónico. Este proceso de subjetivación se refleja en la sociedad: la realidad ha sufrido un proceso de transformación radical a consecuencia de la nueva cultura de consumo. Las personas gastan gran parte de su tiempo utilizando y consumiendo medios de comunicación donde los "intercambios personales" se encuentran mediados por "máquinas inteligentes"[102].

Baudrillard llama a esta nueva cultura "hiperrealidad". El lenguaje se convierte en una "simulación", las personas no se comunican "cara a cara" o por es-

[99] Gilles Lipovetsky, "Narciso o la estrategia del vacío", en *La era del vacío* (Barcelona: Anagrama, 1998), 49-78.

[100] Gilles Lipovetsky, "Narciso en la trampa de la posmodernidad", en *Metamorfosis de la cultura liberal* (Barcelona: Anagrama, 2003), 23-30.

[101] Términos que utiliza Jean Baudrillard para designar la simulación de la política como un fenómeno transparente en la posmodernidad, que se hace manifiesto en la obesidad (exceso de la política), rehén (chantaje por parte de la política) y obsceno (éxtasis, la exageración y la plenitud como condiciones de las sociedades posmodernas), que finalmente ocupan el lugar de la opinión y el espacio público, que mantiene a los individuos en el anonimato, asumiendo la responsabilidad de estos en y frente a la sociedad. Véase: Jean Baudrillard, "Figuras de la transpolítica", en *Las estrategias fatales* (Barcelona: Anagrama, 1997), 75-120.

[102] Jean Baudrillard, "Figuras de la transpolítica", 78.

crito, su intercambio es mediado electrónicamente. Los medios de comunicación juegan un papel determinante en esta nueva sociedad, son ellos quienes saturan al individuo de información y construyen la realidad social globalizada.

Entender el sujeto es, ante todo, comprender la sociedad en la cual este se encuentra inmerso: en ese contexto, la transpolítica se presenta como la irrupción de la transparencia, el final del secreto, el modo de desaparición, el fin del horizonte de sentido. El sistema es sobresaturado, lo que lo obliga a moverse por inercia, y, por consiguiente, los eventos carecen de consecuencias.

Al perderse la relación entre causa y efecto, la ley pierde su significado, puesto que deja de existir la transgresión de la ley, se presentan simples infracciones menores, meras anomalías subsanables y, sobre todo, irrelevantes. Lo social carece de contenido, por eso se convierte en algo superfluo ante una producción de sentido diversa y excesiva.

Empero, cuando se cuestiona el universo de sentido todo entra en conflicto. Es así como surge un tipo de violencia que transgrede sus límites: el terrorismo, en el que se establece una nueva figura, el rehén. Nos convertimos en rehenes de nuestra propia (des)identidad. Junto con las figuras del obeso y el obsceno, desbordados por la información e indiferentes al mundo, estas características constituyen la condición del individuo posmoderno, una autoalienada, que es incluso reivindicada, anhelada y exigida por todos. La alienación se convierte en una autoalienación de la que el individuo no quiere salir, sino que reclama como condición de sí mismo.

Esta situación es atravesada por los *mass media* que asumen un nuevo rol en la sociedad, el de constructores de realidad. Sobredimensionando la información, generando un bombardeo masivo de información donde el individuo no logra definir un criterio que le permita evaluar la información que recibe, la dinámica de los *mass media* todo lo trivializa, por ello desaparece toda noción de trascendencia al quedar las diferentes dimensiones de significación subsumidas por la lógica de la publicidad, que es en últimas la del mercado.

La paradoja del cosmopolitismo moderno, sostiene Macintyre, es su creencia de que todo fenómeno cultural puede ser traducido al lenguaje de la Modernidad. La verdad es que las tradiciones son claramente incompatibles y no hay una tradición independientemente neutral desde la cual observar a las demás. El juicio moral y práctico de toda cultura es una conjunción de elementos universales e invariables con otros locales y variables[103].

Incluso las teorizaciones filosóficas, así como las intuiciones, son meras opiniones mediadas por nuestra pertenencia a una cultura. El proyecto de lograr fundamentar un orden social desde donde desligarse de la contingencia y la par-

[103] Alasdair MacIntyre, *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos* (Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2001).

ticularidad de una tradición es imposible. Este es ingenuamente universalista al tener la pretensión de ser independiente de toda tradición, pues no es más que un absurdo proyecto de filósofos que intentan vanamente emanciparse de la "tiranía" de la tradición, de la que, sin embargo, nunca pueden escapar.

En este marco, la sociedad liberal aspira —y, de hecho, lo hace— a determinar un espectro de necesidades, confiriéndoles, además, un orden jerárquico. Lo paradójico de todo ello es que la "primera persona" de esta cultura liberal se convierte, caprichosamente, en el "nosotros universal" como justificación de patrones de juicio y pautas de acción.

Además, el nosotros deviene impersonal y nace un nuevo artefacto socio-cultural: el individuo no en cuanto ciudadano como en la tradición aristotélica, ni en cuanto propietario como en la tradición anglicana de Hume, sino como individuo de la sociedad liberal. El individuo *qua* individuo, como lo sostendrá MacIntyre, deviene a un mismo tiempo dispositivo de ideologización y sometimiento y, sin embargo, como lo veremos enseguida, también como condición de resistencia y emancipación[104].

La perspectiva sociológica: Beck, Bauman y Beriain

El conflicto lo constituye la faz opuesta de este proceso, cuyos contornos sociológicos quedan planteados en lo que Bauman y Beck intentan delimitar[105]. La sociedad posmoderna ha potenciado procesos de individualización que se constituyen en fronteras irrenunciables, no solo de resistencia frente a poderes tradicionales y heterónomos, sino de expansión de la libertad y horizonte de emancipación.

La individualización se revela así con la doble cara de Jano del sometimiento y la liberación. La pregunta que se impone es si esa aparente liberación es la nueva faz de la alienación contemporánea, lo que reeditaría el viejo temor de los primeros frankfurtianos de que la razón es subsumida por el sistema incluso en sus impulsos y proyecciones liberadoras, salvo que esta vez el análisis estaría mediado por un diagnóstico que pondría en evidencia su ambivalencia y contradicción[106].

En efecto, la(s) sociedad(es) contemporánea(s) enfrenta(n) desde hace casi medio siglo —en un proceso que el derrumbe del socialismo real en 1989 aceleró— una profunda reestructuración que ha intentado ser conceptualizada desde

[104] Alasdair MacIntyre, "El liberalismo transformado en tradición", en *Justicia y racionalidad*, 311-350.

[105] Zygmunt Bauman, "Individualidad", en *La modernidad líquida* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2005), 59-98; Ulrich Beck y Elizabeth Beck, "Adiós a lo tradicional: la individualización y las libertades precarias", en *La individualización* (Barcelona: Paidós, 2003), 37-68.

[106] Lidia Girola, "Individualidad como extrañamiento y dominio" y "El individualismo en el pensamiento sociológico de fin de siglo", en *Anomia e individualismo* (Barcelona: Anthropos, 2005), 209-219; 240-270.

diferentes perspectivas "pos": postindustrial, posfordista, posliberal, poshistórica, postinternacional y posmetafísica[107].

Lo cierto es que tras estas transformaciones segmentadas se encierra lo que Lyotard intentó sintetizar con su ya famosa expresión "condición posmoderna" y que el teólogo progresista —excomulgado por el papa Benedicto XVI— Hans Küng quiso definir como un concepto heurístico de búsqueda de sentido de una nueva edad histórica que, sin duda, por estar en transición no logra ser captada con claridad[108].

En los últimos quince años esa condición ha sido abordada sistemáticamente por el pensamiento sociológico, precisamente para dar cuenta de las fracturas, transformaciones y tendencias que se vienen produciendo, las nuevas condiciones sociales que se evidencian y las subjetividades políticas que se manifiestan en tales contextos, en especial en las sociedades del primer mundo que por los procesos de globalización que se acentúan desde los noventa empiezan a hibridarse en las sociedades periféricas[109].

Efectivamente, a los modelos sociológicos clásicos que intentaban dar testimonio de la situación moderno-temprana (Weber), transicional (Parsons) y, más recientemente, moderno-tardía (Luhmann) se suman, a partir de los ochenta, estudios que pretenden caracterizar esta nueva sociedad global en toda su paradójica y etérea complejidad: Giddens, Bauman, Beck, Castells, Offe y Beriain, se acercan a sus diferentes manifestaciones intentando fijar más que una radiografía inmóvil, una secuencia de resonancias que nos revela los flujos de estas nuevas nerviosidades que constituyen la época actual[110].

Radicalizando a Luhmann, Beck sin duda es quien más ha problematizado el carácter de esta nueva sociedad global. La doble contingencia, que para Luhmann distingue la sociedad de los sistemas sociales autorreferentes cuya naturaleza autopoiética, precisamente, se justifica para hacer frente a la sociedad global que estructura su sentido a partir de su propia lógica, sin considerar las necesidades del entorno. Esto le permite a Beck caracterizarla como la *sociedad del riesgo* donde toda estructura contra-frente al riesgo-contingencia abre un frente de azar no estructurado que somete a la sociedad de sistemas a una permanente dialéctica entre la contingencia y el caos.

De esta tensión infiere Beck un diagnóstico impactante que relativiza

---

107 Véase: Fredric Jameson, *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado*, 1991; o, desde la otra orilla, Peter Drucker, *La sociedad poscapitalista* (Bogotá: Norma, 1994).

108 Hans Küng, *Teología para la posmodernidad* (Madrid: Alianza, 1989).

109 Véase: Néstor García Canclini, *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad* (México: Grijalbo, 1989).

110 Véase el estudio colectivo de Giddens, Beck, Luhmann y Bauman, en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, comp. de Josetxo Beriain (Barcelona: Anthropos, 1996).

las sesgadas lecturas weberianas en torno al advenimiento de la Modernidad como un proceso lineal y progresivo, prácticamente sin conflictos. La *teoría de la Modernidad reflexiva* pone de presente no solo la tensión que polariza a este periodo, sino la contradicción misma que lo desgarra: pues se ve confrontado por una contramodernidad, de manera tenaz y permanente, lo cual crea un universo político donde pugnan entre sí dos caras de un mismo proceso histórico, social y político.

Este universo tiene como punto de fuga —como en la conocida teoría sobre la creación del universo, denominada del Bing Bang— la eclosión de un nuevo universo con una tensión simultánea y, si se quiere, paralela, que no borra a la anterior ni la supera a la manera hegeliana sino que, por el contrario, coexiste con ella redoblando la complejidad y, en esa línea, la contingencia misma de la sociedad contemporánea: frente a la Modernidad industrial y su triunfo ambivalente y ambiguo —pues de él se alimenta la contramodernidad como proyecto opuesto— se opone ahora la Modernidad reflexiva y su aparente pretensión antisistémica, de donde Beck fundamenta lo que denomina la "reinvención de lo político"[111].

La invención de lo político es para Beck el final de la teoría de sistemas, el reconocimiento de que la política se inventa por encima o por debajo de los sistemas y que no existe ni puede existir en la burbuja sistémica en que Luhmann pretendiera —pese a todas sus revisiones— instalarla cómodamente[112]. El surgimiento no solo de nuevas subjetividades —Baudrillard y Touraine ya lo han registrado[113]— sino de una realidad asistémica, paradójicamente sistémicamente estructurada, parecen contrastar sin posibilidad de réplica las tesis optimistas luhmannianas de un sistema "puro", libre de "contaminación". Es en ese contexto donde se deben situar los puntillosos estudios sociológicos de Bauman. Su *teoría de la ambivalencia* busca dar testimonio de ese registro en la sociedad "posmoderna".

El "espíritu de la época" se manifiesta en la incertidumbre que reina en los tiempos actuales, la indefinición no solo ética o moral, como usualmente se caracterizaban los momentos históricos de transición, donde es evidente la caducidad de los valores tradicionales frente a las nuevas circunstancias, la validez simultánea de todas las opciones, la imposibilidad de definir un criterio normativo y de poder juzgar como superior una alternativa frente a otra sin caer en el relativismo ni el eclecticismo de principio.

---

[111] Ulrich Beck, "La invención de lo político", en *La invención de lo político* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999), 176-214.

[112] Niklas Luhmann, "La política como sistema autorreferente", en *Teoría política en el Estado de bienestar* (Madrid: Alianza, 1994), 47-60; "L' État el la politique", en *Politique et complexité* (París: Cerf, 1999), 77-142.

[113] Jean Baudrillard, "Figuras de la transpolítica", en *Las estrategias fatales*, 25-73.

Quizá de aquí proviene lo que Bauman define en el plano político como la *sociedad sitiada*. En un contexto como el descrito donde todas las opciones son igualmente plausibles, cualquiera es plausible. La política deviene un *reality show*, la subjetividad política dominante un telespectador donde el panóptico foucaultiano se diluye en el *rating* y lo político una catarsis teledirigida y manipulada masivamente por el corifeo mediático.

La soberanía popular se transforma en la soberanía de la audiencia y la política —incluso desde el código luhmanniano gobierno-oposición— gira en torno al impacto coreográfico y su aceptación en unas masas remasificadas por el mismo proceso —sería más apropiado decir reificadas y autocosificadas—, que solo se inclinan ante la magia mediática del espectáculo, sea el que sea. La política deviene el máximo espectáculo posible en la paradójica y tautológica fórmula de que el espectáculo es la única política posible[114].

Podría pensarse entonces que nos encontramos ante un abanico de opciones que, como sostiene Beriain, se nos presenta como uno o varios proyectos que confrontan a la Modernidad ya desde uno premoderno, ya desde otro posmoderno. Pero aquí se revela el carácter paradójico de la cultura política contemporánea, la ambivalencia que la define, el riesgo mismo que una u otra opción supone o que todas o ninguna suponen, optando o no por ellas. La Modernidad es un proyecto múltiple, un punto de partida común con diferentes puntos de fuga.

Este periodo ha impuesto una condición de "no retorno". De una u otra manera, nos encontramos frente a proyectos que reaccionan frente a la Modernidad, en una dirección u otra, pero que no pueden —y en cierto sentido no quieren— negarla. Se trata más bien de un "golpe de timón" que la reoriente en una dirección u otra, pero a sabiendas de que en ningún caso la marcha atrás —la historia no lo permite tampoco— es una posibilidad plausible[115].

En ese punto se impone una vez más la clarificación de tales proyectos. Lo que Beck y Bauman registran como riesgo y ambivalencia es visto por Beriain como un sustrato común con proyecciones diferenciadas, no por eso menos conflictivas, por supuesto, pero que sí gravitan políticamente frente a un denominador común, la Modernidad, en cuanto la realidad frente a la cual —en un sentido o en otro— se reacciona.

Beriain muestra las diferentes perspectivas que enfrentan a esa Modernidad matriz con los variados caminos que se conciben pero, sobre todo, que desmitifican la imposibilidad y la negación de un elemento que en el último siglo había querido ser subvalorado y que uno de estos proyectos modernos ha

114 Zygmunt Bauman, "La gran separación", en *La sociedad situada* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004), 71-112.

115 Josetxo Beriain, "La noción de modernidades múltiples", en *Modernidades en disputa* (Barcelona: Anthropos, 2005), 12-29.

puesto de nuevo en la palestra de la historia: el de la violencia como permanente partera de esta última[116]. Nueva York, Madrid y Londres ponen de presente su actualidad y vigencia.

Pero a este marco social e histórico, de por sí complejo, que exige la exploración de sus fisuras y reacomodamientos, no solo sociológicos sino culturales y políticos, se suma la dimensión que en ese contexto adquiere la problemática de la alienación. Y quizá lo que más impacta es una tendencia que tanto Beck como Bauman han resaltado descriptivamente, no solo por constituir uno de los rasgos más representativos, significativos y paradójicos de la sociedad posmoderna sino, además, por ser una, sino la más, emblemática reivindicación que Occidente enarbola frente al mundo entero: la individualización y todo lo que su alrededor se teje para consagrarla como el *sanctus sanctorum* del desarrollo de la humanidad.

La libertad de conciencia y expresión, la tolerancia, la autonomía moral, el Estado de derecho, los derechos fundamentales que aseguran las libertades individuales y políticas, la democracia liberal y, por supuesto, la economía de mercado, en fin, toda la arquitectura económica, ideológica, jurídico-política e institucional de la civilización occidental tienen en la defensa y garantías al y del individuo la piedra de toque que da razón del "progreso" de Occidente y su legítima pretensión de defender, preservar y proyectar frente al mundo entero la forma de vida que la garantiza y que la propicia simultáneamente.

La individualización parece ser, por tanto, una condición y, al mismo tiempo, un proyecto de la sociedad no solo moderna sino, mejor, posmoderna frente al mundo entero gracias a este dispositivo dual que simultáneamente opera como su presupuesto y su proyección.

En efecto, para Beck, en buena parte una de las tendencias aparentemente contrahegemónicas que parecerían dibujarse en el contexto de la tensión, ya posmoderna, entre Modernidad/contramodernidad y Modernidad reflexiva, como parte de esa reinvención antisistémica de lo político, es no solo el surgimiento de nuevas subjetividades sociales y políticas sino, como columna vertebral, de un proceso de individuación que Bauman de manera sugestiva enmarca en lo que ha llamado la modernidad líquida y el amor líquido.

La sociedad posmoderna, es decir capitalista, global y neoliberal, se presenta no solo como la apoteosis del capital, la democracia liberal y la economía de mercado, sino, como condición de ello, de la iniciativa privada, del individuo y de los procesos de individualización que, económica, jurídica y políticamente, soportan todo el proyecto occidental.

Parecería difícil, por no decir imposible, confrontar semejante pretensión que por su concreción en el ámbito cotidiano y singular de cada persona puede

[116] Slavoj Žižek, "Un alegato por la violencia ética" y "Más allá de la democracia. La impostura liberal", en *Violencia en acto* (Buenos Aires: Paidós, 2004), 63-102; 151-196.

antojarse como una aspiración apenas "natural" de cualquier sociedad contemporánea y de los agentes que la constituyen.

Sin embargo, la sociología de la cultura y la sociedad global posmoderna han logrado captar las patologías que subyacen a esta exacerbación apoteósica de la individualización, así como Weber lo hiciera para la sociedad moderna con los fenómenos de "pérdida de sentido" y "pérdida de libertad". Con esto han logrado desentrañar las deformaciones y abigarramientos que este proceso conlleva y sus contradictorias y paradójicas consecuencias para la sociedad contemporánea.

Conclusión

El presente capítulo buscó ilustrar su hipótesis directriz reconstruyendo, en la primera parte, la problemática de la alienación en el pensamiento moderno-tardío de Hegel y el marxismo, tanto en sus versiones ortodoxa como, en especial, heterodoxa, que es donde encuentra mayor desarrollo tanto el planteamiento de la Escuela de Budapest, heredera de Lukács en el marco del socialismo real, como de las tres generaciones de la Escuela de Frankfurt, así como también de la Escuela de Birmingham.

Como vimos, frente a la concepción hegeliana sobre la alienación, que la resuelve en la figura del espíritu absoluto y, más tarde, del Estado, el concepto de enajenación que el joven Marx confronta con las categorías de democracia plena y hombre total tienen una metamorfosis en su etapa de madurez en las de división del trabajo y fetichismo de la mercancía, esta última a la que, finalmente, el marxismo ortodoxo termina reduciendo toda la problemática de la alienación, como un fenómeno exclusivo del capitalismo que la revolución y la economía socialistas permiten supuestamente superar de manera definitiva.

En contraste con esto, observamos en qué sentido la interpretación de Lukács —que inaugura el marxismo heterodoxo— examina la alienación en términos de la inevitable cosificación de la conciencia del proletariado en el capitalismo y el socialismo, así como en las manifestaciones de irracionalismo del pensamiento burgués moderno-tardío y, a partir de este, la Escuela de Budapest, en particular Ágnes Heller, la concibe sociológicamente en el marco de la alienación que, en determinadas circunstancias, se produce entre la sociedad y sus estructuras de la vida cotidiana.

En una dirección cercana, vimos cómo Adam Schaff, en el marco del humanismo socialista, recogerá este impulso para ver en la alienación uno de los fenómenos sociales más relevantes del capitalismo tardío, con lo cual reconstruye no solo los términos de la discusión, sino que introduce una sistematización que, a la postre, resultaría clásica entre alienación objetiva, en cuanto es económica, política y social, y subjetiva, en cuanto lo es de sí mismo, de los semejantes y de la propia humanidad.

En el marxismo occidental, por su parte, la Escuela de Frankfurt abordará la alienación en términos de reificación de la razón ilustrada que deriva —a lo largo de la historia de Occidente, particularmente— en una razón instrumental (Horkheimer), identitaria (Adorno) y unidimensional (Marcuse) cuya enajenación del ser humano propicia, en un primer momento, el Holocausto nazi como una de las máximas expresiones de alienación de la humanidad y posteriormente los fenómenos de la cultura de masas y, a través de ella, de pseudocultura.

Más tarde con Habermas, la alienación cobrará forma de cosificación de las relaciones sociales, mediante el derecho como colonizador interno del mundo de la vida, en cuatro hornadas de juridización que se apropian durante cinco siglos de todos los ámbitos de la vida social, mientras que la tercera generación de la Escuela de Frankfurt, con Axel Honneth como director del histórico Centro de Investigación Social, abordará la alienación —retomando a Hegel— como un olvido del reconocimiento del otro que conlleva un abandono de la propia humanidad, lo que desemboca, paulatinamente, en fenómenos de intolerancia y abismalidad (Wellmer), así como en expresiones de autoritarismo político (Dubiel) que llevan a identificar la sociedad actual como una sociedad del desprecio.

Por último, en el contexto del marxismo heterodoxo occidental, la Escuela de Birmingham, en Inglaterra, abordará la alienación, inicialmente desde la hegemonía ideológica que impone la cultura de consumo, reivindicando la cultura popular como instancia de memoria y resistencia, y, más tarde, en las siguientes generaciones, a partir del papel potencialmente alienante que, en la sociedad de la información, juega la dinámica sesgada de los medios de comunicación.

En la segunda parte del capítulo se exploró la problemática de la ideología, desde la misma aproximación genético-estructural, reconstruyendo sus orígenes en el pensamiento marxista y en la Modernidad para después adentrarse en la caracterización que hiciera Mannheim y, enseguida, Adorno con su teoría de la pseudocultura para, inmediatamente, en línea cronológica, explorar el pensamiento francés, tanto foucaultiano como marxista de Althusser y Poulantzas, y su denuncia del sujeto ideológico, desde donde abordar las conceptualizaciones de punta con que Žižek y Laclau cierran la reflexión sobre la ideología a finales del siglo xx.

Efectivamente, en ese apartado se recogió el desarrollo que ha tenido el problema de la ideología, inicialmente remontándose a la historia y los antecedentes del concepto en las versiones de Lenk y Bauman que, desde dos ópticas diferentes, revelan su origen y transformación desde la Modernidad temprana hasta los tiempos actuales, incluyendo el abordaje crítico de Marx y su aporte a la "presentación en sociedad" de la materia tal como se asumió desde entonces.

Enseguida, se estudió la recepción que tiene la noción de ideología en la sociología alemana, particularmente con Mannheim, quien intenta una primera sistematización de la categoría, para abordar de inmediato el concepto de pseu-

docultura con que Adorno aspira a dar razón de esta en la sociedad capitalista avanzada con su cultura de masas característica.

En el mismo apartado retomamos el tratamiento que el pensamiento francés le da a la ideología, primero desde el estructuralismo, con Foucault y su denuncia del humanismo y las ciencias humanas como pseudoideológicas y, enseguida, con Poulantzas y Althusser, el abordaje —desde un marxismo de corte estructuralista— tanto de la función de dominación de la ideología en general y su relación con las ideologías particulares, como de su papel de mediadora y de apoyo en la concreción del sujeto ideológico en la sociedad capitalista.

Para finalizar el apartado, se retomaron dos abordajes neurálgicos en el tratamiento del tópico en los últimos veinte años: de una parte Žižek que, sin duda, logra la reconstrucción más comprehensiva sobre la ideología en los últimos tiempos y el muy esclarecedor acercamiento que el último Laclau realiza sobre esta, introduciendo unas distinciones que, como veremos, resultan de enorme trascendencia para la sedimentación de la categoría.

Por último, en la tercera parte, retomando la reflexión y los estudios sociológicos de Bauman y Beck, se abordó el fenómeno de la individuación en su ambivalente realidad, observando que tal proceso se presenta contradictoriamente como emancipatorio, pese a que lleva aparejado, de manera paradójica, una carga de subjetivización que, en el marco de la globalización, se antoja incluso hegemónica en la medida en que esta concreta el ideal del individuo liberal competitivo del capitalismo global, sustentado en la batería de derechos fundamentales y libertades que le dan su acopio y posibilidad real.

Remontándose a las categorías de Beck sobre la Modernidad reflexiva y de Bauman sobre la sociedad de la ambivalencia se pudo observar que uno de los rasgos de la primera es que los binomios dicotómicos blanco-negro, bueno-malo y negativo-positivo, se desplazan a una policromía de grises donde lo que antes considerábamos blanco-bueno-positivo ahora puede también ser considerado negro-malo-negativo, lo que trastoca radicalmente los juicios de valor convencionales.

Este es el sentido de la sociedad del riesgo que Beck describe en el marco de una Modernidad reflexiva o ambivalente, según Bauman: ya no hay juicios rígidos y monolíticos que permitan plantear dicotomías excluyentes y ese sería el caso, precisamente, del fenómeno de la individuación que puede ser interpretado tanto como un instrumento de emancipación frente a las estructuras jerárquicas e impositivas de la sociedad patriarcal como, al contrario, una estrategia de alienación e ideologización en cuanto el capitalismo global se monta necesariamente sobre la figura de un individuo desarraigado y altamente competitivo.

Con este contexto claramente explicitado han podido determinarse dos elementos: de una parte, las condiciones sociales en que la alienación y la ideología

se enmarcan y, de otra, la íntima relación de estos conceptos con los procesos de individuación que cataliza y acelera la sociedad global posfordista, con lo cual puede efectivamente evidenciarse hasta dónde el derecho puede ser considerado emancipatorio o, por el contrario, alienante e ideologizador.

De la reconstrucción que hemos hecho quisiera destacar uno de los planteamientos más sutiles pero contundentes que ha hecho Alasdair MacIntyre sobre la concepción de justicia de la sociedad liberal, es decir, de la sociedad capitalista que se sustenta en el "individuo *qua* individuo".

Todo el andamiaje jurídico y constitucional de la sociedad capitalista se basa en la creencia (en la aserción ideológica que el término tiene para Laclau) de que somos individuos sujetos de derechos, por tanto protegidos legal y constitucionalmente como tales.

Habermas ha puesto de presente las cuatro hornadas de juridización que recorren la Modernidad en cuanto extensión y adensamiento del derecho positivo y cómo penetran el mundo de la vida, el cual se vincula en las sociedades tradicionales a través de la tradición y el carisma, y que paulatinamente es colonizado por el derecho; con lo cual reemplaza estas tradiciones, valores y símbolos vinculantes por leyes, normas y disposiciones legales.

Habermas recoge las patologías que esto origina en la sociedad temprano-moderna en los fenómenos que ya Weber aprecia de la "falta de sentido" que se apodera de la sociedad —que es lo que nosotros llamamos coloquialmente la "crisis de valores"— y que aquel recoge con la metáfora conocida como la "jaula de hierro".

Parsons, igualmente, da cuenta de esto cuando muestra en su e*squema cuatrifuncional* cómo la sociedad capitalista, ya en pleno régimen de acumulación fordista, intenta juridizar la solidaridad, que por esencia es un dispositivo intersubjetivo vinculante imposible de normar jurídicamente, e incluso con los *patrones variables de orientación de valor*, donde el individuo weberiano, si quiere pertenecer al sistema, tiene que transformarse en un sujeto funcional, es decir, asimilar los valores funcionales de la sociedad capitalista.

Aquí ya viene siendo claro, al menos en este punto del análisis de Habermas, que la colonización del mundo de la vida por parte del derecho produce una cosificación de las relaciones sociales. Horkheimer lo denominaba de manera más poética, una "frialdad" de las relaciones humanas, y que esa colonización tiene como punta de lanza, por supuesto, el fundamento del derecho privado —que no deja de serlo también del derecho público— el del individuo como sujeto de derechos. Todo el andamiaje histórico de la sociedad capitalista, liberal o autoritaria se sustenta en la figura jurídica del individuo como sujeto de derechos.

Asimismo, cobran sentido las interpretaciones de Foucault y de Althusser. El primero en su consideración de las estrategias de subjetivización que recorren,

no solo la historia de Occidente, sino de la humanidad en general, así como las de Althusser cuando plantea que la función de la ideología es "convertir a los individuos en sujetos".

Si a esto sumamos que el derecho no solo es *aparato represivo de Estado* sino, también, *aparato ideológico* de este, podemos comprender que lo que articula ese sujeto ideológico —como también lo afirma Poulantzas al plantear que el campo ideológico específico que articula toda la ideología es el jurídico— es el sujeto jurídico.

La fórmula de MacIntyre se replantea ahora como el "individuo *qua* sujeto jurídico" en un proceso tanto de subjetivización, como lo ha mostrado Foucault, como de juridización, como lo ha señalado Habermas. Sujeto jurídico que se construye desde una alienación de este frente a su individualidad y que supone, al mismo tiempo, la asimilación ideológica de la autoconcepción como sujeto, primero, y como sujeto de derechos, después.

Adquiere así sentido, desde las reflexiones tanto ortodoxa como heterodoxa del marxismo, el planteamiento de Pashukanis —recogido después por el conjunto de las teorías críticas— que el derecho, no la religión, es el nuevo opio del pueblo, caracterizado desde un fetichismo jurídico (análogo al de la mercancía) frente al cual hay que reivindicar un nihilismo jurídico, es decir, no creer en el derecho. Aquí otra vez confluyen tanto la dimensión alienante (fetichismo jurídico) como la ideológica (derecho como opio del pueblo) de ámbito jurídico.

Obviamente, los estudios sociológicos verán en la individuación toda la ambivalencia que en sí representa. La sociología política de la globalización (Lash, Harvey, Friedmann y Jameson) nos la presenta como un fenómeno que se acelera con la globalización, en cuanto esta requiere un perfil narcisista, desarraigado, competitivo y descentrado que le permita fungir como comodín en cualquier latitud.

El nuevo régimen de acumulación es también uno nuevo de figuración, el de un individualismo exacerbado, un sujeto narcisista capaz de responder a las exigencias no solo de competitividad sino también de imagen de la sociedad posmoderna.

Todo ello requiere, por supuesto, el andamiaje jurídico-constitucional que le permita moverse por los flujos de la globalización en términos económicos, políticos y sociales, lo que lleva aparejado procesos estrechamente relacionados de tipo personal, psíquico y psicológico, que es donde emerge el narcisismo como soporte caracterológico de ese sujeto de la globalización.

Pero la evaluación sociológica de la individuación expresa la ambivalencia (Bauman) de la Modernidad reflexiva (Beck). Sin duda, exacerba la alienación/ideologización de la sociedad capitalista global pero, simultáneamente, representa una emancipación del individuo frente a los antiguos poderes de la sociedad tradicional y, también, de la Modernidad simple, como lo evidencian los registros

sociológicos de los esposos Beck, en cuanto a la situación de la mujer y la nueva condición de los hijos en los últimos cuarenta años.

El "individuo *qua* sujeto jurídico" expresa así la ambivalencia no solo de la Modernidad reflexiva y de la sociedad posmoderna, sino del régimen de acumulación y figuración que el posfordismo representa. En un sentido análogo, es la misma tensión que tiene que ser reconocida al interior del derecho entre emancipación y alienación / ideologización. Ante esta realidad, ¿cuál puede ser la respuesta más integra frente a la disyuntiva de un derecho emancipador o uno alienante?

Descartando las dos posiciones extremas, de una parte la del marxismo ortodoxo para cuyos representantes el derecho siempre es dominación y, de otra, la muy optimista de Boaventura de Sousa Santos de un derecho emancipatorio, creo que la respuesta más razonable a esta tensión dilemática la han dado las feministas norteamericanas, en especial Wendy Brown y Patricia Williams[117].

Voy a retomar el planteamiento de estas autoras rápidamente, máxime cuando esta reflexión ya ha sido objeto de tratamiento en otros escritos a los cuales remito[118]. En concreto, el argumento es que el sentido fuerte de emancipación, tanto en Hegel como —por lo menos— en el joven Marx, remitió siempre a que esta no es posible sin la superación de la alienación.

No importan las diferentes respuestas que Hegel y Marx ofrecieron en su momento, las cuales también variaron en distintos momentos de su vida, sino retomar ese sentido fuerte de emancipación, frente al débil que el pensamiento posmoderno reivindica.

Ese sentido fuerte reivindica que no hay emancipación mientras la alienación en general no se haya superado y que, en el caso del derecho, hablar de un derecho emancipatorio es caer en un sofisma peligroso, al menos en dos sentidos: primero, porque el derecho racional moderno, que surge como privado, se consolida con el capitalismo, precisamente en la figura del sujeto jurídico, de las nociones de libertades individuales y derechos fundamentales que más tarde se complementan, desde el derecho público, con mecanismos de participación ciudadana y constricciones administrativas a los poderes económicos y estatales.

Segundo, porque, en esa línea, las garantías últimas del derecho moderno siempre se orientan a preservar el fundamento de su origen, el sujeto jurídico y las libertades individuales, incluso como sustento de las libertades políticas, lo que protege invariablemente ese núcleo del derecho formal y la concepción procedimental de justicia.

---

[117] Wendy Brown y Patricia Williams, *La crítica de los derechos*, 2003.

[118] Óscar Mejía Quintana y Lina Mápura, "Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana", *Pensamiento Jurídico* 24 (2009): 131-154.

La tensión que se presenta entre multiculturalismo y liberalismo siempre se resuelve desde dos presupuestos liberales: o la protección del individuo frente a posiciones de la autoridad tradicional que pongan en riesgo la integridad del individuo o la asunción de un procedimiento de concertación que permita conciliar tradición e individualidad. En ambos casos, ganan el individuo y la concepción procedimental del derecho moderno.

Este contexto es el que permite mostrar los límites de un pretendido derecho emancipatorio y, recogiendo de nuevo el argumento de Brown y Williams, defender mejor que, en el escenario óptimo, el derecho a lo sumo puede ser reivindicatorio. Es decir, defender libertades, derechos, procedimientos, si se quiere, un capitalismo racional y democrático, pero le es imposible ir más allá de esto. Su límite está dado por su naturaleza misma: no puede reclamar una dimensión emancipatoria, si acaso una reivindicativa. Y esto porque la emancipación no puede darse desde lo jurídico sino que debe ser desde lo político. Plantear un derecho emancipatorio, no solo es una contradicción en los términos, sino que tiene dos consecuencias cardinales supremamente neurálgicas en términos sociales: una, que le arrebata a la sociedad la bandera de la emancipación política, en los términos en que esta quiera plantearla; y dos, que reduce la lucha política a reivindicaciones legales, con lo cual desmoviliza amplios sectores sociales y reduce el pensamiento crítico y contestatario a los ámbitos del derecho.

Este último, en general, y los derechos fundamentales, en particular, se revelan así, como lo dijimos, en medio de alienación e ideologización, en la medida en que representan instancias de defensa de libertades y garantías individuales que, contradictoriamente, le imponen al individuo estrategias de subjetivización que, al hiperindividualizarlo —en el marco de los procesos posfordistas de globalización— lo convierten en sujeto y objeto, no solo de dominación hegemónica, sino de la enajenación y cosificación del capitalismo liberal, ya sea en la versión moderada de este, o en la autoritaria del capitalismo global.

De ahí, igualmente, las limitaciones y falacias, políticas, sociales y jurídicas, de la reivindicación de una supuesta jurisprudencia emancipatoria[119]. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional, si bien tiene que ser reivindicada como instancia de defensa de derechos individuales y sociales, así como muralla de contención de los embates autoritarios y excluyentes que en los actuales contextos pretenden someter los consensos políticos constitucionales a las decisiones impositivas de mayorías totalitarias, tiene, sin embargo, que ser considerada en sus posibilidades reales.

[119] Al respecto se puede consultar el trabajo de Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, "Corte constitucional y emancipación social", *Emancipación social y violencia en Colombia* (Bogotá: Norma, 2004). Así como, Óscar Mejía Quintana y Lina Mápura Ramírez, "Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana", *Pensamiento Jurídico* 24 (2009): 131-154.

Esto, precisamente, para no amarrar las potencialidades emancipatorias efectivas y concretas, necesariamente políticas y contestatarias, a espejismos jurídicos y jurisprudenciales cuya función es subsumida permanentemente por el sistema en su propio favor, a lo sumo en términos reivindicatorios, pero nunca emancipatorios ni contestatarios.

Se puede pecar de ingenuo cuando no ha habido problematizaciones al respecto. Pero una vez dadas esta tematizaciones, mantener la posición de que el derecho y la jurisprudencia pueden ser, en un contexto como el nuestro, emancipatorios, pasa de ingenuidad a dudosa complicidad acrítica, máxime con un sistema jurídico cuyos índices de ineficacia ponen en cuestión no solo normas aisladas sino el sistema en su conjunto.

CAPÍTULO III

EL PROBLEMA DEL MÉTODO EN LAS CIENCIAS SOCIALES Y EL DERECHO. ELEMENTOS PARA UNA HERMENÉUTICA CRÍTICA

Introducción

Indudablemente el gran problema que enfrenta cualquier disciplina que quiera reivindicarse como tal es, una vez determinado su objeto de estudio, el del método a asumir para lograr un conocimiento suficiente de este. Es precisamente allí donde puede alcanzar sus pretensiones con la rigurosidad necesaria para un reconocimiento serio de sus proyecciones, exigencia para toda ciencia que quiera ser considerada como tal[1]. Mientras no se defina su método será inútil buscar el reconocimiento necesario que le permita ser universalmente aceptada. La madurez de una ciencia, tanto social como científica, se logra sustancialmente en la definición de su método. De lo contrario no pasará de ser un arte o una técnica con resultados favorables para el conocimiento espontáneo o mecánico del objeto, sin llegar jamás a una comprensión integral de su dinámica y de su estructura.

El problema del método al interior de las ciencias humanas y sociales ha sido una cuestión todavía no resuelta definitivamente por los interesados. En torno a ello encontramos las más disímiles posiciones, ya sea para rechazar la posibilidad de un método propio, ya para proponer uno nuevo que pudiera constituirse en la alternativa sintetizadora donde se conciliaran los contrarios. Sea cual sea el camino, lo cierto es que aún nos encontramos lejos de haber alcanzado un consenso en torno al asunto que deje satisfechos a todos.

Sin embargo, no podemos desconocer que la problematización del método en las ciencias sociales ha sido, sin duda, la mejor contribución que se ha podido hacer al estudio del tema. Gracias a ello hemos alcanzado una mínima identifi-

[1] José María Mardones, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales* (Barcelona: Anthropos, 1991).

cación en torno a ciertos puntos básicos que nos permitan, como de hecho se ha venido haciendo, partir de algunos presupuestos comunes desde los cuales empezar a resolver la controvertida discusión[2].

Esquematizando groseramente podemos decir que desde el inicio del debate la cuestión del método al interior de las ciencias humanas y sociales se planteó en un terreno extraño a su objeto de estudio. La seducción que las ciencias naturales produjeron en los investigadores sociales en el siglo XIX de facto desvió la atención de estos hacia raíces que poco tenían que ver con sus disciplinas. En lugar de recuperar a Hegel o a Dilthey, más cercanos a la investigación histórico-filosófica, la indagación sobre el método se orientó hacia el empirismo mecanicista para saltar, después de Comte, a un positivismo social (en sus vertientes de diestra y de siniestra) que rápidamente colonizó el conjunto de las ciencias sociales.

A partir de entonces, el estatuto epistemológico de las ciencias sociales osciló entre una tensión casi irreconciliable entre el positivismo y la hermenéutica: el primero defendiendo un monismo metodológico y un esquema causal de explicación que encumbraba el principio de verificación como el canon de todas las ciencias y la segunda reclamando la especificidad del objeto de estudio histórico y social, y la necesidad de un método hermenéutico para la interpretación de estos con miras a su comprensión integral. Entre esos dos polos ha discurrido en los últimos dos siglos el problema del método en las ciencias humanas y sociales[3].

En esa línea de razonamiento, la hipótesis de trabajo que quisiera ilustrar en este capítulo es la siguiente: en el marco de la discusión sobre el método entre las ciencias empírico-analíticas y las histórico-sociales, los desarrollos de la dialéctica hegeliana y posteriormente marxista heterodoxa que desembocan en la inferencia de un método genético-estructuralista para el abordaje de los fenómenos sociales, por una parte, así como, por otra, desde el pensamiento hermenéutico, la complementación entre la hermenéutica de la tradición y la del símbolo posibilitó el surgimiento de una hermenéutica crítica, en clave de reconstrucción histórica y profundización estructural, como método de interpretación de las ciencias sociales y el derecho.

Quisiera precisar, por último, en esta corta introducción, una diferencia sobre la que no recabamos suficiente entre método y metodología. Con el primero quiero referirme a la aproximación epistémica más general a un objeto de estudio determinado: el lente con el cual nos acercamos a abordarlo y que nos permite explicarlo, comprenderlo o criticarlo, de acuerdo con la tríadica división

[2] Paul Ricoeur, *Corrientes de investigación en las ciencias sociales (filosofía)* (Madrid: Tecnos / Unesco, 1982).

[3] Federico Schuster, *Filosofía y métodos de las ciencias sociales* (Buenos Aires: Manantial, 2002).

habermasiana[4]. Por la segunda me refiero a las estrategias de investigación, cuantitativas o cualitativas[5], que agotan técnicas, medios y etapas investigativas con el propósito de dilucidar, sistemática y académicamente, la expresión epistemológica del objeto de estudio escogido. Este escrito pretende abordar lo primero, no lo segundo.

Crítica de la ortodoxia positivista

De Lukács a la Escuela de Frankfurt

La segunda mitad del siglo pasado y el primer cuarto de este vieron cómo la tendencia positivista dominaba por completo el panorama de las ciencias humanas y sociales. El modelo metódico alentado por Durkheim[6], catalizando el planteamiento comtiano, y Engels, cuyo "materialismo dialéctico" introduce el esquema positivista en el marxismo[7], permean a la naciente sociología y al marxismo ortodoxo de las reglas del positivismo.

Para el primero el ideal metódico de las ciencias humanas y sociales estaba dado por las ciencias naturales: la inexactitud de aquellas no evidenciaba sino su inmadurez en relación con estas. La sociología tenía que llegar a poseer la rigurosidad de una ciencia exacta donde los juicios de valor tenían que estar absolutamente ausentes de sus observaciones, para alcanzar así la imparcialidad de las ciencias naturales. La sociedad y el hombre tenían que ser estudiados como en el laboratorio con los fenómenos físicos.

Una deformación análoga se produjo en el marxismo[8]. Presos de la influencia de su tiempo, tanto Marx pero, especialmente, Engels quisieron hacer de aquel una ciencia social con la rigurosidad y exactitud de cualquier ciencia empírica, como quedaría claro en *Dialéctica de la naturaleza* (1873-1886 / 1925) donde Engels, inspirado en la filosofía natural hegeliana, sin duda la parte más débil del sistema de Hegel, retoma no pocos ejemplos de la dialéctica en la naturaleza para mostrar que este no era un esquema de interpretación social solamente sino, incluso y mejor, de explicación científica.

La justificación *a posteriori* del materialismo histórico, es decir, el dialéctico, rebajó la concepción materialista de la historia al nivel de un socialismo científico de probeta donde el devenir histórico se veía reducido y predeterminado

[4] Jürgen Habermas, *Ciencia y técnica como ideología* (Madrid: Tecnos, 1984).

[5] Elssy Bonilla Castro y Penélope Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos* (Bogotá: Universidad de Los Andes / Norma, 1997).

[6] Emile Durkheim, *Las reglas del método sociológico* (Bogotá: Ediciones Bogotá, 1979).

[7] Friedrich Engels, *Dialéctica de la naturaleza* (México D.F.: Grijalbo, 1961).

[8] Karl Marx y Friedrich Engels, *Obras escogidas* (Moscú: Progreso, 1973).

por un conjunto de fórmulas y ecuaciones, y la conciencia humana se limitaba a "reflejar" las variables de un proceso consumado. Esta inclinación, fatalmente acentuada más tarde por el marxismo soviético, fue la que Lukács[9] y Korsch[10] quisieron combatir y por lo cual ambos fueron excomulgados, en su tiempo, de la ortodoxia marxista.

Ciertamente, el gran mérito de Lukács fue haberse dado cuenta de que la dialéctica, retomada por Marx de su maestro Hegel, al ser transformada en materialista, como principal arma del marxismo auténtico, había terminado convirtiéndose, en manos del marxismo ortodoxo, en un método reflejo y mecanicista, sin ninguna incidencia subjetiva transformadora de la realidad. El auténtico marxismo, tal como lo sostuviera en *Historia y conciencia de clase* (1923), no se diferenciaba de la ciencia burguesa por su determinismo economicista sino por dos conceptos decisivos tomados de Hegel: el de totalidad, es decir, la necesidad de concebir y estudiar la sociedad como un todo dinámico, y el de la identidad sujeto-objeto, que se refiere a la exigencia de reconocer el papel activo y determinante de la conciencia humana en la dirección que pueda tomar el proceso histórico.

Con ello contribuía Lukács (y, simultáneamente, Karl Korsch) a introducir un nuevo principio en la consideración de los fenómenos sociales. Los juicios de valor debían ser tomados, explícitamente, como un elemento inherente a las ciencias sociales. El individuo, la sociedad y la historia no podían ser estudiados como un objeto, considerados más allá de un aparente observador neutral donde las valoraciones estuvieran suprimidas. Por el contrario, estos juicios de valor tenían que ser reconocidos, puestos en evidencia, no disfrazados ni disimulados. La posición social del investigador, antes que esconderse, tenía que evidenciarse, pues solo en la medida en que su opinión se confundiera con la de la humanidad, en un momento histórico determinado, su investigación podía ser considerada como "objetiva", así como la proyección asumida mediante ella.

La categoría de conciencia posible, planteada por Lukács, sistematizaba esta posición. Solo la postura política que en su perspectiva pudiera identificarse más ampliamente con las necesidades de toda la humanidad es la que, en su interpretación, mejor puede acercarse a una comprensión adecuada de la materia estudiada. Entre más amplia y total sea la identificación de una perspectiva política con una conciencia humana general, entre mejor englobe e integre las posiciones adversas, más cerca se encontrará de un juicio integral sobre su objeto de estudio[11].

En este punto Lukács recogía, sin duda, la posición asumida por Max We-

[9] Georg Lukács, *Historia y conciencia de clase* (México D.F.: Grijalbo, 1975).

[10] Karl Korsch, *Marxismo y filosofía* (México D.F.: Era, 1971).

[11] G. H. R. Parkinson, ed., *Georg Lukács: el hombre, su obra, sus ideas* (Barcelona: Grijalbo, 1973).

ber, cuya teoría representaba una alternativa mediadora entre la tendencia positivista y la hermenéutica que se debatía en torno al método en la sociología. Para Weber los juicios de valor debían ser asumidos inicialmente por el investigador, que se serviría de ellos para elaborar un constructo teórico que le orientara inicialmente, proponiendo una hipótesis desde la cual abordar la materia de su interés, sujeta a posteriores modificaciones según los resultados de la investigación. Hasta el momento de aplicar ese "tipo ideal", el investigador podía permitir la presencia de juicios de valor que orientaran en primera instancia el rumbo inicial de su estudio[12]. Una vez agotado este momento, el análisis tenía que ser tan riguroso como el de cualquier ciencia causal.

La discusión sería retomada posteriormente por la Escuela de Frankfurt, en particular por Horkheimer, en la década del treinta. El autor definía entonces dos condiciones básicas de toda intención científica: primero, la de lograr la previsión de los fenómenos estudiados, enunciando las respectivas leyes generales que los explicaran; y, segundo, logrando, a partir de ello, la predicción de hechos futuros análogos que posibilitaran el dominio humano sobre estos. Este imperativo, proseguía Horkheimer, se había conquistado plenamente en las ciencias naturales y solo parcialmente en las humanas, donde el pronóstico continuaba siendo extraño a sus posibilidades[13].

Esta limitación de las ciencias humanas y sociales se debía, fundamentalmente, al carácter irracional de su objeto de estudio. La irracionalidad imperante en la sociedad contemporánea, en especial en el capitalismo salvaje, imposibilitaba a las ciencias humanas acrecentar su dominio sobre los hechos sociales. Solo en la medida en que la sociedad alcanzara niveles superiores de evolución, racionalizando al máximo sus diferentes tópicos, se podrían desprender de las ciencias sociales leyes generales lo suficientemente sólidas como para pronosticar y orientar fenómenos humanos futuros. Mientras esa caótica contingencia no fuera superada por una racionalidad social más alta, sería inútil pretender en las ciencias de la sociedad la previsión y el pronóstico de las ciencias exactas.

Obviamente, el argumento no era del todo convincente. Las ciencias humanas y sociales continuaban siendo juzgadas por el rasero metodológico de las naturales, y poco se avanzaba en la dilucidación de un método propio. Sin embargo, Horkheimer, pese a su exagerada y comprensible intención conciliadora, levemente había variado el ángulo de la discusión, señalando sutilmente la necesidad de una reorientación metódica que, reconociendo el carácter irracional de la sociedad capitalista, asumiera otros caminos para su adecuado conocimiento y dominio. Y sería, precisamente, otro exponente de la Escuela de Frankfurt,

[12] Max Weber, *Economía y sociedad* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1984).

[13] Max Horkheimer, *Teoría crítica* (Buenos Aires: Amorrortu, 1974).

Jürgen Habermas, quien retomaría la discusión, planteando una definición más amplia, fiel y rigurosa de lo que podía ser el estatuto epistemológico de las disciplinas sociales contemporáneas.

Interludio: la discusión (post)estructuralista

Latente durante décadas, la cuestión metódica volvió a saltar a la palestra de la discusión en tres tiempos. Primero, la asunción desde las ciencias exactas por parte de Thomas Kuhn de los postulados gadamerianos (que veremos más adelante) quien, con la categoría de paradigma, introduce la hermenéutica al interior de la ciencia positiva, con lo que relativiza la lógica científica y muestra que, antes que subsumir el método positivo de las ciencias naturales, eran estas las que tenían que reconocer el método interpretativo-hermenéutico de las ciencias sociales como parte consustancial de estas[14]. Postura que, más tarde, daría pie al anarquismo metodológico de Paul Feyerabend[15] en su famoso libro *Contra el método* (1975).

Segundo, lo que se conoció como la disputa del positivismo en la sociología alemana, que enfrenta al racionalismo crítico de Popper con la sociología de la reflexión de Adorno en torno, precisamente, al método en las ciencias sociales; donde, frente al monismo metodológico del primero oponía el segundo una sociología reflexiva de ascendencia hermenéutica, y que ambienta lo que más tarde sería la propuesta de una hermenéutica reconstructiva habermasiana[16].

Y, tercero, años más tarde, por el cuestionamiento del estructuralismo al método historicista, de ascendencia hegeliano-marxista. Cansados del reduccionismo historicista en el que gratuitamente habían caído las ciencias humanas, alentadas por un marxismo mecánico que encumbraba el análisis diacrónico como culmen del conocimiento social y que subvaloraba la consideración sincrónica del fenómeno, el estructuralismo francés se vino lanza en ristre contra esta concepción, mostrando los vacíos epistemológicos que ello connotaba[17].

Periodización del pensamiento francés

El pensamiento francés de la segunda mitad del siglo xx puede caracterizarse, a grandes rasgos, por tres momentos. El primero en los años inmediatos de la

[14] Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas* (México: Fondo de Cultura Económica, 1992).

[15] Paul Feyerabend, *Adiós a la razón* (Barcelona: Altaya, 1995).

[16] Theodor Adorno, *et al.*, *La disputa del positivismo en la sociología alemana* (Barcelona: Grijalbo, 1973); Theodor Adorno, *Epistemología y ciencias sociales* (Valencia: Frónesis, 2001); Jürgen Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa* (Barcelona: Península, 1985).

[17] Gary B. Madison, *The Hermeneutics of Postmodernity* (Bloomington: Indiana University Press, 1988).

posguerra, representado por Sartre y cuya característica principal es su pretendida simbiosis entre existencialismo y marxismo, en lo que se reconoció como el humanismo existencialista.

El segundo momento viene dado por la reacción estructuralista y postestructuralista, a partir de Lévi-Strauss, cuyo denominador común será —frente al periodo anterior— su decidido talante antihumanista, que recupera una matriz nietzscheano-heideggeriana de la que se desprenden no pocos de sus planteamientos críticos sobre la Modernidad[18].

En este marco se desarrollan varias líneas de reflexión: una *teoría del sujeto*, que busca desentrañar las estrategias de subjetivación desarrolladas por la Modernidad y que anticipan el nuevo perfil del sujeto político posmoderno; y una *teoría del poder* que igualmente explora la naturaleza que este adquiere en las sociedades poscapitalistas, así como los nuevos tipos de legitimación que empiezan a corresponderle. Foucault plantea, inicialmente, las nuevas dimensiones de estas problemáticas en la sociedad contemporánea, así como los nuevos retos que ello supone para las perspectivas críticas y contestatarias que pretendían resimbolizarla, desde una reflexión sistemática sobre el sujeto y la nueva economía de poder que empezaba a evidenciarse.

El *marxismo estructuralista* francés desarrolla una versión más puntual, mediada por las relaciones de dominación y explotación de clases, pero que se inscribe, en términos generales, en esa reinventada economía de poder como dispositivo plural, a través del "sujeto ideológico" o de un fraccionamiento de la clase hegemónica.

Deleuze se aproxima a esta nueva complejidad adivinándola en la esquizofrenia polivectorial que sostiene invisible el andamiaje poscapitalista, mientras que Barthes y Canetti la escudriñan en los recónditos entramados de un pasado cuasi-animal siempre presente en sus expresiones actuales, ya como el reverso de una "libido dominandis", ya en el secreto como médula del poder[19].

La consideración postestructuralista radicaliza estas evidencias[20]. La legitimación en Lyotard será la clave de bóveda del conflicto de saberes de la sociedad posmoderna, si bien poco tiene que ver con la justificación intersubjetiva que suponía el contrato social de la Modernidad. Legitimidad que se ve apuntalada por nuevas y sutiles estrategias de subjetivación gracias a las cuales ese poder etéreo e inasible, enraizado, más que en las relaciones de clase, en la propia dinámica de deseo, somete a la sociedad a una dominación implacable pero aceptada por todos.

---

[18] Diane Michelfelder y Richard Palmer, *Dialogue and Deconstruction* (Albany: State University of New York Press, 1989).

[19] Franca D'Agostini, *Analíticos y continentales: guía de la filosofía de los últimos treinta años* (Madrid: Cátedra, 2000).

[20] Jacques Derrida, *De la grammatologie* (París: Les Éditions de Minuit, 1967).

Un tercer momento, cuya recepción no ha sido suficientemente asimilada en nuestro medio, viene dada, a partir de mediados de los ochenta, por una fuerte crítica radical al estructuralismo y el postestructuralismo francés, la recuperación de problemas socio-políticos de su pensamiento y el intento de apertura y diálogo con otras tradiciones de pensamiento continental y americana.

La punta de lanza de esta crítica es la denuncia a los *supuestos nietzscheano-heideggerianos* de la reflexión (post)estructuralista, abordados de manera olímpica por la generación anterior, que no exploró sus ambivalencias y ambigüedades, y que, finalmente, comprometió su proyecto filosófico-político, y lo redujo a una denuncia estéril sin estrategias de proyección propositivas y edificantes.

En efecto, las doctrinas de Nietzsche sobre el nihilismo, el vitalismo, la muerte de Dios y el eterno retorno, aunados a las tesis de Heidegger sobre la obstaculización en la vida diaria que representa el mundo de la técnica y la exacerbación de la identidad pueblo-líder como condición de conocimiento de la historia, sirven como punto de partida para una crítica a la Modernidad que reeditaba una concepción arcaica y autoritaria de proyecto societal[21].

Tales antecedentes filosófico-doctrinales en Foucault, y en buena parte también en Deleuze, los conducen a posiciones que —al decir de la crítica francesa al postestructuralismo— los llevan a una reivindicación de valores que se creían exclusivamente referidos a sociedades premodernas, por lo cual caen en posiciones relativistas, escépticas y nihilistas que no permiten ningún reconocimiento de las posibilidades emancipatorias —por imposibles que parezcan— en el pensamiento jurídico-político moderno.

Foucault y el antihumanismo

Pero es el planteamiento de Foucault, quien asume la crítica de la episteme occidental en la perspectiva de una arqueología del saber que desentrañe las relaciones de las ciencias humanas modernas con el poder, el que constituye el cuestionamiento más demoledor al estatuto epistémico y epistemológico de las ciencias humanas y sociales contemporáneas[22].

Para Foucault, la episteme occidental ha sufrido dos grandes discontinuidades, con las cuales el orden a partir del cual pensamos no tiene el mismo modo de ser que el de los clásicos. La primera se dio en el siglo XVII, en lo que constituyó un primer remezón donde *El Quijote* había sido ya una prueba delirante de esta anticipación. La segunda en el siglo XIX, cuando la proliferación de ciencias posi-

[21] Sylvie Mesure y Alain Renaut, *Les critiques de la modernité politique* (Paris: Calmann-Lévy, 1999).

[22] Michel Foucault, *Las palabras y las cosas* (México D.F.: Siglo XXI, 1979).

tivas no era sino la expresión de una ruptura profunda al interior de la episteme tradicional. Antes de entonces, el mundo era conocido directamente a través del lenguaje: que era un conocimiento y este, a su vez, un discurso. Así, con respecto a todo conocimiento se encontraba en una situación fundamental: solo se podían conocer las cosas pasando a través de él.

Con la Modernidad, sin embargo, el lenguaje se divorció de la representación. Esa posibilidad de conocer las cosas por intermedio de la soberanía de las palabras, como en la experiencia clásica, se desvaneció. El lenguaje quedó convertido en un objeto en el momento en que la historia natural devino biología, el análisis de la riqueza se transformó en economía y el lenguaje mismo en lingüística. Este último, a la sazón, termina formando el lugar pasado de las tradiciones, de las costumbres mudas del pensamiento, del espíritu oscuro de los pueblos, y acumula una memoria fatal que ni siquiera se conoce como tal, y a la que los hombres se someten sin saberlo.

Antes de la aparición de las ciencias biológicas, económicas y filológicas, dirá Foucault, el hombre no existía. Este es una criatura reciente que el demiurgo del saber ha fabricado hace menos de doscientos años y que, sin embargo, ha envejecido con tanta rapidez que puede imaginarse fácilmente que había esperado en la sombra durante milenios el momento de iluminación en que sería reconocido. De allí que el umbral de nuestra modernidad no esté situado en el momento en que se quiso aplicar al estudio del hombre métodos objetivos, sino más bien en el instante en que se constituye un duplicado empírico-trascendental al que se bautizó con el nombre de hombre.

Con ello, la interpretación y la formalización se convirtieron en las dos únicas formas de analizar de nuestra época. Las ciencias humanas comportan en este proceso una enorme responsabilidad, puesto que son ellas las que aparecen, bajo el efecto de algún racionalismo imperante, cuando el hombre se yergue como aquello que hay que pensar y aquello que hay que saber al lado de los objetos científicos.

La episteme moderna queda con ello definitivamente fraccionada. Por un lado, tenemos las ciencias físicas y matemáticas, por otro, las ciencias lingüísticas, biológicas y económicas y, finalmente, la filosofía. Entre los intersticios de estos bloques surgen las ciencias humanas y sociales, que para Foucault son, al mismo tiempo, pseudociencias y pseudoideologías. Estas transfiguran su voluntad de saber en voluntad de poder: de instrumentos de emancipación devienen medios de ideologización y dominación. Con esto, Foucault resquebraja el estatuto epistémico de las ciencias sociales mostrando no solo sus vacíos y debilidades, sino su rebajamiento a meros instrumentos de ideologización y sometimiento.

Habermas: interés y conocimiento

Planteado así el debate, la Escuela de Frankfurt, con Marcuse[23], Adorno[24] y Habermas[25], especialmente este último, entró, si no a definir, por lo menos a ubicar las diferencias metodológicas de cada conjunto de ciencias. Mientras el primero iniciaba una reivindicación de la auténtica dialéctica hegeliana y los aportes concretos de Marx a esta y el segundo deslindaba fronteras con el pensamiento positivista, Habermas se enfiló, inicialmente en un ensayo titulado *Conocimiento e interés* (1968), a diferenciar los diversos tipos de ciencias a partir de los intereses del ser humano ante su realidad natural, histórica y social para, posteriormente, a partir de los mismos desarrollos de la hermenéutica, plantear una reconstructiva como método de comprensión en las ciencias sociales.

El mundo del hombre se estructura, así, sobre tres *mediums* determinantes: el trabajo, el lenguaje y el poder. A partir de estos ámbitos se han configurado tres tipos de intereses específicos: uno técnico por informarse y dominar la naturaleza; uno práctico por interpretar y orientar las acciones humanas; y otro emancipatorio por criticar y liberar la realidad y la conciencia humanas de poderes e ideologías opresivas[26].

Desde estos intereses constitutivos se conforman tres tipos de ciencias: las empírico-analíticas, donde a un sistema referencial teórico se adaptan conjuntos hipotético-deductivos tendientes a establecer pronósticos empíricos que posibiliten ampliar la información, profundizar el control sobre la naturaleza y garantizar exitosamente los resultados técnicos sobre esta; las ciencias histórico-hermenéuticas, donde la interpretación y comprensión de sentido permiten el conocimiento de la realidad humana a través de una investigación hermenéutica orientada hacia la conservación y ampliación de la tradición y la intersubjetividad; y las ciencias sistemáticas de la acción, las cuales configuran un saber monológico-normativo dirigido a desarrollar un proceso de auto-reflexión que permita al afectado comprender y superar el estado de sometimiento y dependencia ideológica en que se encuentra. El método hipotético-deductivo, la hermenéutica y la autorreflexión crítica definen los contextos metodológicos de cada conjunto de ciencias.

[23] Herbert Marcuse, *Razón y revolución* (Madrid: Alianza, 1976).

[24] Theodor Adorno, *Epistemología y ciencias sociales*, 2001.

[25] Jürgen Habermas, *Conocimiento e interés* (Madrid: Taurus, 1982).

[26] Jürgen Habermas, *Ciencia y técnica como ideología*, 1984.

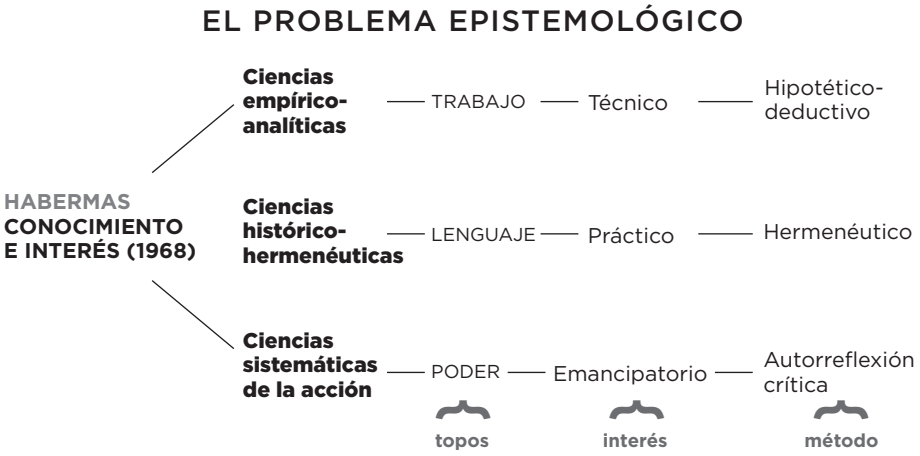


FIGURA 1. EL PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO

Enunciados estos planteamientos el problema metódico quedó, por lo menos, ubicado dentro de un contexto específico. Ya no se trata, pues, de pretender medir una disciplina con un rasero metodológico extraño a su interés de origen y a su horizonte de proyección. Cada conjunto de ciencias responde a un medio constitutivo del hombre y a un ámbito particular de su actividad[27].

Pese a las aparentes deficiencias de su planteamiento, indudablemente Habermas había introducido orden en una polémica donde lentamente se había ido generalizando el caos, al atacarse los unos a los otros con argumentos que no correspondían a la naturaleza de sus disciplinas. Definidos los topos ontológicos, los intereses constitutivos, los marcos metódicos y las proyecciones epistemológicas de cada ciencia, no hay manera de confundir el origen, el método y el objetivo de unas y otras, por ello se desecha del debate toda posibilidad de anclarlo en ambigüedades estériles y superficiales.

El problema del método en las ciencias sociales cerraba así uno de sus capítulos más convulsivos y originales[28]. Pero, igualmente, el planteamiento habermasiano tendía un puente con la hermenéutica que, años más tarde, se concretaría en su propuesta de una hermenéutica reconstructiva como instrumento metódico por excelencia de las ciencias sociales con aspiración crítica y emancipatoria.

[27] Jürgen Habermas, *Conocimiento e interés*, 1982.

[28] José María Mardones, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, 1991.

La hermenéutica

Aproximación histórica

De la exégesis bíblica a la hermenéutica histórica

El problema hermenéutico, como bien lo plantea Coreth[29], surge desde los tiempos antiguos a partir de los intentos de interpretación de las Sagradas Escrituras, tanto en sus orígenes hebreos como, posterior y particularmente, en la ramificación cristiana que se desprende después de la deificación de Jesús. Se trataba, obviamente, de alcanzar una justa y adecuada comprensión, tanto del Antiguo Testamento como de la relación de aquel con el Nuevo, lo que para el Cristianismo se constituía en un imperativo impostergable en la medida en que solo a partir de ello podía reivindicar una mínima claridad sobre los fundamentos doctrinarios de la nueva religión.

Ya desde la Patrística la cuestión hermenéutica empieza a mostrar toda su complejidad. Mientras la Escuela Antioquena defiende un sentido literalmente histórico de las narraciones bíblicas, la de Alejandría sostiene la primacía simbólico-alegórica de su significado, en una contradicción que ni el mismo Agustín pudo superar absolutamente. Empero, ello inauguraba una discrepancia que se prolongaría durante toda la Edad Media entre una interpretación histórica que afirmaba la necesidad de comprender la Biblia a partir de su contexto histórico originario y una filológica que sostenía que ello debía ser entendido como la "Palabra de Dios" paradójicamente revelada[30].

Esta discusión, adelantada siempre en el contexto teologal, en el marco de lo que la autoridad disponía, es terciada bruscamente por Lutero quien rompe el dilema al sostener que la interpretación de la Biblia no corresponde exclusivamente a la Iglesia y que cada hombre podía entenderla como palabra divina por sí misma, sin necesidad de pautas preestablecidas para hacerlo. Este principio hermenéutico invocado por la Reforma (anteriormente incubado por el nominalismo medieval y el propio humanismo renacentista) vendría a ser radicalmente profundizado por la Ilustración, para la cual solo aquello que resistiera el juicio de la razón podía ser declarado como válido, lo cual formalizaba, de facto y de *jure*, la división de dos escuelas que todavía se mantienen en los dominios de la teología cristiana, a saber, la del método histórico-crítico y la del movimiento hermenéutico, como posturas opuestas ante las Sagradas Escrituras[31].

---

[29] Emerich Coreth, *Cuestiones fundamentales de hermenéutica* (Barcelona: Herder, 1972).

[30] Gayle Ormiston y Alan Schrift, *The Hermeneutic Tradition* (Albany: State University of New York Press, 1990).

[31] Emerich Coreth, *Cuestiones fundamentales de hermenéutica*, 1972.

Quien ubica la discusión en el terreno filosófico, iniciando con ello una interesante tendencia metodológica que se prolongaría hasta nuestros tiempos, fue Schleiermacher. Para él la hermenéutica estaba orientada tanto a un saber teórico como a un manejo práctico de lo comprendido. La comprensión se constituía en la noción fundamental de la cuestión hermenéutica, siendo la intelección propiamente dicha la acción y el efecto de entender.

Schleiermacher distinguía dos niveles en la intelección: el adivinatorio, que él definía como un presentir espontáneo, una identificación intuitiva del objeto, y el comparativo, que se alcanzaba a partir del conocimiento de todos los elementos constitutivos, siendo la hermenéutica precisamente, la necesaria combinación de ambos. Es decir, tal como aquel que la definía, la reconstrucción histórica y adivinatoria, subjetiva y objetiva de un discurso dado[32].

La hermenéutica exigía además una identificación absoluta con lo que debía ser estudiado e, incluso, entender al autor mejor de lo que él mismo se hubiera comprendido. El ideal schleiermarchiano de la intelección suponía que entre mayor identidad pudiera lograrse, mayor intelección se alcanzaría y que, por el contrario, la menor intelección conquistada se debía a un menor grado de identidad asumido. El investigador, prácticamente, tenía que abstraerse de sí mismo, de su condición, para colocarse en el lugar del autor estudiado y poder comprenderlo adecuada y justamente. La distancia histórica debía ser superada por completo so pena de hacer del esfuerzo intelectivo una estéril e infructuosa empresa[33].

Droysen haría después un nuevo aporte a la hermenéutica. Sería él el primero en señalar la diferencia metodológica que separaba a las ciencias naturales de las históricas. Mientras que las primeras perseguían el esclarecimiento del fenómeno, mostrando la relación causal de este y su sumisión a una ley, las segundas pretendían la intelección de su objeto, es decir, la comprensión de este en relación con la totalidad que lo determinaba y viceversa, lo cual hacía de la estructura circular de la intelección una de las primeras categorías explícitas de la hermenéutica. Se iniciaba así, de una parte, la problematización sobre los diferentes métodos que debían regir cada tipo de ciencia y, de otra, la determinación normativa de una categorización que orientara acertadamente la investigación historiográfica.

Sin embargo, fue con Dilthey con quien la hermenéutica alcanzó toda su estatura. Profundizando en Droysen, el autor señala las diferencias metodológicas definitivas que distinguían la ciencia natural de la histórica, especificando que, mientras la primera tenía que explicar el fenómeno, la segunda debía comprender lo sucedido en su significación histórica. Para ello había que determinar, antes que nada, las condiciones de posibilidad del conocimiento histórico, los

[32] Kurt Mueller-Vollmer, *The Hermeneutics Reader* (New York: The Contiuum Company, 1988).

[33] Manuel Maceiras Fafián y Julio Trebolle Barrera, *La hermenéutica contemporánea* (Bogotá: Cincel, 1990).

fundamentos de su proceso cognoscitivo y las estructuras y categorías del mundo de la historia. Partiendo del supuesto de que, en las ciencias del espíritu, la operación cognoscitiva sustancial era la comprensión del hecho histórico, Dilthey inicia un arduo trabajo de categorización, con el objetivo de señalar las pautas que podían orientar al investigador en su tarea de interpretación histórica[34].

La primera determinación categorial sobre la que reposa todo el conocimiento histórico es la de vida. Dilthey parte de la convicción de que esta es la que permite comprender la historia por cuanto que la propia historia no es más que cotidianidad. La vida es entendida como situación del hombre en el mundo y es, precisamente, gracias a nuestra propia experiencia vivida que entramos en contacto con la historia de una manera subjetiva, íntima e incomunicable. La comprensión, por la cual damos a esta experiencia universalidad, objetividad y comunicabilidad, consistirá, básicamente, en revivir y reproducir esta vida objetivada en la historia a través de textos, relatos, monumentos, obras y hechos, por medio de pautas específicas que nos posibiliten interpretarla correctamente.

Dilthey sugerirá, sustancialmente, tres categorías para abordar la interpretación y la consecuente comprensión de un objeto histórico de estudio. La primera es la autocentralidad. Ya se trate de individuos, instituciones, comunidades o textos hay que partir del supuesto de que este constituye el epicentro de todo, es decir, de que nuestra investigación tiene que comenzar colocándolo como eje fundamental de toda consideración, describiendo sus funciones, partes y objetivos, estructuralmente analizados.

El segundo paso es determinar la conexión dinámica del objeto con el contexto con el cual se relaciona. Se trata pues de recrear lo más cercano posible las condiciones que rodearon e influyeron sobre este en el momento abordado, la relación recíproca que se dio entre la parte y el todo, y la interdependencia dialéctica que pudo evidenciarse entre los polos de la situación estudiada. Una vez profundizado suficientemente el análisis estructural y dinámico del objeto podemos alcanzar su significado, es decir, el sentido de este en el marco de la situación que lo originara.

Con todos estos planteamientos Dilthey intentó sustraer, *avant la lettre*, las ciencias históricas de la influencia positivista en su seno. La hermenéutica comenzó a configurarse como el método propio de las disciplinas humanas, sugerencias de este autor que constituyeron pautas muy concisas sobre el modo de abordar sus objetos de estudio específicos. Heidegger, más tarde, vendría a profundizar radicalmente estas consideraciones mostrando hasta qué punto la historicidad y la interpretación constituían características inherentes al ser del hombre[35].

[34] Wilhelm Dilthey, *El mundo histórico* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1978).

[35] Olsen Ghiradi, *Hermenéutica del saber* (Madrid: Gredos, 1979).

Por su parte, con Heidegger la hermenéutica deja de ser solamente un método que podemos asumir o rechazar a nuestro particular antojo, algo externo sobre lo que podemos o no optar, sino que ella responde a la propia esencia existencial de nuestro ser en el mundo. Para Heidegger el hombre es un ser que interpreta: necesariamente como ser-en-el-mundo toda persona, por su misma constitución óntica esencial, está compelida a comprender su entorno interpretando su situación histórica. En otras palabras, el objetivo del hombre es interpretar el ser que se revela a través de la historia: comprender su historicidad constitutiva y el propio sentido de su momento histórico[36].

Después de esta fundamentación onto-antropológica de la hermenéutica como característica sustancial al ser humano, Heidegger profundiza y define algunas de las categorías más significativas de la intelección. La primera es la estructura circular o círculo hermenéutico que connota toda interpretación. Ello supone que la comprensión de la parte solo se logra a través de la comprensión del todo y que, a su vez, esta se encuentra mediada por la primera, si bien ello se sustenta en una intelección originaria por la cual, sostiene Heidegger, entendemos previamente lo que pretendemos interpretar.

Estas afirmaciones nos remiten directamente a otro concepto cardinal heideggeriano inspirado en Husserl, que es el de la estructura de horizonte de la intelección. Ciertamente este último pensador había mostrado cómo toda experiencia iba acompañada de un saber previo conformado por contenidos o determinaciones anteriores al hecho. Este "conocimiento intuitivo" se definía a partir de los horizontes interno y externo de toda experiencia, constituidos a su vez, respectivamente, por los conceptos y vivencias que configuran el mundo íntimo de cada cual, así como por el conjunto de objetos que enmarcan o pueden enmarcar externamente esa experiencia[37].

Profundizando ese concepto de horizonte en sentido existenciario, Heidegger afirma que la comprensión está mediada por el marco general que nos proporciona nuestro ser en el mundo, es decir, los conocimientos y experiencias individuales con los que abordamos, en primera instancia, toda nueva experiencia o todo objeto de estudio. La intelección adivinatoria de la que hablaba Schleiermacher no es, en últimas, sino la posibilidad inherente que posee todo ser humano para comprender su situación, mediada, además, por una serie de condiciones existenciales y conceptuales que predeterminan, muchas veces inconscientemente, el primer y los posteriores contactos con el objeto[38].

---

[36] Martin Heidegger, *Ser y tiempo* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1980).

[37] Wilhelm Szilasi, *Introducción a la fenomenología de Husserl* (Buenos Aires: Amorrortu, 1973).

[38] Josef Bleicher, *Contemporary Hermeneutics* (London: Routledge & Kegan Paul, 1980).

Gadamer: hermenéutica de la tradición

La hermenéutica alcanza la altura de una teoría filosófica de la interpretación con Gadamer[39]. Retomando y profundizando los planteamientos de Dilthey y de Heidegger, particularmente, este pensador buscará el reconocimiento de la interpretación como método propio de las ciencias histórico-hermenéuticas.

Problematizando la relación entre ontología y epistemología, Gadamer buscará demostrar la universalidad de la hermenéutica en todos los ámbitos de la vida social (comunicación, experiencia individual y social, arte, religión, filosofía, manifestaciones contestatarias, etc.) como la forma por excelencia para alcanzar una adecuada comprensión del mundo en cualquiera de sus facetas.

Adelantando el debate a partir de la esfera estética, histórica y lingüística, la estrategia gadameriana se orientará, primero, hacia la rehabilitación del prejuicio, la tradición y la autoridad; segundo, hacia la concreción de la categoría ontológica de "conciencia expuesta a los efectos de la historia"; y, tercero, hacia las implicaciones epistemológicas de todo lo anterior.

Partiendo de la insinuación heideggeriana de que el hombre es un ser que interpreta la historia, Gadamer profundizará este concepto mostrando que lo que se trata de comprender es esa historia concretada en una tradición, básicamente. Sin embargo, la resistencia que despierta la tradición en el espíritu contemporáneo, la deformación que se hace de ella, viene mediada por un prejuicio tanto hacia ella propiamente, como hacia la misma autoridad con la cual se identifica.

Ese prejuicio determina negativamente nuestro contacto con la tradición y con la autoridad y tergiversa de principio el sentido de la historia. De raíz, pues, el conocimiento histórico, al no aclarar adecuadamente los presupuestos que lo condicionan, las condiciones de posibilidad de la conciencia histórica, se yergue más bien como un desconocimiento de la historia, antes que como su verdad.

El prejuicio contra el prejuicio, la tradición y la autoridad adquieren su matriz negativo en la Ilustración. Identificando prejuicio con juicio falso, autoridad con dominación, sometimiento, arbitrariedad y tradición con sin razón y abdicación de la libertad, el Iluminismo dogmáticamente niega los momentos positivos de estos conceptos. Gadamer, pues, demuestra respectivamente cómo el prejuicio constituye un componente esencial del comprender, no solo porque pueden existir prejuicios legítimos sino además porque este configura un primer ambiente con el cual abordamos el objeto de estudio, es decir, ese horizonte interno del que hablara Husserl.

Fuera de esto, la autoridad no es nunca una manifestación de ignorancia o sumisión sino que hunde su fundamento en un acto de conocimiento y reconocimiento por el cual aceptamos la superioridad del semejante en profundidad y

[39] Hans-George Gadamer, *Verdad y método* (Salamanca: Sígueme, 1984).

perspectiva: la autoridad no se impone sino que se adquiere y lo que ella transmite no es irracional ni arbitrario sino libremente asumido como razonable. De igual manera, la tradición es un momento de la libertad y de la historia que retomamos críticamente, no solo como conservación sino también como aliento e inspiración de la actitud transformadora, en el marco de todo movimiento histórico.

Aclarado esto, Gadamer aborda lo que constituye la cima de su reflexión, la categoría de conciencia expuesta a los efectos de la historia, que sin duda representa el punto más trascendental de autoconciencia al que haya podido llegar la investigación histórica contemporánea. Con ello se trata de significar los efectos históricos a los que está expuesta la conciencia necesariamente y que determinan la imposibilidad de estudiar el pasado como un objeto, lo cual reivindica una distancia ante el hecho histórico definitivamente ajena a la experiencia.

Estamos inmersos dentro de la historia, en el flujo constante de una cultura que nos transmite los ecos de la tradición que no podemos desatender ni rechazar porque nos condiciona permanentemente, prefigurando —además mediante el lenguaje— nuestro mundo, nuestras consideraciones, incluso, nuestras posibilidades.

Donde verdaderamente alcanza toda su dimensión esta categoría es en la descripción que Gadamer hace de la experiencia hermenéutica. En vez, pues, de asumir pasivamente la tradición (lo cual no es sino reproducir una ideología) o pretender rechazarla so pretexto de una alternativa superior (inmersa dentro de la misma tradición) se trata de tomar conciencia de esta situación y evidenciar —antes que ocultar— la tensión que produce en nosotros el contacto con la historia. La tarea hermenéutica consiste en desarrollar esta tensión, no en ocultarla, mostrando cómo el momento del encuentro entre el pasado y el presente no es otra cosa que el instante donde el hombre aborda con sus prejuicios, con sus esquematizaciones lingüísticas y con su horizonte particular una tradición que le es propia y al mismo tiempo extraña, que conoce vagamente pero que desconoce en realidad.

La experiencia hermenéutica no es más que la fusión de horizontes que se produce entre los presupuestos de la conciencia histórica y la tradición misma. Proceso en el cual nuestros prejuicios se dialectizan, se abren al sentido auténtico de la historia, y obtienen en esa retroalimentación entre el pasado y el presente el horizonte adecuado para comprender la cultura.

Es en ese espacio hermenéutico donde se logra la interpretación del proceso histórico, lo cual se alcanza gracias a que en sí mismo este es también un espacio lúdico donde la intelección se alcanza jugando. En otras palabras, solo comprendemos la historia cuando somos capaces de jugar con ella, es decir, de formular preguntas, de proyectar horizontes, de aventurar sentidos y de representar posibilidades.

Es en el espacio del diálogo con la tradición donde "la luz de la palabra penetra la esencia del mundo", es en el arte de preguntar y mantener abierta la pre-

gunta sobre el pasado, es en esa reflexión desbocada que nos lleva a representar mil espejismos ante el laberinto histórico, es por esa especulación impaciente de comprender la vida que en su delirio rompe con la inmediatez y el dogmatismo por la que podemos acceder a la comprensión de la historia.

La experiencia hermenéutica no es sino la experiencia del juego. Interpretar la historia es especular, atrevernos a enunciar herejías, jugar con los sentidos momificados para modificarlos y abrir nuevos horizontes de interpretación. Especular es transformar el mundo: es el aliento original que nos inspira a subvertir lo dado, a mejorarlo, a hacerlo más humano. Por ello la comprensión es un acontecimiento ontológico, una manifestación estética, una revelación lingüística. Interpretar es recrear la vida, descubrir la eternidad en el momento, reverdecer la realidad indiferente y fría.

La interpretación nos permite actualizar la historia, no solo conceptual sino anímicamente. Por ella lo inerte cobra aliento, lo olvidado se recuerda, las lágrimas del ayer se prolongan en la conciencia del presente. La verdad se manifiesta translúcida y simple gracias a este "espacio sin privilegios" donde la interpretación, sin someterla a un camino, le abre la puerta y le sugiere un confín donde reconocerse como cierta. El método para comprender la historia es la especulación y la verdad es el horizonte que proyectamos y descubrimos al hacerlo.

Una vez agotada la descripción de la experiencia hermenéutica, Gadamer extrae de ello sus implicaciones epistémicas. Se trata entonces de mostrar el carácter universal de la hermenéutica. La primera consecuencia es realmente atrevida: la misma investigación científica no escapa al efecto histórico. Todo saber está inmerso dentro de la tradición y como tal mediado por una serie de precomprensiones que lo condicionan y relativizan. La pretendida superioridad metodológica de las ciencias naturales es un mito positivista que hay que cuestionar precisamente con las herramientas que nos brinda la hermenéutica[40].

La segunda implicación atañe al conocimiento histórico particularmente: toda investigación histórica, sea cual sea el carácter que asuma, trasmite la tradición y solo tiene sentido dentro de esta. La repercusión histórica de los hechos determina la investigación y el conocimiento de la historia de tal manera que es imposible obviarlo, siendo por lo mismo mucho más honesto asumirlo abiertamente. Esto recuerda aquella polémica lukacsiana en torno a la necesidad de asumir los "juicios de valor" en la consideración de los fenómenos socio-históricos antes que reivindicar una neutralidad imposible de sostener. Acordado esto, la universalidad de la hermenéutica solo tendrá que ser legitimada si se logra integrar, por el mismo método, a los dominios estético, histórico y lingüístico donde por excelencia se manifiesta. Con esto se supera la

[40] Jaime Rubio Angulo, "El proyecto hermenéutico de Hans-Georg Gadamer", *Cuadernos de Filosofía* 1, n.° 2 (1973): 23-41.

alienación por distanciamiento, que en ellos se ha presentado individualmente, a través de una convergencia ontológica que permite alcanzar la propia estructura especulativa y lúdica que connota el lenguaje como experiencia del mundo y mediación del ser, en el cual reposa la clave de la hermenéutica y su validez final, epistémica y ontológicamente.

Ricoeur: hermenéutica del símbolo

La obra de Paul Ricoeur constituye un aporte contemporáneo de gran significado a la hermenéutica desde su exploración del símbolo. Frente al "concepto amplio" que define al símbolo como "función mediatizante" entre el hombre y la naturaleza, y el "concepto estrecho" que equipara símbolo con analogía, Ricoeur propone un concepto delimitado que restringe al primero a las expresiones de doble o múltiple sentido que exigen un trabajo de interpretación[41].

El símbolo es portador de doble sentido. Reminiscencia y esperanza, en él se encierra simultáneamente el resurgimiento de significaciones arcaicas y la aparición de figuras anticipadoras. Este carácter regresivo-progresivo del símbolo auténtico define al mismo tiempo un reconocimiento del pasado y una proyección hacia el futuro, en una dialéctica paralela a la función de descubrimiento y desvelamiento que su estructura intencional conlleva. Ambas dimensiones responden a la función de ocultar-mostrar que el símbolo funde en una sola expresión.

Ricoeur diferencia tres niveles de creatividad del símbolo, que al mismo tiempo introducen una diferenciación del concepto de tradición, que más tarde abordaremos. Encontramos así una simbólica sedimentada (tradición muerta) compuesta de símbolos inertes y estereotipados; una simbólica funcional (tradición ideologizada), de la que hacen parte los símbolos creadores de reconocimiento social y, por último, una simbólica prospectiva (tradición crítico-creativa), que incluye los símbolos creadores de significaciones arcaicas y proyectivas, prioridad fundamental de interpretación cultural que debe realizarse.

Esta interpretación del símbolo requiere a su vez, según Ricoeur, tres momentos: primero, una fenomenología del símbolo, es decir, el esclarecimiento de su naturaleza y su relación con la totalidad simbólica que lo determina; segundo, una hermenéutica del símbolo, donde se lleva a cabo todo el trabajo de interpretación crítica, de desciframiento, sobre su sentido; y, tercero, una reflexión sobre el símbolo que precisa, respectivamente, una exégesis creativa del enigma del símbolo, una reflexión desmitificadora sobre los contenidos que han perdido valor y una especulación remitificadora que recree y actualice su sentido. Este último que, a su vez, debe ser abordado simultáneamente en tres esferas específicas:

[41] Paul Ricoeur, *Le conflit des interprétations* (Paris: Éditions du Seuil, 1969).

la del tener, la del poder y la del valer, en un amplio espectro que abarca las diversas dimensiones de la realidad y las diferentes proyecciones de este en aquella.

Pero los símbolos primarios se articulan y cobran vida en su interacción recíproca y es este discurrir el que paulatinamente va definiendo las diferentes tradiciones que caracterizan a cada conglomerado. En otras palabras, los símbolos de reconocimiento cultural no son entidades abstractas y descontextualizadas sino que se manifiestan y cobran sentido en el devenir cotidiano de las comunidades. El símbolo no puede ser asumido como una realidad estática: no existe sino inmerso en esa dialéctica social que lo vehiculiza y a la que, al mismo tiempo, confiere significado[42].

Ricoeur sostiene que es posible distinguir tres historicidades que estructuran tres niveles de la tradición. Primero la del tiempo escondido, el del símbolo primario propiamente dicho. Segundo, la del tiempo de la interpretación viviente, es decir, la interpretación histórica de la propia historia. Tercero, el tiempo de la historicidad de la comprensión, o en otras palabras, el de la reflexión hermenéutica sobre el conjunto.

De allí se desprenden, sostiene Ricoeur, tres niveles de la tradición, a saber, el de los acontecimientos fundamentales, o, como diría Mircea Eliade, el de los arquetipos paradigmáticos o prototipos simbólicos sobre los que se fundan las relaciones de reconocimiento social; el nivel de las tradiciones constituyentes, inmersas en la cotidianidad de las comunidades, en las dimensiones que en seguida especificaremos; y el nivel de la tradición constituida, que define la autoconciencia cultural colectiva de un pueblo[43].

En el segundo nivel podríamos intentar un mayor acercamiento retomando a Ricoeur en consideraciones que más tarde hace de las diferentes instancias de creatividad del símbolo, como tuvimos oportunidad de observar en el apartado anterior. Podemos así distinguir tres estadios de la tradición: la muerta (símbolos estereotipados), la ideologizada (símbolos funcionales) y la crítico-creativa (símbolos creadores de significado), los cuales configuran en un momento dado la compleja estructura de la tradición constituyente de un pueblo, a un mismo tiempo auténtica, actual y prospectiva.

Aproximación estructural

Dimensiones de la hermenéutica

La hermenéutica comporta tres dimensiones o problematizaciones sustanciales. El problema de la intelección, el del lenguaje y el de la mediación. La primera supone

[42] Gilbert Duran, *L'imagination symbolique* (Paris: Presses Universitaires de France, 1964).

[43] Adrian Marino, *L'herméneutique de Mircea Eliade* (Paris: Gallimard, 1981).

una distinción entre intelección, interpretación y aplicación. La intelección es la operación inmediata de entender, lo que algunos denominan intelección intuitiva y que Gadamer nos ha mostrado que no es otra cosa que ese horizonte interno de nuestro conocimiento, determinado por los prejuicios o efectos de la historia sobre la conciencia. Esta intelección básica configura el primer acercamiento al objeto de estudio pero, obviamente, no puede detenerse el proceso cognoscitivo a este nivel[44].

Solo la interpretación puede darnos la comprensión total del fenómeno a través de una operación que supone un conocimiento más profundo del objeto por medio de la desmembración, la fundamentación y el esclarecimiento de su estructura y de sus relaciones contextuales. Es lo que también se ha denominado la intelección comparativa, que debe suponer el esclarecimiento de los presupuestos y condicionamientos históricos que determinan la relación entre el sujeto y el objeto de estudio.

Por último, encontramos el momento de la aplicación, es decir, la evidencia de que la propia comprensión transforma lo comprendido. La hermenéutica encuentra aquí la realización de lo interpretado y demuestra que no se agota en un saber teórico meramente, sino que comporta esencialmente un fin práctico[45].

La segunda dimensión de la hermenéutica atañe al lenguaje. Sin duda ha sido esta la que ha demostrado la importancia radical que este comporta para la interpretación. No porque se trate de reivindicar un rigor filosófico que, la más de las veces, en aras de la fidelidad textual castra el sentido auténtico del mensaje, sino porque ha demostrado hasta qué punto la historia y el mundo del hombre vienen determinados por una constitución lingüística que esquematiza previamente nuestras posibilidades de conocimiento, lo que conlleva que radique allí, incluso, la propia fuente de la incomprensión. Es a través del lenguaje como conocemos y reconocemos la tradición, las circunstancias históricas que nos rodean y la vida misma[46].

No hay comprensión ni hombre ni mundo ni ser sin lenguaje. El ser humano interpreta la historia a través de este y ello constituye una característica onto-antropológica de la que no podemos prescindir y que hay que asumir conscientemente. Nuestra visión cosmológica, nuestra experiencia cotidiana, nuestra autoconciencia histórica, nuestro reconocimiento cultural son todos elementos lingüísticamente acuñados, transmitidos e interpretados, lo que hace del lenguaje, no solo un vehículo "neutral" del conocimiento, sino un filtro del

[44] Emerich Coreth, *Cuestiones fundamentales de hermenéutica*, 1972.

[45] Gayle Ormiston y Alan Schrift, *The Hermeneutic Tradition*, 1990.

[46] Adrian Marino, *L'herméneutique de Mircea Eliade*, 1981.

que depende necesaria y no accidentalmente nuestra interpretación y actitud ante la realidad. "El ser que puede ser comprendido es lenguaje", dirá Gadamer para mostrar cómo la lingüisticidad configura la mediación ontológica entre el hombre y el mundo.

El tercer problema que evidencia la hermenéutica, implícito en los dos anteriores, es el de la mediación. La comprensión del mundo no es inmediata, supone una serie de elementos que condicionan nuestro conocimiento y que refutan la suposición de un saber espontáneo e intuitivo de la realidad. En otras palabras, el conocimiento histórico viene necesariamente mediado por un conjunto de factores que es imprescindible tener en cuenta, so pena de reivindicar ciertas conclusiones como totalmente erradas desde un principio.

Nuestra comprensión está mediada, en primer lugar, por el lenguaje, tal como lo observamos antes. Los esquemas que a través de él se nos transmiten condicionan de raíz nuestro conocimiento, como la misma experiencia de la vida. En segundo lugar, encontramos la mediación constituida por la propia tradición, por la cultura. Las repercusiones de la historia en nuestra consideración inconsciente de esta configuran nuestra intencionalidad hacia ella, lo cual, de no reconocerse manifiestamente, puede relativizar un saber auténtico de esta.

Esto último bosqueja el prejuicio o la precomprensión que define el horizonte inicial del conocimiento histórico y cuya claridad nos debe permitir asumir el proceso de encuentro entre la tradición y la conciencia como una fusión de horizontes donde paulatinamente dialectizamos nuestros prejuicios, para acceder a una comprensión más amplia y profunda del fenómeno histórico, que evita un choque irreconciliable de prejuicios que niegue de plano la posibilidad de una interpretación genuina del objeto estudiado. Como se ve, la mediación del conocimiento es un aspecto irrefutable cuya trascendencia la hermenéutica ha sabido poner de relieve[47].

Categorías de la hermenéutica

Aclarados estos tópicos que la hermenéutica, o el problema hermenéutico, ha mostrado como colindantes a su temática, y con el propósito de cerrar esta aproximación estructural a ella, trataremos de acercarnos, sinópticamente al menos, a las categorías sobre las que la interpretación puede sustentarse para alcanzar una adecuada comprensión del objeto de estudio que complemente las anteriores disquisiciones[48].

Indudablemente, la primera categoría de la que debemos partir al abordar la historia es la del prejuicio o precomprensión que condiciona la óptica

[47] Gianni Vattimo, *Hermenéutica y racionalidad* (Bogotá: Norma, 1994).

[48] John Caputo, *Radical Hermeneutics* (Bloomington: Indiana University Press, 1988).

que escogemos para hacerlo. La necesidad de ubicar, hasta donde sea posible, los elementos que constituyen esa precomprensión con el objetivo de reconocer conscientemente cuáles de ellos son válidos o falsos es una obligación del investigador de los fenómenos humanos.

Una vez definidos estos condicionamientos que conforman el horizonte de la intelección individual, es decir, el entendimiento espontáneo e inmediato de la cuestión, podemos acometer el estudio del objeto, conscientes de que al hacerlo estamos propiciando con ello una fusión de horizontes donde entramos a dialogar con la historia, abriendo nuestra precomprensión inicial a otras relaciones de sentido para alcanzar así una comprensión integral del fenómeno estudiado.

Esto es lo que se conoce como la estructura de diálogo de la hermenéutica donde, a través de un intercambio recíproco, paulatinamente enriquecemos nuestros preconceptos iniciales hasta alcanzar el sentido auténtico del segmento histórico considerado. Esto supone la predisposición de abrirse al nuevo testimonio sin resistencias ni resquemores, atentos al mensaje que estamos recibiendo.

Obviamente, estas categorías nos permiten esclarecer ámbitos recónditos de la conciencia que determinan involuntariamente nuestro conocimiento y cuya dilucidación nos posibilita asumir el fenómeno humano, conscientes de nuestras limitaciones o condicionamientos. Este momento del proceso cognoscitivo que el observador debe tener en cuenta para no tomar por evidente lo que no es sino fruto de sus prejuicios no basta, sin embargo, por sí solo, para lograr alcanzar la comprensión adecuada del objeto de estudio.

En esto quizás Dilthey sugirió varias categorías que podemos retomar en cuanto que ellas señalan pautas específicas que nos permiten acceder al sentido de la cosa histórica. El autor propone tres categorías básicas para comprender los hechos, las obras y los testimonios de la tradición, de la historia o de la vida: se trata de las categorías de la razón histórica, definidas como autocentralidad, conexión dinámica y significado[49].

La categoría de autocentralidad hace referencia a la necesidad de abordar el objeto de estudio desde el punto de vista de su realidad interna. Es decir, en primera instancia, la investigación tiene que orientarse al análisis del hecho en sí, sus partes, sus componentes, sus funciones, en síntesis, su estructura particular. Pero como toda estructura tiene su centro en sí misma y no puede ser considerada aisladamente, la categoría de conexión dinámica tratará de mostrar cuál es la relación de esta con las demás estructuras con las cuales coexiste en un contexto determinado. Es lo que la hermenéutica ha definido como la categoría de condicionalidad recíproca o estructura circular por la cual conocemos la parte

[49] Wilhelm Dilthey, *El mundo histórico*, 1978.

en relación con el todo y el todo en relación con la parte. En este punto habremos alcanzado el significado, última categoría de la razón histórica, con la cual alcanzamos la comprensión del objeto estudiado, después de haber entendido su realidad estructural y su relación con el medio que lo condicionaba.

LA EPISTEMOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES

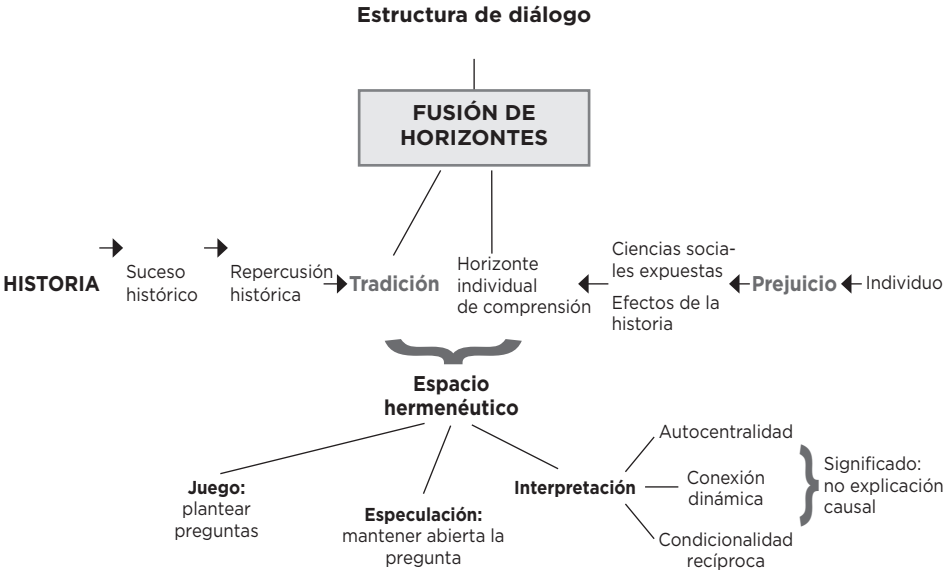


FIGURA 2. LA EPISTEMOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES

Empero, la interpretación de un fenómeno humano-histórico supone un tercer momento para lograr la comprensión definitiva del hecho, ya que las categorías dilthenianas, si bien configuran pautas metodológicas concisas y definidas, no precisan la manera como esta interpretación, de por sí, puede realizarse. La misma rigurosidad de las categorías constriñe la interpretación a marcos que pueden desviarla de una comprensión plena de lo considerado.

Quizá por esto es que Gadamer, al referirse a la experiencia hermenéutica, sostiene que interpretar es jugar, antes que nada, reivindicando el juego como la categoría sustancial del fenómeno estético. Jugar con las palabras, con las preguntas, constituye así la esencia misma de la hermenéutica. La especulación se constituye para Gadamer en la posibilidad de proyectar horizontes y explorar sentidos que nos permitan alcanzar la comprensión, históricamente condicionada, pero, también, históricamente cierta, del objeto abordado. Como tal, la interpretación hermenéutica supone como su categoría final la propia especulación con la cual

la verdad se nos revela, en el juego de las preguntas permanentes, gracias a la reflexión libertaria, atrevida y herética[50].

Con esto terminamos este cuadro sobre una disciplina que, como la hermenéutica, sin duda constituye para el investigador de los fenómenos históricos y sociales una herramienta de insuperable eficacia. Empero creemos que, pese a la intención de Gadamer, quien sin duda corrige deficiencias y profundiza brillante y originalmente las orientaciones recogidas de sus antecesores, incluso asumiendo de Hegel ideas cardinales, tanto filosóficas como metódicas, la hermenéutica descuida ciertos conceptos y momentos que la dialéctica hegeliana, en particular, puede complementar sin demeritar ni oponerse a las consideraciones de aquella.

Si bien Gadamer, insistimos, asimila varios aspectos de la dialéctica hegeliana, controvirtiendo abiertamente con otros, sin duda Hegel y su método dialéctico no son extraños ni ajenos a la hermenéutica, por lo tanto, antes que excluirlos deben ser asumidos críticamente por el pensamiento hermenéutico como propios a su tradición[51].

La dialéctica: consideración histórico-estructural

La dialéctica hegeliana

Quisiera en este punto rescatar una serie de conceptos clave de la filosofía hegeliana mostrando cómo ellos constituyen pautas determinantes en el abordaje de los fenómenos históricos, con el objeto de desembocar, finalmente, en la exposición del método dialéctico utilizado por Hegel y el posterior enriquecimiento hecho por autores como Marx, Lukács y Piaget, recogidos en magistral síntesis por Lucien Goldmann. Si bien insistimos, las nociones originales se encuentran todas en el filósofo alemán pese a que él no desarrolló sistemáticamente la metodología dialéctica tal como hoy podríamos hacerlo.

En realidad Hegel, tal como lo sostienen Findlay[52], Kaufmann[53] y Serreau[54], para no hablar sino de estos tres, jamás se interesó por explicitar en detalle la mecánica de su método. Más bien, lo utilizaba con ejemplar maestría en la interpretación de los hechos históricos, desinteresado por mostrar su fundamentación interna, lo cual no ha dejado de ser un obstáculo en la exposición rigurosa

[50] Hans-George Gadamer, *Verdad y método*, 1984.

[51] Manuel Maceiras Fafián y Julio Trebolle Barrera, *La hermenéutica contemporánea*, 1990.

[52] John Niemeyer Findlay, *Reexamen de Hegel* (Barcelona: Grijalbo, 1969).

[53] Walter Kaufmann, *Hegel* (Madrid: Alianza, 1979).

[54] René Serreau, *Hegel y el hegelianismo* (Buenos Aires: Eudeba, 1972).

de este por parte de los estudiosos hegelianos. Sin embargo, pese a ello, indudablemente se ha alcanzado a conquistar cierto consenso en torno a lo que la dialéctica hegeliana es en sí misma, definición que trataremos de sintetizar en las próximas líneas.

En el prólogo a la *Fenomenología del espíritu* (1807), escrito mucho después con la intención de servir de introducción a todo su amplio sistema filosófico, Hegel escribe: "El método no es, en efecto, sino la estructura del todo presentada en su esencialidad pura"[55]. Con ello el autor quería decir que su método no era sino la abstracción del proceso histórico, el cual había observado que se desarrollaba según esa tríadica manifestación de tesis, antítesis y síntesis, grosera esquematización posterior jamás utilizada por el pensador de Stuttgart.

Empero, ciertamente, la dialéctica pretende representar metódicamente la dinámica misma de la historia que se puede representar como el consecutivo desarrollo de tres momentos, uno afirmativo, otro negativo y otro más que niega los anteriores, retomando de los tres sus principales manifestaciones. Tal es, también, la causa de que a la dialéctica se la haya denominado muchas veces "la negación de la negación".

Para no caer en polémicas estériles, que no es el caso recrear aquí, digamos simplemente que es el mismo movimiento de la historia en el que parece desarrollarse tríadicamente el origen del método dialéctico. Pero como es obvio, Hegel no se quedó en esa consideración que fundamenta, junto con el concepto de alienación, como ya lo veremos, toda su filosofía. Tangencialmente profundizó cada momento de su método dejándonos una idea clara de lo que cada uno significaba para él, y se despreocupó por categorizarlo rigurosamente. A partir de ello y de los estudios hechos por los especialistas podemos entonces descomponer la dialéctica en tres momentos particulares: el abstracto, el dialéctico y el especulativo.

El momento abstracto es el del entendimiento, de la afirmación. Se caracteriza por sus nociones fijas y definidas, y por la distinción e independencia de cada una con respecto a las otras. El entendimiento frena la tendencia de las ideas y principios a transformarse en otros. Constituye un elemento esencial de la conciencia en cuanto capta los objetos en su estricta determinación y deslinda unas nociones de las otras, lo cual es imprescindible y necesario para trabajar conceptualmente una materia. Históricamente es el momento de arranque de una época donde hay un orden aparente y claro de los diversos factores que la constituyen. Su definición axiomática lo hace ser inflexible, su expresión típica es "el ser es; el no ser no es; todo es todo y nada es nada".

El momento dialéctico es el de la negación, donde todo se relativiza. Aquí

[55] G. W. F. Hegel, *Fenomenología del espíritu* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1966), 23.

se hace evidente la tendencia implícita de nuestras nociones a transformarse en otras, lo que las hace más ricas, concretas y profundas. Es por lo mismo el momento de la contradicción, presente siempre en el entendimiento y que se hace explícita en la dialéctica cuando las nociones tienen que dejar su rigidez y explicar la realidad ayudándose de sus correlativos o complementos.

Hegel no entiende la contradicción como un accidente subjetivo de carácter lingüístico o conceptual: no se trata de la que es vaga y equívoca sino de la interna que relativiza y cuestiona, que está presente en la realidad objetiva y por lo mismo es fuerza motriz de la vida, la sociedad y la historia. Como relativización y negación de lo dado, su fórmula se sintetiza en "todo es nada y nada es todo" e históricamente se realiza en los periodos de transformación radical, de subversión social.

El momento de la razón integra los dos anteriores. Las nociones definidas del entendimiento y las correlaciones señaladas por la dialéctica como necesarias son asumidas en una nueva racionalidad diferente a las dos anteriores pero que las integra y las conserva. La razón no hace desaparecer las contradicciones sino que las asimila y las mantiene presentes en una nueva unidad. Este momento constituye la unificación de todos los puntos de vista, de todas las maneras de acceder a un tema.

Los diversos elementos señalados en los dos momentos anteriores se fusionan, lo que enriquece la consideración general del fenómeno y se alcanza la totalidad e identidad concretas del objeto. Frente al rigor del entendimiento y la negación de la dialéctica, el momento especulativo afirma: "el ser es el devenir", es decir, ni lo uno ni lo otro sino una nueva definición que las supone a ambas. Históricamente constituye las etapas de equilibrio social donde las diversas resultantes confluyen en las más altas expresiones espirituales y materiales de la sociedad en un momento determinado[56].

Estos momentos de la dialéctica hegeliana son complementados por otros conceptos de igual significatividad que no logran sentido sino expuestos en su estrecha conexión. En primer lugar, resaltamos el de alienación. Ya hemos visto cómo Hegel utiliza indiscriminadamente esta noción, a la que da toda su profundidad y sistematización filosófica en tres sentidos diferentes: cosmológico, histórico y económico —como lo sugiere acertadamente Lukács en su libro sobre el joven Hegel[57]—. Cosmológico, haciendo referencia a todo el proceso de la *idea* que desde su medio abstracto se exterioriza en la naturaleza para reconocerse finalmente en el espíritu de la historia.

Histórico en cuanto a la necesaria objetivación del hombre en el mundo y

[56] René Serreau, *Hegel y el hegelianismo*, 1972.

[57] Georg Lukács, *El joven Hegel* (Barcelona: Grijalbo, 1976).

en la sociedad donde él se autorreproduce y se autorreconoce como forjador de la historia. Y económico haciendo referencia a lo que más tarde Marx denominaría "fetichismo de la mercancía", es decir, la forma específica de alienación que connota el sistema capitalista. La alienación, como un movimiento que supone siempre un estado inicial, uno de exterioridad y uno de reconocimiento, no puede concebirse sino estrechamente ligada a la dialéctica. Es más, en términos reales, es la dialéctica misma.

El otro concepto es el de la identidad sujeto-objeto. Hegel afirma: "Según ni modo de ver todo depende de que lo verdadero no se aprehenda y se exprese como sustancia sino también y en la misma medida como sujeto"[58]. Otra de las grandes preocupaciones hegelianas fue siempre el divorcio existente entre el hombre y su mundo. El ser humano parte de una situación de separación entre él y su entorno, de alienación precisamente. El objetivo de la filosofía, del Estado y de la historia es lograr alcanzar la reconciliación entre el hombre y el mundo, conceptual, material y espiritualmente.

Hegel no parte, como el empirismo o el racionalismo, de una dicotomía entre sujeto y objeto de carácter insalvable. Lo importante del proceso cognoscitivo es la relación entre los dos, la suposición de que juntos conforman una unidad irreductible. La identidad final de ambos, la superación de la alienación existente entre los dos, la complementación insuperable de ambos términos, es otra de las nociones hegelianas de valor trascendental, que no puede ser desligada de un método cuyo fin es propiciar la identificación total de los polos históricamente separados.

Por último, tenemos la categoría de totalidad: "lo verdadero es el todo"[59]. Sin duda, este concepto, por excelencia, resume la proposición metodológica del hegelianismo. La comprensión del fenómeno solo se alcanza abarcando todas sus manifestaciones desde todos los puntos de vista posibles. Es, además, el imperativo del tercer momento de la dialéctica hegeliana alcanzar la integración de todos los compuestos del hecho desde el mayor número de perspectivas. Pero es también el supuesto de que ello se logra mostrando la relación entre el todo y la parte, su condicionalidad recíproca e, incluso, como dice Lukács, el dominio omnilateral del todo sobre las partes. De allí porqué la dialéctica hegeliana, en especial el momento especulativo, necesariamente supone las otras categorías para comprenderse adecuadamente y poderse implementar como un método auténtico de interpretación y conocimiento[60].

En general, todo el sistema hegeliano y cada uno de sus tópicos son la realización de esta metodología y estos conceptos. Las tres grandes divisiones de su

[58] G. W. F. Hegel, *Fenomenología del espíritu*, 24.

[59] G. W. F. Hegel, *Fenomenología del espíritu*, 26.

[60] Georg Lukács, *El joven Hegel*, 1976.

filosofía de entrada muestran esta realidad: la ciencia de la lógica (estudio de la idea en el medio abstracto del pensamiento), la filosofía de la naturaleza (idea en su auto-alienación y auto-exteriorización) y la filosofía del espíritu (idea en su regreso a sí misma desde su auto-alienación) patentizan esa aseveración.

Pero donde se ve toda la genialidad de Hegel es en la exposición misma de la filosofía del espíritu, anticipada magistralmente en la *Fenomenología del espíritu*, cuando combina a un mismo tiempo el desarrollo histórico de los tipos de conciencia con la consideración estructural de las disciplinas humanas, y muestra cómo sistema e historia coinciden íntimamente. Si tomamos a la *Fenomenología del espíritu* como preludio de la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* (1817) observamos cómo aquella describe sistemáticamente los diversos tipos de conciencia que la humanidad ha trajinado para conquistar respectivamente su conciencia individual, social e histórica[61].

Así pues, autoconciencia, razón, moralidad, cultura, eticidad, arte, religión y filosofía son formas de la conciencia que progresivamente el género ha conquistado hasta alcanzar el culmen total del saber y, con él, la superación conceptual de la alienación y la anhelada identidad con el mundo.

Hasta aquí se trata, solamente, de un recorrido histórico singular (ya que se da en forma de espiral que vuelve una y otra vez, desde diferentes puntos de vista, sobre la misma historia) que describe la multitud de formas de conciencia a lo largo del devenir humano. Pero cuando observamos que ese recorrido histórico de los diversos tipos de conciencia describe, simultáneamente, la totalidad estructural de las disciplinas humanas (lo cual será después profundizado de manera explícita en la *Enciclopedia*) la contundencia del método hegeliano se nos presenta en toda su magnitud.

De esa manera, a las formas de conciencia expuestas anteriormente corresponden en su orden una fenomenología, una antropología, una psicología, una filosofía del derecho, una filosofía social, una ética, una estética, una teología y una filosofía de la historia, aproximadamente. El proceso histórico y el cognoscitivo coinciden plenamente en el hegelianismo. Así pues, Hegel combinó en su filosofía y en su método el planteamiento histórico con el estructural. Además, mostró con lujo de detalles que historia y estructura no se repelen sino que se complementan y se requieren para una interpretación auténtica del fenómeno individual, social e histórico.

[61] G. W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* (México D.F.: Porrúa, 1977).

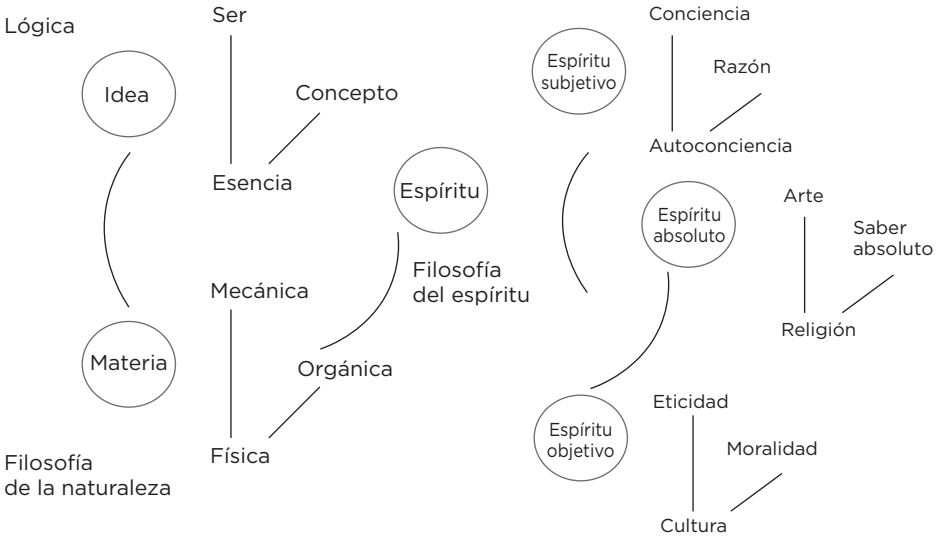


FIGURA 3. EL SISTEMA HEGELIANO

De allí porqué Lucien Goldmann habló de método genético-estructural al describir la dialéctica hegeliana y, en general, el movimiento que con él se inauguró. La correspondencia entre formas de conciencia histórica y disciplinas o materias humanas demostró que el estudio del proceso y de la estructura de este, en otras palabras, el estudio diacrónico y sincrónico, eran una exigencia de la investigación, no una posibilidad[62].

La dialéctica materialista

Pasemos ahora, brevemente, a Marx. En la introducción a la *Contribución a la crítica de la economía política* (1859), refiriéndose al método adecuado y a la posición de Hegel, Marx sostiene que el método que se ha manifestado como cierto es aquel donde lo concreto se recrea en el pensamiento como síntesis de múltiples determinaciones, unificando lo diverso y cuestionando la ilusión hegeliana de tomar lo real como resultado del pensamiento y no lo contrario, tal y como es[63].

Lo concreto del pensamiento, es decir, la totalidad concreta, continúa Marx, es un producto del pensar, pero de ninguna manera de una "idea" que piensa, como afirmara Hegel: el sujeto debe estar siempre presente en la representación como premisa, pues ignorarlo nos coloca enseguida en la posibilidad de caer en

[62] Lucien Goldmann, *Las ciencias humanas y la filosofía* (Buenos Aires: Nueva Visión, 1978).

[63] Karl Marx, *Fondements de la critique de l'économie politique* (Paris: Anthropos, 1970).

una posición idealista que desconoce las determinaciones concretas del análisis.

Como sostiene Althusser al comentar esta introducción, este es el único texto de Marx donde se habla explícitamente del método[64]. Su importancia radica en la fijación de dos tesis materialistas esenciales, a saber: primero, la primacía de lo real sobre el pensamiento (lo cual supone la existencia de lo real independientemente del pensar) y, segundo, la especificidad misma del pensamiento frente a lo real. Estos dos criterios distinguen la "práctica-teórica marxista" de la distorsión ideológica tradicional, y es a partir de aquella por la que se produce ese concreto-de-pensamiento que caracteriza a la reflexión marxista como un verdadero análisis científico sobre la realidad.

El aporte marxista al método dialéctico radica en la desmitificación que hace de este, al despojarlo de la entidad idealista que le había inculcado Hegel al identificar a un mismo tiempo lo real con lo racional, lo que hacía del desarrollo de la idea la sustancia del desarrollo material e histórico y no lo contrario. Pero, más allá de ello, el método marxista asume todas las características de la dialéctica hegeliana, salvo cuando el marxismo estalinista las esquematizó groseramente.

Sin duda, ha sido el segundo momento de la dialéctica, el de la negación, el que más ha atraído la atención del marxismo original. De resto, las consideraciones metodológicas de este han caído en lugares comunes inspirados en la lectura engeliana-estaliniana de la dialéctica, con las consecuencias teóricas y prácticas que todos conocen[65].

Sin embargo, esta tendencia mecanicista que durante mucho tiempo, incluso en la actualidad, ha imperado en el marxismo fue afortunadamente contrarrestada por una generación de vigorosos pensadores que volvieron a dar a la dialéctica, paradójicamente retomando a Hegel, el carácter peculiar que esta connotaba.

Tal fue el caso de Karl Korsch, Georg Lukács, Antonio Gramsci y Rosa Luxemburgo quienes, inspirados en el mismo replanteamiento leninista sobre Hegel, vuelven a la dialéctica original para, desde ella, criticar la dogmatización en la que había caído el marxismo estalinista con respecto a este trascendental tópico. Como habíamos visto, *Historia y conciencia de clase* (1923) del joven Lukács, así como *Marxismo y filosofía* (1923) de Karl Korsch representan el punto de inflexión donde la dialéctica se revitaliza para convertirse de nuevo en un método de interpretación y conocimiento de la realidad humana.

Lukács parte del supuesto de que la dialéctica no es solo un método teórico sino de transformación práctica. A través de ella el proletariado, como sujeto de la historia, no solo adquiere conciencia de clase, sino que ella misma lo compele a asumir posiciones ante la situación socio-histórica: la dialéctica materialista

[64] Louis Althusser, *et al.*, *Teoría marxista del método* (Bogotá: Tiempo Crítico, 1975).

[65] F. V. Konstantinov, *Fundamentos de filosofía marxista* (México D.F.: Grijalbo, 1965).

es revolucionaria y supone la presencia de un proletariado identificado con los intereses de toda la humanidad, nunca como una colección de verdades independientes de la voluntad y praxis humanas. Conocimiento y compromiso son dos instancias inseparables de la dialéctica.

La dialéctica lukacsiana reivindicará dos categorías, principalmente: la de totalidad y la de mediación, ya que una más, la de identidad sujeto-objeto será paulatinamente olvidada. Para Lukács, la categoría de totalidad concreta es la del ser o de la realidad por excelencia. La concepción materialista dialéctica de la totalidad se caracteriza por tres elementos: totalidad como unidad concreta de contradicciones interactuantes, relatividad sistemática y, por último, relatividad histórica de toda totalidad[66].

Así pues, frente al concepto estático de totalidad defendido por el marxismo mecanicista, Lukács opone el de totalidad dinámicamente cambiante. En otras palabras, el autor recoge el concepto hegeliano y lo descompone mostrando cómo toda totalidad está determinada por múltiples subtotalidades recíprocamente actuantes, subordinadas a esta o como marco de ella, donde la contradicción juega un papel definitivo, siendo toda totalidad relativa y no absoluta, ni estructural ni históricamente, pues siempre tiene una influencia y una vigencia limitadas a un período socio-histórico específico y a un ámbito particular de la realidad.

Pero la totalidad exige mediación. Hablar de totalidad sin mediación es caer en un abstraccionismo vacío. La totalidad social solo puede concebirse a partir de mediaciones concretas que la constituyen. La totalidad social existe en y a través de aquellas múltiples mediaciones por medio de las cuales los complejos específicos, es decir, las totalidades parciales se vinculan mutuamente en un campo general constantemente cambiante. De tal suerte, es imposible captar la totalidad concreta sin identificar sus múltiples interconexiones con un sistema dado de mediaciones complejas. En último término, la totalidad concreta es mediación concreta a un mismo tiempo[67].

Se trata de ubicar en el análisis las totalidades concretas o parciales, su proceso de constitución, la naturaleza interna que ha llegado a adoptar, su relación con otro tipo de totalidades, las posibles contradicciones entre estas, su mediación con respecto a totalidades más complejas o subordinadas, la mediación de aquellas desde la perspectiva particular de esta totalidad, en fin, un estudio que supone, en últimas, una consideración histórica sobre lo que ha sido un objeto, lo que es en el complejo de mediaciones presentes y, además, lo que puede ser en su posibilidad concreta. Historia, estructura y proyecto son la síntesis del aporte lukacsiano a la dialéctica, sin duda uno de los más significativos que se han hecho

[66] G. H. R. Parkinson, ed., *Georg Lukács: el hombre, su obra, sus ideas*, 1973.

[67] Leo Kofler, *Historia y dialéctica* (Buenos Aires: Amorrortu, 1974).

en este siglo, no solo para el pensamiento marxista sino para la reflexión humana en general.

El método genético-estructural

Vamos a terminar este recuento sobre la dialéctica retomando a Goldmann, quien ha elaborado, con agudo sentido de la integración, lo que él ha denominado el método genético-estructural que, según sostiene, fue Jean Piaget quien propuso su denominación, siendo Lukács su más grande fundamentador junto a Hegel[68].

Antes de pasar a la admirable sinopsis que ha hecho Goldmann de las categorías de este método, que él mismo ha sabido aplicar con maestría en estudios literarios y sociológicos, detengámonos un instante en los planteamientos que Piaget hace sobre génesis y estructura para comprender por qué, desde una disciplina tan singular como la psicología, también se ha podido contribuir a la temática que nos ocupa.

En *Seis estudios sobre psicología* (1964), Piaget elabora dos definiciones, una de estructura y otra de génesis[69]. En la primera nos define "estructura" como el sistema que ofrece leyes o propiedades de totalidad en cuanto sistema, que, sin embargo, son distintas a los elementos de este. Además, los sistemas que constituyen estructuras son siempre parciales, y, como tales, presentan leyes de totalidad. En cuanto a la "génesis", Piaget la define como cierta forma de transformación que parte de un estado final, que connota una estructura más estable, siendo este proceso un sistema relativamente de cambios que comporta una historia y que conduce de un modo continuo de un grado a otro de complejidad.

A partir de estas definiciones y después de discurrir someramente sobre dos tendencias que se han presentado en el estudio de los fenómenos humanos, a saber, la del genetismo sin estructuras y la del estructuralismo sin génesis, y defendiendo la necesidad de integración entre ambos, es decir, de un método que contemple tanto la génesis como la estructura, Piaget plantea las dos tesis que fundamentan la metodología genético-estructural.

La primera tesis afirma que toda génesis parte de una estructura y desemboca en otra. Toda estructura está preparada por estructuras más elementales que no presentan el mismo carácter de la estructura total, sino caracteres parciales que se sintetizan en la estructura final. De esta manera, cada vez que encontramos una estructura particular podemos volver a trazar su génesis a partir de las anteriores más elementales, que a su vez provienen de otras aún más elementales.

La segunda tesis sostiene que toda estructura tiene una génesis. No hay estructuras innatas: toda estructura supone una construcción que nos remonta a

[68] Lucien Goldmann, *Marxismo y ciencias humanas* (Buenos Aires: Amorrortu, 1975).

[69] Jean Piaget, *Seis estudios sobre psicología* (Barcelona: Seix Barral, 1975).

estructuras anteriores. Génesis y estructura son, pues, indisociables temporalmente. Es decir, que entre una estructura inicial de menor complejidad y una final más compleja necesariamente se sitúa un proceso de construcción que constituye su génesis. Jamás se da la una sin la otra aunque tampoco se alcanzan jamás en el mismo momento.

Una tercera tesis complementaria es la del equilibrio, la cual implica a su vez tres características. La de estabilidad, que no excluye a la de movilidad puesto que el equilibrio a la vez puede ser móvil y estable; la de compensación, en cuanto los factores de perturbación externa son compensados por acciones internas que mantienen el equilibrio; y, por último, la de actividad, en la medida en que el equilibrio no es pasivo sino activo y que entre mayor sea este, mayor debe ser la actividad que lo sostenga. Ello explica, en parte, el porqué de la disolución relativa de la estructura, el proceso hacia formas más complejas que constituye la génesis y la estabilización posterior en formas estructurales más acabadas. El equilibrio viene a ser la sustancia que posibilita tanto lo uno como lo otro.

Retomando en detalle a Lucien Goldmann quien bosqueja de la siguiente manera el perfil del método genético-estructural, lo cual, como habíamos dicho, nos puede servir a manera de gran síntesis de lo que es el pensamiento dialéctico. Básicamente, afirma Goldmann, la metodología dialéctica que encontramos en Hegel, Marx, Lukács y Piaget se fundamenta en las siguientes categorías: primero, la de totalidad y mediación, tal como la hemos visto descrita en estos autores con los aportes particulares que cada uno hizo, especialmente el de Lukács, que profundiza este concepto señalando su relatividad histórica y estructural y la exigencia de comprenderlo siempre a partir de sus contradicciones con el resto.

Segundo, la categoría de identidad sujeto-objeto que obliga a considerar al observador del fenómeno humano como parte del hecho mismo, es decir, que toda reflexión sobre el hombre, la sociedad o la historia se efectúa desde el interior y no desde el exterior del entorno social. De lo anterior se desprende, tercero, que en el estudio de los acontecimientos humanos la identidad juicios de valor-juicios de hecho se remite mutuamente, lo que hace más transparente para la misma investigación que los asumamos y no que tratemos de ocultarlos so pena de asumir como cierto lo que es fruto de nuestros prejuicios. Y cuarto, consecuencia obvia de lo anterior, la ineludible unidad teoría-práctica que todo ello supone y que configura el horizonte real de cualquier disquisición conceptual.

El análisis genético-estructural admite que todo fenómeno de carácter individual, social o histórico constituye una estructura dinámica significativa y que, por lo tanto, toda interpretación requiere un estudio comprensivo de la estructura del objeto estudiado y un estudio explicativo de su evolución. Lo cual, complementariamente, nos exige profundizar en el proceso de estructuración sufrido por ese objeto hasta alcanzar cierto grado de equilibrio privilegiado o, si es el caso, el pro-

ceso de desestructuración que lo llevó a su desequilibrio y posterior desaparición[70].

Tales son las categorías que Goldmann presenta como las propias al método genético-estructural y que son, a un mismo tiempo, las pautas que el investigador debe seguir con el propósito de alcanzar una comprensión adecuada de un hecho específico, desde una perspectiva dialéctica que combina simultáneamente lo histórico y lo estructural.

Conclusión

El propósito de plantear una integración de la hermenéutica y la dialéctica, sugerida por varios autores[71], responde al convencimiento de que ambas tendencias, como se habrá podido observar a lo largo de este capítulo, ofrecen al investigador de los fenómenos histórico-sociales elementos que no se excluyen sino que, por el contrario, se complementan para alcanzar una interpretación más amplia y profunda de la realidad del hombre, con lo que abren la posibilidad —gracias particularmente a los planteamientos dialécticos, si bien la categoría de "aplicación" también lo hace desde la hermenéutica— de asumir la transformación de lo comprendido como un momento necesariamente complementario al estrictamente conceptual: es lo que Ricoeur ha planteado como una hermenéutica crítica[72].

En efecto, en la consideración y estudio de las tradiciones constituyentes no puede prescindirse del concepto de ideología, pues solo por su intermedio pueden definirse los elementos distorsionadores que, en el proceso de transculturación, viciaron sus contenidos específicos. Como Ricoeur ha querido mostrar al terciar en la disputa entre Habermas y Gadamer, la hermenéutica de la tradición no comporta una instancia crítica intrínseca y su énfasis en la rehabilitación del prejuicio (como precomprensión) y de la autoridad, puede convertir su interpretación en una apología dogmática sin posibilidad de cuestionamiento.

Así pues, la recuperación interdisciplinar hermenéutico-histórica no debe agotarse solo en la ubicación de sus principales tradiciones culturales, sino que tiene que explicar también, además del sentido y proyección de sus expresiones, la mitificación sufrida por los símbolos primarios, es decir, la función distorsionante y disimulativa que en un momento dado estas asumieron como instrumentos de ideologización.

Solo esa perspectiva puede complementar las anteriores, dándole a la interpretación hermenéutica de los símbolos y las tradiciones la dimensión crítica de carácter socio-político, donde adquirir pleno sentido. Lo contrario es desconocer

[70] Jean Piaget, *Seis estudios sobre psicología*, 1975.

[71] Véase: José Manuel Romero, *Hacia una hermenéutica dialéctica* (Madrid: Síntesis, 2005).

[72] Paul Ricoeur, *Hermenéutica y acción* (Buenos Aires: Docencia, 1985).

las mediaciones concretas que se han producido en esa dinámica intercultural e idealizar esferas en detrimento de una desimbolización descarnada y cruda, condición indispensable para la resimbolización de una tradición auténtica. Y aunque no se trata de agotarse en esa crítica ideológica, como le sucedió al marxismo, tampoco puede ignorarse su incidencia para una comprensión plena de la trayectoria, la condición y las perspectivas de la cultura.

El reto que la reflexión hermenéutica se plantea es la desmitificación, la resimbolización y la reproyección de un concepto amplio de cultura con implicaciones metódicas relevantes y directas para la comprensión de la realidad social. Se trata de deconstruir, reordenar y reconstruir la organización conceptual con que se ha asumido su estructuración y concebir un modelo que replantee su sentido, desde una perspectiva totalizante, orgánica y sistemática.

El trabajo hermenéutico supone, pues, interpretar símbolos, definir tradiciones, explicar deformaciones, no solo dándole a todo ello un significado orgánico y coherente que permita dilucidar su estructura y comprender la interrelación de las diferentes esferas, sino también desentrañar los valores éticos, políticos, estéticos, religiosos y filosóficos que le confieren significado al ser humano frente a la (su) realidad, al mundo y al cosmos en general.

Desde Ricoeur, es solo en el momento en que una comunidad se reapropia de su cultura, la actualiza y la reinventa de acuerdo con sus nuevas circunstancias cuando realmente podemos hablar del inicio de una tradición crítico-creativa vigorosa, dinámica y proyectiva. La interpretación hermenéutica se hace viviente en el instante en que la comunidad resignifica su historia, resimboliza su cultura, re-conoce su tradición, re-crea sus valores por medio y gracias a lo cual su concepción cosmológica se hace más amplia y profunda, lo cual lo dota de las potencialidades que le posibiliten transformar su individualidad, reformar su entorno político social y valorar los horizontes históricos hacia los que quiere proyectarse.

Así pues, la hermenéutica no solo se ve complementada en cuanto a la consideración histórica, que muchas veces no es tenida suficientemente en cuenta en su planteamiento metódico, sino que la misma dialéctica genético-estructural recupera a través de aquella, el momento especulativo del método de Hegel, subestimado por el propio pensamiento marxista que empobreció los aportes hegelianos. Pero tanto el uno como el otro, en las categorías de identidad sujeto-objeto (y las que de allí se desprenden) como en la de aplicación hermenéutica, señalan un interesante punto de coincidencia que rescata para ambos el extraviado estadio de su práctica, es decir, de la transformación de lo interpretado[73].

Es en ese horizonte de la aplicación, de la práctica, donde la hermenéutica genético-estructuralista, como pauta metodológica y conceptual, se revela tam-

[73] Javier Bengoa, *De Heidegger a Habermas* (Barcelona: Herder, 1997).

bién como toma de conciencia ante la ideología, como compromiso contestatario ante el poder. Sin necesidad de retomar marcos metodológicos extraños a los de las disciplinas histórico-hermenéuticas sino desde la misma proyección que su dinámica le marca, este método trasciende los límites del topos lingüístico para acceder al del poder, al ruedo de los retos micro-políticos individuales y de las reivindicaciones macro-políticas sociales propias de su tradición, sin imposiciones mecánicas ni traumatismos ajenos a su naturaleza.

De esta manera, la defensa del dominio emancipatorio-comunicativo del lenguaje se desregionaliza verdaderamente, asumiendo su compromiso en el terreno del poder, donde se juega su efectividad concreta. La comunicación, como estructura especulativa y característica ontológica, no se circunscribe al mero terreno del lenguaje: su auténtico propósito es la acción, su objetivo sustancial es el ser todo[74].

Tanto desde la hermenéutica como desde la dialéctica ese es un problema que ha quedado resuelto, pero en el que se debe insistir, problematizándolo continuamente para evitar olvidos y mal entendidos funestos que desorienten la perspectiva práctica que desde ahí mismo ha querido señalarse[75]. El lenguaje puede transformar al mundo, la interpretación puede subvertir la vida y la teoría puede derrumbar montañas, pero no por el solo hecho de comunicar o de interpretar o de teorizar sino por la decisión de adelantarlo ante el poder, contra este y en su reino[76].

Una hermenéutica crítica, en clave de reconstrucción histórica y profundización estructural, que de esta síntesis podría, así, inferirse, está orientada a interpretar la vida individual, social e histórica de los hechos sociales, pero sus pretensiones no claudican en la sola comprensión conceptual de la realidad contemporánea sino que, por el contrario, se orientan a desarrollar, a partir de ello, una conciencia crítica, una actitud contestataria y una voluntad de superación que permitan lograr transformaciones significativas en la existencia individual y social de la colectividad[77].

En tal sentido, se busca interpretar el pasado para comprender el presente y planear el futuro. Su papel nunca es el de justificar o legitimar un estado de cosas sino, todo lo contrario, desarrollar una conciencia crítica y una actitud contestataria que le permitan al individuo conquistar una concepción más plena de su vida, así como a la sociedad en general alcanzar un grado más alto de humanidad[78].

---

[74] Ángel Prior Olmos, *Nuevos métodos en ciencias humanas* (Barcelona: Anthropos, 2002).

[75] Federico Schuster, *Filosofía y métodos de las ciencias sociales* (Buenos Aires: Manantial, 2002).

[76] Guillermo Hoyos Vásquez y Germán Vargas Guillén, *La teoría de la acción comunicativa como nuevo paradigma de investigación de las ciencias sociales* (Bogotá: Icfes, 1997).

[77] Zygmunt Bauman, *La hermenéutica de las ciencias sociales* (Buenos Aires: Nueva Visión, 2002).

[78] Boaventura de Sousa Santos, *Epistemología del sur* (México D.F.: Siglo xxi, 2009).

SEGUNDA PARTE:
LA TEORÍA CONSENSUAL DE LA JUSTICIA

CAPÍTULO IV

CONTEXTO INTELECTUAL, HISTÓRICO Y CONSTITUCIONAL DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA. ORIGEN SOCIAL DEL PENSAMIENTO DE JOHN RAWLS

Introducción

La teoría de la justicia de John Rawls, planteada en el libro *A Theory of Justice* (en adelante *TJ*), publicado en 1971, es una obra cuya concepción se inicia veinte años antes. El contexto histórico, en términos tanto intelectuales como sociales, políticos y constitucionales, refleja lo que Rawls llamará más tarde, en contraste, una "sociedad mal ordenada", es decir, una sociedad que no está regida por una concepción de justicia que satisfaga a todas sus minorías y formas de vida de manera equitativa. De ahí, en buena parte, la denominación que el planteamiento de Rawls tuviera desde el principio: justicia como equidad.

Por lo general, la lectura de *TJ* desconoce los antecedentes del modelo que, precisamente, datan de la década del cincuenta, cuando Rawls ha terminado su doctorado y se dispone a iniciar su vida académica. Estados Unidos, particularmente, vive un clima muy especial en términos sociales y políticos, que muy pronto tendría derivaciones constitucionales y que permitirá interpretar y comprender no solo los planteamientos sino las proyecciones radicales de la justicia como equidad para su momento.

En el campo intelectual la preeminencia de la filosofía analítica, el funcionalismo, la naciente teoría sistémica aplicada a los estudios de la sociedad y la hegemonía del utilitarismo en el conjunto del pensamiento práctico anglo-americano (moral, político, jurídico y económico) constituyen el primer bloque que Rawls va a confrontar en pos de una teoría de la justicia alternativa al *hegemón* dominante.

En los ámbitos social y político, sin duda la influencia del contexto histórico será determinante en Rawls. Hechos como el macartismo, aquella fatídica tendencia que se tomó a Estados Unidos en plena guerra fría para perseguir toda disidencia o sospecha de comunismo en el país y que más tarde se trasladaría a no pocas dictaduras en el mundo entero; el movimiento por los derechos civiles de las minorías, liderado tanto por los afroamericanos como por la comunidad judía; y el cambio en la doctrina de "segregados pero iguales" de la Corte Suprema de Justicia en 1954 serían un soplo sustancial en la reformulación que Rawls hará de la concepción de justicia dominante en sus tiempos y su intención de estructurar una alterna. De ahí el título mismo de su libro: *Una teoría de la justicia*, en últimas, una alternativa a la predominante.

La hipótesis de trabajo que quisiera ilustrar en este capítulo es la siguiente. El pensamiento rawlsiano, condicionado originalmente por el contexto intelectual de su momento histórico, paulatinamente, al tenor del tejido político que lo rodea, rompe con las influencias hegemónicas de su tiempo y se perfila hacia la configuración de un planteamiento alternativo, de carácter social y democrático.

En primera instancia, daremos cuenta de ese contexto, primero del intelectual, mostrando las influencias generales y específicas que desde el conjunto de la filosofía práctica y las ciencias sociales se ejercían en su momento sobre la incipiente teoría de la justicia rawlsiana en proceso de maduración. Posteriormente, ilustraremos el escenario político, social y constitucional que influiría, directa o indirectamente, en la concepción inicial del modelo[1].

Concepción del modelo y contexto intelectual

A continuación se pondrá de presente el desarrollo inicial del planteamiento rawlsiano, considerando sus etapas iniciales de estructuración del modelo en el marco de lo cual se produce el rompimiento de Rawls con la tradición utilitarista y la asunción de la teoría del contrato social en su versión kantiana, particularmente.

El primer bosquejo de la teoría rawlsiana[2] se da en 1951 con la publicación de "Outline of a Decision Procedure for Ethics"[3]. Allí el problema se plantea como la búsqueda de un procedimiento de decisión para la ética: los principios éticos han de ser justificados, así como los criterios inductivos han de ser validados.

---

[1] Este documento se realizó con la coautoría de Ivonne León y la colaboración de Federico Padilla Piedrahita, coordinadora y miembro del Grupo de Investigación de Cultura Jurídico-política, Instituciones y Globalización del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

[2] Véase: José Rubio Carracedo, "El Estado legítimo", en *Paradigmas de la política* (Barcelona: Anthropos, 1990), 153-242.

[3] Así como los siguientes artículos en inglés de este periodo, se encuentra disponible en español en el libro: John Rawls, *Justicia como equidad* (Madrid: Tecnos, 1986).

Rawls sigue el modelo de la filosofía de la ciencia neopositivista, el cual se despliega mediante una operación inductiva del intuicionismo racional en los siguientes pasos: 1) definir el tipo de jueces morales competentes; 2) definir la clase de juicios morales válidos; 3) descubrir y formular una explicación satisfactoria del rango total de tales juicios, entendido ello como el artificio heurístico para producir principios razonables y justificables; 4) proceder a examinar los criterios que definen los principios justificables y los juicios racionales; y 5) restringir el campo de aplicación de tal procedimiento decisorio a los juicios éticos sobre la justicia de las acciones.

Posteriormente, Rawls abandona este método, pero no renunciará nunca al procedimiento de decisión para la ética. La teoría del equilibrio reflexivo será derivada del concepto de explicación expuesto y, de hecho, él remite a este trabajo en los parágrafos 9 y 87 de su *TJ*.

En este artículo, Rawls también señala las características que deben poseer los "jueces morales competentes", que a su vez son las de la persona moral, a saber:

- Un grado normal de inteligencia.
- Un conocimiento de las consecuencias de las acciones que se realizan con cierta frecuencia.
- Ser un hombre razonable, en el sentido de considerar las cuestiones morales con espíritu flexible y ser consciente de los preconceptos que él mismo posee al respecto.
- Un conocimiento de aquellos intereses humanos que, al entrar en conflicto, demandan una decisión moral.

La primera formulación del modelo[4] se completa en 1958. Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo "Two Concepts of Rules" (1955), el cual ya constituye un cambio significativo en relación con el anterior. El énfasis se desplaza de la cuestión utilitarista a la lógica, bajo la influencia del segundo Wittgenstein. Quienes siguen una práctica aceptan las reglas como definitorias de esta. Lejos de generalizar decisiones individuales, estas definen una práctica y en sí son sujeto del principio utilitarista. El error radica en considerar que las reglas morales son todas sumarias. El utilitarismo es un procedimiento válido pero su aplicación exige reglas codificadas.

Tres años después, en su artículo "Justicia como equidad" (1957), Rawls se va a servir del concepto de práctica como base para formular su teoría de la justicia como equidad. Pero ya no lo hará en el contexto del utilitarismo sino en

[4] José Rubio Carracedo, "El Estado legítimo", 1990.

el del contrato social. Este último le permite distanciarse del utilitarismo clásico y mostrar que la imparcialidad es la idea fundamental del concepto de justicia.

Es en este momento cuando Rawls empieza a romper no solo con la tradición utilitarista, que considera insuficiente para fundamentar una teoría de la justicia verdaderamente consensual, en la línea kantiana, sino que se desplaza de la tradición de la filosofía política de ascendencia analítica en la que se venía inscribiendo y comienza a inscribirse en la tradición radical. En otras palabras, abandona la consideración de los problemas lógico-categoriales y metaéticos propios de la primera para asumir las problemáticas normativas, de praxis y regulativas de la segunda, en un proceso que finalizará con otra formulación del modelo diez años después.

En efecto, la justicia como imparcialidad se expresa en dos principios que posteriormente serán los principios de la justicia. Estos expresan un conjunto de tres ideas, en la tradición de Kant y Stuart Mill: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común. El primero marca la posición inicial de igual libertad, definida por una práctica. El segundo señala las únicas modalidades de desigualdad permitidas, las cuales no se sitúan en los oficios y posesiones sino en los beneficios y las cargas conexas. En ambos, Rawls excluye la posición utilitarista del aumento del beneficio a todos por la de la competencia justa, donde los concurrentes son juzgados por méritos propios.

Para Rawls, el sentido de justicia y la concepción del bien que caracterizan a toda persona presuponen que puede ser considerada un juez moral tanto de su vida como de la ajena. En "Justicia como equidad" Rawls precisa las características de las personas morales en la situación idónea para la elección de los principios: 1) son mutuamente desinteresadas; 2) son racionales; 3) tienen necesidades comunes que posibilitan la cooperación; y 4) son iguales en poder y aptitudes, lo que no les permite dominarse fácilmente entre sí en condiciones normales.

Aquí ya comienza a relacionarse el concepto de imparcialidad con el de una persona autointeresada, racional, necesitada e igual, que, posteriormente, en *TJ*, hará factible la elección de los principios.

La segunda formulación del modelo[5] se consolida en 1967. Su antecedente está en el artículo "Sense of Justice" (1963), donde Rawls presenta una construcción psicológica del concepto de justicia como imparcialidad. A partir de los trabajos de Piaget, intenta responder dos preguntas: primero, ¿a quién se debe la obligación de justicia?, y, segundo, ¿qué se sigue de cumplir los requerimientos de la justicia? La construcción psicológica dota a los egoístas racionales de la dimensión moral como base de un esquema social de cooperación. Aquí Rawls elabora una teoría de los sentimientos morales en la que el individuo va pasan-

[5] José Rubio Carracedo, "El Estado legítimo", 163.

do de unos estadios a otros, con determinados sentimientos de culpabilidad en cada uno de ellos: respecto a las autoridades, respecto de asociaciones y respecto de principios.

El sentido de justicia, propio del último estadio, supone dos tipos de capacidades morales: 1) entender el significado y el contenido de los principios de justicia que eventualmente puedan ser elegidos en una posición ideal de libertad e igualdad entre las partes; y 2) poseer el patrón de conducta afectiva y psicológica propia de todo ser humano.

Para Rawls, los hombres poseen "por naturaleza" un sentido de justicia que se manifiesta en capacidades morales e intelectuales que lo distinguen como tal. El sentido de justicia es, prácticamente, sobre el que se fundamenta la dignidad de la persona, lo que hace de ella un "soberano individual", de inequívoco corte kantiano. Este imperativo será particularmente resaltado por Rawls en "Distributive Justice" (1968) y desde entonces comenzará a constituir uno de los pilares fundamentales de su concepción de la justicia.

En este desarrollo va madurando el concepto de persona moral, el cual, al final de este periodo preparatorio, podría resumirse de la siguiente manera, pues la persona moral:

- Posee las calidades de un juez moral competente.
- Es capaz de elegir los principios de la justicia en una situación ideal dada.
- Tiene el sentido de justicia que todo ser humano posee en condiciones sociales y psicológicas normales.
- Siempre es considerada como un fin en sí misma[6].

Finalmente, "Distributive Justice" (1967) presenta las novedades más importantes y desarrolla el segundo principio. Rawls presenta el problema de una forma más realista dentro de las premisas de un funcionalismo liberal-social; concede que, aunque el principio utilitarista de maximización del bien parece más racional, la tradición del contrato social presenta una concepción alternativa de la justicia mucho más satisfactoria desde el punto de vista moral.

Se desarrolla aquí el concepto de posición original, introducido y justificado plenamente por su raíz kantiana. Según este, los principios proceden de un acuerdo entre personas libres e independientes en una posición ideal de igualdad. Se trata de una decisión racional y vinculante hecha en las condiciones ideales que proporciona el velo de ignorancia, que evita el influjo de las contingencias de clase social y fortuna.

[6] Enrique Bonete P., *Éticas contemporáneas* (Madrid: Tecnos, 1990), 89-132.

El primer principio asegura las libertades básicas iguales para todos y el segundo permite las desigualdades cuando son justas. Tras la formulación de los principios la cuestión será si es viable organizar las instituciones de una democracia constitucional según ellos. Esto es posible si el Estado garantiza un mínimo social sin menoscabo del principio de diferencia.

Rawls desprende de esto dos tipos de justicia procedimental: la perfecta, que ejemplifica con la partición igualitaria de la torta en la cual quien la corta toma el último pedazo, y la imperfecta, donde el tribunal depende de una evidencia que puede ser errónea. Las dos modificaciones mayores en la formulación del modelo son la del velo de ignorancia y la desvinculación del "principio maximin" de su versión utilitarista. El constructo del velo de ignorancia parece, sin embargo, eliminar toda posibilidad de elección racional-instrumental al privar a los contratantes de la mínima información necesaria para deliberar.

Predominio del funcionalismo

Una influencia que ha pasado desapercibida, no porque medie en la obra de Rawls sino porque la confronta indirectamente, es la del funcionalismo, que en buena parte sería la columna vertebral no solo de la revolución conductista sino, más tarde, de la teoría de la elección racional y la teoría de sistemas aplicada al análisis social. La justicia como equidad confronta todo el esquema funcional-conductista al oponer, frente al criterio de eficacia funcional, los principios de justicia concertados consensualmente como factores de legitimación del ordenamiento social.

Talcott Parsons será quien, en el periodo de la posguerra, fundamentará teóricamente la teoría funcional que ya en sus versiones avanzadas asimila plenamente el dispositivo cibernético en construcción. El planteamiento de Parsons se estructura durante tres periodos decisivos[7]: el primero se cierra en 1937 con la publicación de *The Structure of Social Action*, donde se define un concepto normativista de acción a partir del cual los patrones culturales determinan la relación entre personalidad y sociedad que da lugar a la acción social, en la cual la cultura proporciona los estándares desde los cuales el individuo orientará su acción personal hacia un espectro de expectativas sociales predeterminadas.

El segundo periodo se completa en 1951 con la publicación de *The Social System*[8], donde Parsons deja a un lado la teoría de la acción y asume la de sistemas como concepto guía de su teoría social. En este periodo, como lo veremos más adelante, define los tres órdenes de los subsistemas, los cuales serán interdepen-

[7] Renato Treves, *La sociología del derecho* (Barcelona: Ariel, 1988).

[8] Véase: Talcott Parsons, *El sistema social* (Madrid: Alianza, 1984).

dientes del sistema de acción, a saber: el subsistema social, el de personalidad y el cultural. El tercer periodo se ubica temporalmente en 1964, con la publicación de *Economy and Society* donde define el esquema cuatrifuncional (AGIL) para explicar la dinámica social, el cual será explicado a profundidad en el capítulo VII, pero es importante resaltar cómo Parsons busca explicar la sociedad como un sistema funcional de relaciones intersistémicas que tiene como finalidad garantizar el buen funcionamiento del sistema social.

La influencia del funcional-conductismo es tan grande en la primera versión de la teoría de la justicia rawlsiana que incluso Rawls reconoce que esta podía ser asimilada a la teoría de la elección racional, en cuanto los agentes al interior de la posición original tomarían decisiones racional-estratégicas totalmente compatibles con una dinámica de optimización propia de la teoría económica: "El concepto de racionalidad tiene que ser interpretado […] en el sentido estrictamente tradicional de la teoría económica, según la cual se emplean los medios más efectivos para fines dados"[9]. Incluso, en ese momento, haciéndola compatible con la teoría de la elección racional: "La teoría de la justicia es una parte, quizás la más significativa, de la teoría de le elección racional"[10].

La noción misma de agentes al interior de la posición original, que posteriormente transformará en personas morales, y de racionalidad estratégica de las partes, que más adelante también moderará para introducir la noción de interés supremo como el de poseer y realizar una concepción de bien y un sentido de justicia, dan cuenta de los ecos que esta influencia llega a tener hasta en la versión de la teoría de la justicia de 1971[11].

Más tarde, como decimos, a partir de *Constructivismo kantiano en teoría moral* (1980) Rawls abandona explícita y radicalmente este ascendiente funcional que, sin embargo, ya se había venido atemperando desde temprano con la figura del velo de ignorancia que no permitía conocer los intereses singulares de las partes, lo que garantizaba, normativamente, la prevalencia del interés general sobre el particular. Pero la tensión entre la justicia como equidad y la racionalidad estratégica, donde la influencia del funcional-conductismo era evidente, se mantuvo hasta bien entrada la formulación de la teoría.

---

[9] John Rawls, *Teoría de la justicia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995), 26.

[10] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 26.

[11] Reconozco el aporte en este sentido de la profesora Mariluz Nova en su tesis de doctorado en curso "Hacia una utopía realista: reconocimiento y redistribución. Una concepción política de justicia y aproximación a un índice de justicia social" (Doctorado en Estudios Políticos, Departamento de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia, 2014).

Filosofía analítica y teoría del derecho

Hegemonía de la filosofía analítica

A partir del giro lingüístico introducido por Wittgenstein, la filosofía, en general, y la filosofía práctica, en particular, sufren una ruptura sustancial entre lo que empezaría a denominarse la filosofía analítica, que en cierta forma se recibe de manera más profunda en el contexto anglosajón, y la filosofía continental, en el contexto europeo inicialmente.

La filosofía analítica coloniza el conjunto de la filosofía práctica, es decir, la filosofía moral, política e, incluso, jurídica, induciendo un nuevo enfoque en el tratamiento de sus problemáticas. Los problemas prácticos que la filosofía intentaba conceptualizar anteriormente de manera holística y con una referencia a la realidad se ven reemplazados por un nuevo enfoque que prioriza, al contrario, el estudio del lenguaje y el análisis lógico de los conceptos.

Aunque formado en la tradición analítica imperante, Rawls rompe paulatinamente con ella, poniendo de manifiesto la profunda ruptura entre dos tendencias de la filosofía política contemporánea:

> Conviene diferenciar, no obstante, dos orientaciones muy distintas de la filosofía política actual […] que se han desarrollado de modo paralelo […] y con metodologías casi contrapuestas. La primera acusa notablemente el influjo de la filosofía analítica y se centra en el estudio lógico-categorial de los conceptos normativos fundamentales, acercándose notablemente al enfoque analítico dominante en la ciencia política. La segunda, en cambio, que a veces es denominada "radical" por los representantes de la primera, es la heredera del enfoque clásicamente holista de la filosofía política y se expresa preferentemente mediante categorías idealistas, marxistas, fenomenológicas y/o hermenéuticas.[12]

En efecto, Rawls se desmarca de la tradición filosófico-política analítica y se inscribe, como lo define Rubio Carracedo, en la tradición radical de la filosofía política, afirmación en la que también coinciden otros comentaristas rawlsianos:

> John Rawls ocupa un lugar sorprendente en la filosofía política de habla inglesa […], [pero] es casi imposible encontrar filósofos políticos que se describan a sí mismos como rawlsianos. ¿Es posible explicar esta paradoja? Una respuesta satisfactoria a esta pregunta debería empezar por subrayar el papel

[12] José Rubio Carracedo, *Paradigmas de la política*, 33.

> clave jugado por *A Theory of Justice* (1971) en el debilitamiento de la filosofía política de orientación analítica y en la consolidación de una nueva tradición "post-analítica". Hasta la publicación de ese libro, en efecto, la gran mayoría de los filósofos políticos anglosajones daba por evidente que su tarea consistía en aclarar el significado de los términos utilizados en la reflexión política, así como en criticar a aquellos que los emplearan de manera inconsistente. Todo debate normativo debía comenzar por un esfuerzo de clarificación a nivel del significado. Más aún, una parte importante de los problemas éticos y políticos podían ser resueltos de este modo […] [A]lgunos pensaban que *todo* el trabajo del filósofo debía reducirse al análisis del significado, ya que la discusión normativa era o bien innecesaria […] o bien inconcluyente […] [F]uera cual fuera la opinión de cada filósofo sobre este punto, el hecho es que la gran mayoría dedicaba mucho más tiempo y esfuerzo a las clarificaciones metaéticas que a la argumentación sustantiva.
>
> Este programa empezó a ser sometido a crítica en el transcurso de los años cincuenta, cuando los propios filósofos analíticos empezaron a poner en duda algunos de los supuestos de su trabajo […] Rawls, sin embargo, fue el primero en elaborar una teoría completa y poderosa que asumiera plenamente la principal conclusión de esta revisión: los problemas morales y políticos no se reducen a cuestiones de significado; existen mejores y peores opciones normativas y el desafío consiste en encontrar argumentos que nos permitan optar racionalmente entre ellas […] [L]a tarea del filósofo debe ir más allá del rol que [la filosofía analítica] le asigna. En el prefacio de su libro, Rawls resumía este cambio en una frase escandalosa para la época: "Las nociones de significado y de análisis no desempeñan un papel esencial en la teoría moral tal como la concibo".[13]

Así pues, el *rompimiento* con la tradición analítica empieza a formularse muy temprano en la obra de Rawls y quedará en evidencia más tarde en el conjunto de *TJ*, donde se pone de manifiesto su preocupación por asumir problemas normativos y no meramente metaéticos o metateóricos, en orden a sugerir respuestas prácticas a la crisis de legitimidad de los ordenamientos contemporáneos.

Rawls frente a Kelsen y H. L. A. Hart

El contexto en el que se va cociendo la teoría de la justicia rawlsiana es testigo de otro frente de influencias, a saber, el que se iría produciendo a lo largo de casi

[13] Pablo da Silveira y Wayner Norman, "Rawlsianismo metodológico", *Revista Internacional de Filosofía Política* 5 (1995): 138.

una década entre la teoría del derecho kelseniana y el planteamiento de H. L. A. Hart, quien sería profesor de Rawls en su pasantía en Oxford en el primer lustro de los cincuenta. Disputa decisiva, en efecto, entre el positivismo kelseniano y el hartiano, en el marco de la cual deben interpretarse muchas de las propuestas sustanciales de la teoría de la justicia rawlsiana, en la medida en que constituían una alternativa mediadora a la polémica entre ambos[14].

Las aparentes ambigüedades en el planteamiento hartiano, originadas en un conflicto conceptual similar al que se presenta en Kelsen y a partir de lo cual se tiende a identificarlos equivocadamente, solo pueden ser aclaradas explorando sus respectivas posiciones frente a la relación entre derecho y moral[15].

Kelsen pretendió establecer una separación radical entre derecho y moral utilizando los dos postulados vertebrales de su teoría pura del derecho, el de "pureza metódica" y el de "neutralidad axiológica". Al no existir una moral absoluta de carácter universal, la identificación del derecho con una doctrina moral particular lo sometería a un total relativismo. Ante la imposibilidad de una moral con la que toda la humanidad pudiera identificarse, el derecho, para mantener su carácter y método científico, debe preservar su distancia y no contaminarse con elementos morales, como lo hace el iusnaturalismo[16]. De allí que no haya conflicto expreso entre derecho y moral, pues, desde la perspectiva jurídica, la moral no existe y es por completo ajena al sistema. El jurista debe ignorar la dimensión moral en la concepción y aplicación de la ley, ya que sería imposible asumir simultáneamente la validez de ambas dimensiones, por ello solo debe reconocer exclusivamente la del sistema jurídico.

La explicación de la norma fundamental pone en evidencia las vaguedades de estos planteamientos en la medida en que los rasgos de esta que Kelsen señala remiten, necesariamente, a elementos extrasistémicos de naturaleza axiológica. Aunque las características de necesidad, posibilidad y contenido de la norma fundamental se atengan, de manera harto forzada, a los postulados señalados, su estatus (necesariamente presupuesta, hipotética, solo pensada y no fundamentada) y tareas (transformar categorías del ser en deber ser, determinar criterios de hechos creadores de derecho y ser fuente de unidad del sistema en general) son imposibles de concebir sin hacer referencia a criterios y valores extrajurídicos[17].

Por su parte, Hart, superando las limitaciones del realismo jurídico americano, de corte sociológico, y del escandinavo, de corte psicológico, y en la órbita de la

[14] Véase el ilustrativo estudio de Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos* (Madrid: Debate, 1991), 45-76.

[15] Sobre las características de los modelos kelseniano y hartiano consultar, en general: Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea* (Madrid: Tecnos, 1989), 113-160; 238-244.

[16] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 1994), 55-64.

[17] Véase: Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 135-146.

orientación analítica de la filosofía del derecho derivada de Wittgestein[18], desarrollará una teoría general del derecho a partir del equilibrio entre reglas primarias y secundarias, las cuales no deben su existencia a postulados lógico-formales sino a hechos objetivos de carácter social y psicológico[19].

Cuidándose de caer en el iusnaturalismo premoderno (de cuya sombra, como se podrá observar, parece no escapar) así como en el formalismo positivista kelseniano, Hart concebirá dos tipos de reglas, primarias y secundarias, en el marco de estas últimas inscribe la regla de reconocimiento, análoga a la norma fundamental kelseniana. Esta última constituye una regla empírica que no puede ser asimilada a un presupuesto intrasistémico superior y la cual no es una condición lógico-epistemológica del sistema jurídico (como en Kelsen) sino que tiene que ser aceptada empíricamente por el actor (observador o participante) de un ordenamiento dado.

Sin embargo, como lo señala Alexy, aquí se presenta una objeción contundente a Hart con lo que la pretensión de "validez empírica" termina hermanándose con la "validez analítica" de Kelsen[20]. La regla de reconocimiento replica así la tensión de la norma fundamental kelseniana al verse obligada a remitirse a principios/valores extrasistémicos para poder asumirse plenamente. En efecto, para Hart las esferas del derecho y la moral se relacionan estrechamente, por ello el sistema jurídico debe considerar una dimensión moral extrasistémica[21] con la consideración de un "derecho mínimo natural" que fundamente su legitimidad y le confiera una instancia de corrección a la misma "rule of recognition"[22].

Esta relación viene determinada por lo que Hart denomina un "derecho mínimo natural" al cual las normas jurídicas deben adecuarse para ser socialmente subsumidas pues, de lo contrario, pese a su validez jurídica, intrasistémica, y su aceptación social, por su eventual efectividad y funcionalidad, carecerían de legitimidad política y moral, también necesarias para ser plena e integralmente reconocidas[23].

Hart sintetiza en cinco puntos el contenido de este derecho mínimo natural, cuyo objetivo es hacer congruentes las verdades elementales de la dimensión moral con las reglas de conducta universales de la dimensión jurídica. Tales

---

[18] Sobre el realismo jurídico americano y escandinavo, véase: Pompeu Casanovas y José J. Moreno, eds., *El ámbito de lo jurídico* (Barcelona: Crítica, 1994).

[19] Véase: Per Mazurek, "Teoría analítica del derecho", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (Madrid: Debate, 1992), 275-286.

[20] Véase: Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), 95-122.

[21] H. L. A. Hart, "Regla de reconocimiento y validez jurídica", en *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 155-212.

[22] Véase: Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 1994.

[23] Sobre la tríadica validez integral de carácter jurídico, social y moral que todo sistema jurídico maduro debe connotar, véase: Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 87-89.

principios son: primero, dada la vulnerabilidad de la existencia humana, el de no matar; segundo, considerar una igualdad aproximada entre los hombres para lograr una relativa estabilidad institucional; tercero, reconocer la necesidad de un egoísmo restringido, sin lo cual es imposible cualquier equilibrio social; cuarto, aceptar que, dados los recursos limitados existentes, se hace necesaria una cierta forma de propiedad; y, quinto, el requerimiento de un orden jurídico coactivo que garantice la obligatoriedad de la voluntad general de los asociados.

Este catálogo de verdades elementales, como Hart las denomina, está sujeto a todo tipo de denuncias por su marcado carácter ideológico y la defensa de un tipo de "derecho burgués" muy evidente. Lo importante es que Hart acepta la necesidad de ese derecho mínimo natural como elemento extrasistémico de corrección para lograr un sistema jurídico íntegro, pero "laiquizando" su contenido y despojándolo de todo tipo de connotaciones fundamentalistas premodernas, fiel a la tradición empirista y contractualista inglesa.

Sin embargo, Rawls confronta ambas posiciones. Frente a Kelsen, la teoría de la justicia defiende que el contenido de la norma fundamental es fruto de un consenso político (la posición original) al interior de un congreso constituyente donde las partes, como expresión de las diferentes formas de vida que componen esa sociedad, consensuan los principios de justicia que irán a regular toda la estructura institucional, política, económica y social. La norma fundamental no es vacía, tiene un contenido material, fruto de ese consenso político y, por tanto, es el producto de una voluntad, no meramente una condición lógico-epistemológica de un sistema jurídico.

Frente a Hart, de quien fue su discípulo, la objeción será similar, desde el otro costado. No es el "derecho mínimo natural", que alguien caprichosamente pueda definir, la instancia de corrección desde la cual sustentar la legitimidad del ordenamiento para justificar en un momento dado la resistencia al derecho injusto: tienen que y solo pueden serlo los principios de justicia concertados consensualmente por las diferentes formas de vida o minorías de una sociedad determinada. Los principios de justicia son la única instancia desde la cual abogar cuándo es o no justa y necesaria la desobediencia civil al ordenamiento.

Utilitarismo y contractualismo clásico

Preeminencia del utilitarismo

Entender el rechazo de Rawls al utilitarismo requiere comprender la naturaleza sociocultural estadounidense. La concepción de justicia del utilitarismo, que se proyecta al conjunto del pensamiento moral, político, jurídico y económico anglosajón en general, defiende que la justicia es la que mayor bienestar proporciona a

la mayoría. Ese criterio, dirá Rawls, es sumamente difícil de objetar pues el sentido común siempre se inclinará a considerar que ello constituye una evidencia prácticamente imposible de confrontar, en la medida en que parece obvio que lo justo sea favorecer a un mayor número de personas frente a uno menor.

Pero la situación en Estados Unidos al comienzo de la década de los cincuenta pone sobre la palestra una situación particular. El reclamo inicial de la minoría judía a raíz del Holocausto nazi es catalizado en este país tanto por esta como por la minoría afroamericana, centenariamente sojuzgada, en términos de una reivindicación de sus derechos fundamentales por igualdad y equidad frente a la minoría, en ese momento cuantitativamente mayoritaria, WASP (white, anglosaxon, protestant).

Una sociedad cuya identidad cultural se estructura a partir de lo que se ha conceptualizado como el *melting pot*, donde las diferentes formas de vida cohabitan sin perder sus respectivas eticidades singulares, constituida en por lo menos cinco grandes minorías: la blanca, la nativoamericana, la afrodescendiente, la hispana y la asiática. ¿Por qué razón, se preguntará Rawls, tienen que someterse todas a la concepción de justicia que favorece a una sola de ellas, la blanca, por ser esta mayoritaria? Posición que, además, está convalidada por la concepción de justicia utilitarista de que lo justo es lo que mayor bienestar proporciona a la mayoría, con un ascendiente directo en las formulaciones, no solo morales, sino económicas, jurídico-constitucionales y políticas.

El cuestionamiento al utilitarismo resulta entonces una controversia directa con la columna vertebral ideológica sobre la que se había montado la hegemonía de la minoría blanca en Estados Unidos. De allí porqué para Rawls se hace necesario concebir una teoría de la justicia alternativa al utilitarismo que permita concretar una concepción de esta que responda a la perspectiva concertada de las diferentes minorías constitutivas del *melting pot* estadounidense.

De ahí porqué la reflexión rawlsiana siempre gravitaría en torno a la necesidad de superar el criterio utilitarista de bienestar para la mayoría. La justicia no está sujeta a negociaciones y el provecho de unos, así sean mayoritarios, no puede nunca darse en detrimento de otros, así sean pocos. El sentimiento enfático con que comienza *TJ* es testimonio suficiente:

> La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento […] Es por esta razón por lo que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de igualdad de la ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos

> asegurados por justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales […] Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones.[24]

Contra el utilitarismo

Rawls buscará establecer una teoría de la justicia como imparcialidad que supere la concepción convencional del utilitarismo. Para ello plantea principios de la justicia desde los cuales se derive todo el ordenamiento social pero cuya selección garantice su sustento moral y una base consensual que los legitime. Por esta razón, Rawls precisa dar contenido ético-racional al contrato social y carácter contractual a los imperativos morales para superar lo que eventualmente podrían considerarse debilidades en ambos planteamientos, a saber: un contrato social que, aunque asumido por la mayoría, pueda ser arbitrario, y unos imperativos morales que carezcan de la necesaria deliberación colectiva.

Rawls observa que "existe una manera de pensar acerca de la sociedad que hace fácil suponer que la concepción de la justicia más racional es la utilitarista"[25]. La base de esto es la consideración de que lo más justo para un ser humano es la mayor satisfacción de sus deseos en el transcurso de su vida[26].

Del principio de utilidad para un solo individuo se extrapola el fundamento de la justicia social:

> Puesto que el principio para un individuo es promover tanto como sea posible su propio bienestar, esto es, su propio sistema de deseos, el principio para la sociedad es promover tanto como sea posible el bienestar del grupo, esto es, realizar en la mayor medida el sistema comprensivo de deseos al que se llega a partir de los deseos de sus miembros [...] Una sociedad está correctamente ordenada cuando sus instituciones maximizan el balance neto de satisfacción.[27]

En esta visión, sostiene Rawls, no importa de qué manera se distribuye la suma de satisfacciones entre el conjunto de la sociedad ni, tampoco, el condicionamiento temporal para la realización de estas:

> [...] la distribución correcta en cada caso es la que produce la máxima satisfacción [...] así como para un hombre es racional el maximizar la satisfacción

[24] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 17.

[25] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 41.

[26] Véase, en general: John Stuart Mill, *Utilitarianism* (Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1979).

[27] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 42.

> de su sistema de deseos, para una sociedad es correcto el maximizar el balance neto de satisfacción repartida sobre todos sus miembros.[28]

La proyección racional de los deseos del individuo al conjunto de la sociedad legitima el principio de utilidad como criterio de justicia social. La figura metodológica del utilitarismo para fundamentar esto, sostiene Rawls, es la del espectador imparcial. A través de ella son proyectados los deseos del individuo al conjunto de la sociedad y, por tanto, lo que es bueno o justo —en últimas útil— para el individuo debe serlo necesariamente para la sociedad como conjunto.

> Este espectador es concebido como llevando a cabo la requerida organización de los deseos de todas las personas en un sistema coherente de deseos; y por medio de esta construcción muchas personas son fundidas en una sola. Dotado con poderes ideales de simpatía e imaginación, el espectador imparcial es el individuo perfectamente racional que identifica y tiene la experiencia de los deseos de otros como si fuesen los propios. De este modo averigua la intensidad de estos deseos y les asigna su valor adecuado en el sistema único de deseos, cuya satisfacción tratará de maximizar el legislador ideal ajustando las reglas del sistema social.[29]

Como es obvio, Rawls no puede considerar semejante procedimiento moralmente justo, pues no se trata sino de los intereses individuales disfrazados y autolegitimados como intereses generales, sin que medie ningún procedimiento de argumentación que establezca los parámetros de aceptación moral de los principios ni, mucho menos, ningún acuerdo social que los sancione como justos o, al menos, concertados por la mayoría de la sociedad:

> La naturaleza de la decisión tomada por el legislador ideal no es, por tanto, materialmente diferente de la del empresario que decide cómo maximizar su ganancia [...] La visión de la cooperación social es la consecuencia de extender a la sociedad el principio de elección de un individuo y [...] hacer funcionar esta extensión fundiendo a todas las personas en una a través de los actos imaginativos del espectador imparcial.[30]

Rawls revela así las incongruencias metodológicas y las debilidades morales del utilitarismo y, de hecho, fundamenta una crítica demoledora contra uno de los

[28] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 44-45.

[29] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 45.

[30] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 45-46.

pilares vertebrales de la cultura anglosajona y angloamericana, lo cual puso en cuestión los fundamentos morales, políticos, económicos y constitucionales más arraigados de esas latitudes[31].

La teoría del contrato social

Como se dijo, el propósito de Rawls será tratar de fundamentar una teoría de la justicia alternativa al utilitarismo. Para ello, la estrategia rawlsiana será asumir la teoría del contrato social, superando las contradicciones entre Locke y Rousseau y dándole el sello kantiano que permita un consenso moral plenamente fundamentado.

Rawls asume la teoría del contrato social para superar la concepción de justicia del utilitarismo centrada en el bienestar de las mayorías. Sin embargo, lo hace de manera crítica, dejando de lado a Hobbes (del que a nuestro modo de ver asume más de lo que reconoce) y centrándose en lo que para él constituye el conflicto que ha desgarrado las democracias occidentales: Locke con la prioridad en las libertades individuales y Rousseau con el énfasis en las libertades políticas.

Esta tensión que, para Rawls, nunca logró ser superada en las democracias occidentales, configura un primer frente crítico que intentará confrontar. Asimismo, tanto en Locke como en Rousseau se filtran elementos utilitaristas, en cuanto el primero propicia una democracia de mayorías y el segundo una totalitaria. En ambos frentes, la asunción rawlsiana de Kant será clave en la superación de las debilidades contractualistas, al asumir la figura del *contractus originarius* kantiano que, mediante el consenso, fundamenta no solo un modelo de democracia consensual que concilia las posiciones de Locke y de Rousseau sino la misma concepción de justicia como equidad o imparcialidad.

Abordaré enseguida el planteamiento contractualista clásico para ilustrar estas diferencias que serán el punto de quiebre con la concepción de justicia del utilitarista en orden a fundamentar el modelo alternativo de la justicia como equidad.

El pacto de unión en Hobbes

Hobbes plantea un iusnaturalismo moderno en el cual el derecho positivo depende del natural, no en cuanto a su contenido sino en cuanto a su validez. La obligación de obedecer al soberano es derivada de la ley natural, con carácter moral. En el sistema jurídico de Hobbes, el derecho natural no constituye la fuente de las normas primarias y el derecho positivo las derivadas. Las leyes del derecho natural no se convierten en leyes hasta que existe el Estado y el poder soberano obliga a obedecerlas.

[31] Al respecto véanse, por ejemplo: J. J. C. Smart y Bernard Williams, *Utilitarianism: For & Against* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973); y Amartya Sen y Bernard Williams, eds., *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982).

De esta manera, el iusnaturalismo de Hobbes es una forma de transición entre el iusnaturalismo premoderno y el moderno, así como el positivismo jurídico. La ley natural (ya no el derecho natural como lo entendían los antiguos y los medievales) determina en gran medida el derecho positivo porque fundamenta su legitimidad y establece su obligatoriedad —y, al mismo tiempo, la del ordenamiento jurídico positivo en su conjunto—.

Sin duda, el capítulo fundamental de todo el *Leviathan* es el XIV[32], pues allí confluye la teoría antropológica conceptualizada anteriormente y de él se deriva el ordenamiento jurídico posterior del "bienestar común", es decir, del Estado. En ese sentido, el capítulo sirve de plataforma giratoria para justificar las extensas disquisiciones anteriores sobre la naturaleza del hombre y el planteamiento político consecuencia del "pacto de unión" que allí se fundamenta.

Hobbes inicia su argumentación definiendo y diferenciando, como lo especifica Macpherson[33], tres conceptos claves: el de estado de naturaleza (capítulo XIII), el de derecho de naturaleza y el de ley natural, todos los cuales servirán para fundamentar, posteriormente, el del contrato social y el pacto de unión. El estado de naturaleza refleja un estado de guerra permanente, local e internacional, donde los hombres viven en constante temor a una muerte violenta. En esta condición hipotética todo hombre es susceptible a la invasión de su vida y propiedad, por la libertad que todos tienen de hacer lo que quieran. El objetivo primordial del concepto es demostrar que los hombres deben hacer lo necesario para evitar ese estado de cosas.

En el derecho de naturaleza la razón acude en auxilio del hombre, señalándole los medios para superar la situación de anarquía y peligro en que se encuentra justificada en el derecho natural que todos tienen de protegerse a sí mismos de una muerte violenta[34]. La ley de naturaleza constituye la concreción de lo anterior en forma de reglas prescriptivas con las que todo hombre razonable debe estar de acuerdo, dentro o fuera del estado de naturaleza.

De lo anterior se derivan las dos ramificaciones básicas del bienestar general (*common wealth*): "buscar la paz y seguirla" y "defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles"[35]. Hobbes invierte los términos para fundamentar desde ello la necesidad posterior de la organización política. Pero de esta manera desborda metodológicamente el modelo causal que había seguido hasta aquí e introduce un constructo prescriptivo de sociedad, proyectado desde un sujeto racional, que colectivamente tiene que perseguirse para garantizar el bienestar general.

---

[32] Thomas Hobbes, *Leviathan* (London: Penguin Classics, 1985).

[33] Crawford B. Macpherson, Introduction a *Leviathan*, 1985.

[34] Thomas Hobbes, *Leviathan*, capítulo XIV.

[35] Thomas Hobbes, *Leviathan*, capítulo XIV.

La segunda ley natural, derivada de la anterior, permitirá fundamentar el contrato. Esta comporta dos partes: la prohibición de lo que la naturaleza le compele a hacer contra los otros para preservar la paz y, por ende, su propia vida; y la limitación de su libertad de luchar contra los otros con tal de que los demás hagan lo mismo. Hobbes está estableciendo dos condiciones y momentos diferentes en la constitución del pacto. El primero es un acto concertado, un compromiso común, un contrato social a través del cual todos renuncian a su derecho de naturaleza al mismo tiempo.

El segundo es la transferencia de ese derecho a un tercero, acto que debe ser necesariamente concertado y consensual, que se constituye en un pacto de unión frente a un objetivo definido, a saber: el de que un poder común garantice a todos el cumplimiento del contrato y el pacto, con lo cual evita recaer en el estado de anarquía y zozobra anterior. El pacto en Hobbes, cuya naturaleza es absolutamente humana, no puede ser concertado ni con las bestias ni con Dios, sino solo entre los hombres que son los sujetos necesarios para que este se produzca.

Se constituye así el Estado cuya soberanía se caracterizará por ser irrevocable, absoluta e indivisible, y que culmina cuando el pacto termina por cumplimiento de la obligación o remisión de este por parte del soberano. Es irrevocable porque no puede producirse ruptura del pacto, pues este ha sido cedido al soberano y no existe contrato entre él y los súbditos; absoluta, pues tras el pacto el soberano no tiene límites, salvo el derecho a la vida del súbdito; e indivisible pues, aun tratándose de una asamblea, debe actuar como un cuerpo homogéneo, sin fisuras ni contradicciones en su acción.

De nuevo aquí es imperativo observar, contra el prejuicio generalizado, que para Hobbes no todos los derechos pueden alienarse en el soberano. El derecho de resistencia queda claro y expresamente contemplado para los casos en que se atente contra la propia vida, o pretenda lesionarse, esclavizarse o encarcelarse sin justificaciones motivadas. ¡El derecho de resistencia no se le enajena al *Leviathan*!

Locke y las libertades individuales

El *Segundo tratado sobre el gobierno civil*[36] retoma el modelo contractual pero introduce cambios sustanciales al esquema hobbesiano. Locke plantea aquí su concepto del estado de naturaleza, que modifica por completo el de Hobbes y anticipa casi en su totalidad el posterior de Rousseau.

Para Locke, aquel se caracteriza por ser "un estado de paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación", absolutamente contrario a esa condición anárquica

[36] John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Madrid: Alianza, 1990).

planteada por Hobbes. En él existe una libertad absoluta, la cual se garantiza con el derecho de cada uno de castigar al ofensor y está determinada por dos poderes o capacidades: la de preservarse a sí mismo y a otros en los límites de la ley natural y la de castigar los crímenes cometidos contra esa ley[37].

Este estado de naturaleza desaparece por el surgimiento de un estado de guerra, originado en el derecho de cada cual a repeler los ataques contra sí mismo, lo que genera una condición de enemistad, malicia, violencia y destrucción que se generaliza por la ausencia de un juez con autoridad capaz de garantizar la convivencia social[38].

La sociedad política o civil nace por un acuerdo social para formar la comunidad política e implica la renuncia de cada uno a su poder natural[39]. Y aunque el consentimiento individual es básico para salir del estado de naturaleza, una vez establecida la sociedad civil, la mayoría tiene el derecho para actuar y decidir por todos: el consenso mayoritario legitima el consentimiento y el acuerdo social[40].

El paso del estado de naturaleza a la sociedad civil supone la renuncia de los dos poderes que todo hombre posee en este: primero, abandonar su capacidad de hacer cualquier cosa para preservarse a sí mismo y someterse a las leyes hechas por la sociedad; y, segundo, renunciar a su poder de castigar y, por el contrario, colaborar con el poder ejecutivo para la aplicación de la ley[41]. Pero aquí se produce un nuevo giro que será mantenido por Rousseau: el Estado está obligado a gobernar de acuerdo al orden jurídico positivo y este último, legitimado por la decisión mayoritaria, al garantizar la vida, la propiedad y la libertad debe ser obedecido una vez constituido por el pacto social.

En Hobbes, el Estado debe garantizar la paz y la vida pues, de no hacerlo, el pueblo tiene derecho a resistirse a su ordenamiento. La legitimidad del orden jurídico está condicionada por el cumplimiento de estos preceptos de la ley de naturaleza. Con Locke estos preceptos han sido incorporados al orden jurídico y así la validez de los actos del Estado no reside en ningún factor externo a su propio ordenamiento. La ley positiva supone a la ley natural, pero una vez constituida la sociedad civil, la decisión mayoritaria es la que legitima los actos de gobierno, en ningún caso elementos ajenos a este[42]. La desobediencia civil se justifica solo contra el tirano que no cumple las leyes pero no contra el Estado y las leyes mismas.

---

[37] John Locke, *Segundo tratado*, 36-45.

[38] John Locke, *Segundo tratado*, 49.

[39] John Locke, *Segundo tratado*, 103-104.

[40] John Locke, *Segundo tratado*, 111.

[41] John Locke, *Segundo tratado*, 136-137.

[42] John Locke, *Segundo tratado*, 137.

Rousseau y las libertades políticas

El contrato rousseauniano se establecerá, metodológicamente, en tres momentos. El primero es el estado de naturaleza que, como señala Durkheim[43], no es sino una hipótesis de trabajo, una categoría teórica que permite distinguir en el hombre lo que es esencial de lo que es artificial y derivado.

Este estado de naturaleza, al contrario que en Hobbes, no es de guerra y anarquía sino de mutua comprensión y solidaridad: un estado neutro de inocencia. El hombre originariamente natural será concebido íntegro, sano y moralmente recto: no es malvado ni opresor, sino naturalmente justo[44].

El segundo momento es el del estado social. La génesis de la sociedad la plantea Rousseau en la aparición de fuerzas antagónicas en el estado de naturaleza. Las dificultades naturales (sequías, inviernos largos, etc.) estimulan el surgimiento de nuevas necesidades, obligando a la asociación forzosa de los hombres. De ello surgen grupos sociales y con estos la propiedad y las justificaciones morales sobre las acciones, lo cual genera desigualdades cuya progresiva profundización sume a la sociedad en un estado de guerra. Roto así el equilibrio, el desorden engendra más desorden y se genera el caos.

El tercer momento es el del contrato social. La unión no puede fundarse en la voluntad del gobernante: debe ser interna y tiene que ser una decisión del pueblo. Por lo mismo, no se trata de construir una agregación, que para Rousseau es lo que se deriva del planteamiento de Hobbes, sino una asociación, la cual resulta de un contrato en virtud del cual cada asociado enajena sus derechos a la comunidad.

Como consecuencia del contrato cada voluntad individual es absorbida por la voluntad colectiva que no le quita la libertad sino que la garantiza. No es pues, como en Hobbes, un pacto de sumisión sino un *pactum unionis* (pacto de unión). La voluntad general no es la suma de todas las voluntades sino la renuncia de cada uno a sus propios intereses en favor de la colectividad. Los intereses privados quedan, pues, supeditados al interés común y se elimina la oposición entre los unos y los otros, al integrarse los primeros a los segundos[45].

La voluntad de la mayoría no solo absorbe al individuo sino que es infalible y moralmente recta. Las minorías no tienen posibilidad efectiva de disentir, ni se contempla expresamente el derecho de resistencia a las decisiones arbitrarias de las mayorías. La posibilidad de una dictadura de la mayoría queda con ello abierta, llámese como se quiera el régimen político al que esto da nacimiento.

---

[43] Emile Durkheim, *Montesquieu y Rousseau* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1990).

[44] Jean Jacques Rousseau, *Del contrato social* (Madrid: Alianza, 1992), 11-14.

[45] Jean Jacques Rousseau, *Del contrato social*, 21-23.

Pero la infalibilidad de la soberanía rousseauniana tiene otra consecuencia grave. No hay, pues, ante la decisión mayoritaria otra salida que asumirla, a riesgo de ser descalificado moralmente o deslegitimado políticamente[46]. La desobediencia civil no puede legitimarse frente a la voluntad general.

Kant y el consenso político

La interpretación kantiana de la justicia como imparcialidad poco tendrá que ver con Kant, pero sí con la concepción rawlsiana de esta: "Pero la interpretación kantiana no tiene por objeto ser una interpretación de la doctrina real de Kant, sino, más bien, de la justicia como imparcialidad"[47]. No obstante, sin duda, en la asunción que hace Rawls del contractualismo para superar la concepción de justicia utilitarista, así como la tensión entre Locke y Rousseau, la filosofía práctica kantiana será una pieza sustancial del giro rawlsiano hacia el consenso y la superación definitiva del criterio mayoritario.

Kant es el último eslabón de la tradición clásica del contractualismo y sus reflexiones estarán orientadas a la "búsqueda del principio de legitimidad democrática"[48]. Para Kant el contrato social debe ser una idea regulativa racional que fundamente el orden jurídico del Estado, y que se convierta en la pauta o idea política que oriente a la sociedad civil frente a aquel[49].

Para Kant, la fuerza de la idea del contrato social reside, precisamente, en eso: en que es una idea de la razón y que, como tal, se basa en "principios racionales a priori", constituyéndose, por tanto, en una norma ordenadora de la sociedad con plena autoridad de derecho. Uno de esos principios a priori de la razón lo constituye la libertad como criterio de legitimidad desde el cual darle una base consistente a la deducción trascendental de la idea del derecho y del Estado[50]. Ello permitiría superar el caprichoso criterio de legitimidad fundamentado en el acuerdo mayoritario.

Kant asume la estructura clásica del contrato social, pero en términos normativos. El estado de naturaleza es toda situación donde primen concepciones privadas de justicia: es el imperio del derecho privado, de los intereses particulares. Esta condición impone la necesidad de un *contractus originarius*, es decir, de un consenso político que permita la superación de la situación conflictiva gene-

---

[46] Jean Jacques Rousseau, *Del contrato social*, 27.

[47] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 241.

[48] Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 165.

[49] Emmanuel Kant, *Filosofía de la historia* (Buenos Aires: Nova, 1964), 167-168; citado en Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 166.

[50] Véase, en general: Felipe González Vicén, *De Kant a Marx* (Valencia: Fernando Torres Editor, 1984), 17-97.

rada en el estado de naturaleza donde priman las posiciones en pugna.

El *contractus originarius* permitirá no solo el consenso político sino, por su intermedio, la concreción de una concepción pública de justicia. Ella posibilita la formulación de un derecho público que será el que regule los conflictos de carácter privado que se presentan en el estado de naturaleza. El derecho privado queda así supeditado a la regulación del derecho público.

Con el consenso como columna vertebral de su contrato social, Kant le confiere a este la posibilidad, primero, de corregir a Locke y su planteamiento de una "democracia de mayorías" donde priman las libertades individuales y, segundo, la de corregir los sesgos de "democracia totalitaria" que se desprendían del contrato social formulado por Rousseau, y la preponderancia de las libertades políticas en detrimento de las individuales.

Kant supera así el riesgo de amarrar el criterio de legitimación del orden jurídico-político a una dimensión tan caprichosa como el acuerdo mayoritario o la voluntad general. De allí su afán por que el consenso político le confiera una fundamentación adecuada al contrato social que le permita evitar los extremos, por exceso o por defecto, que las mayorías le imponen a la democracia.

Con esto Kant rechaza simultáneamente la imposición de la decisión mayoritaria sobre la conciencia individual, lo cual, además, es plenamente congruente con su filosofía moral, a través de la interiorización autónoma de la ley externa. Y aunque, una vez establecido el orden jurídico, el pueblo no puede rebelarse contra ese poder constituido, Kant acepta la facultad del ciudadano para no obedecer ninguna ley que le resulte ajena a su conciencia[51]. De esa manera, Rawls concilia la contradicción que, a su manera de ver, ha desgarrado la democracia liberal en general, en especial la norteamericana, entre Locke y Rousseau. La figura del consenso político permite conciliar la decisión mayoritaria con la voluntad individual, sin caer en la imposición autoritaria o en la asunción obediente de carácter heterónomo.

El principio de legitimidad democrática encuentra su fundamento tanto en el consenso político como en la autonomía moral del individuo, incluso sin aceptar Kant el derecho de rebelión contra un orden establecido[52]. El liberalismo clásico se cierra así con dos consecuencias: no hay justificación racional de la desobediencia civil contra el orden político fruto del consenso y se impone por tanto la obediencia absoluta al derecho. Veremos cómo Rawls confrontará, desde una postura posliberal, esta posición del liberalismo decimonónico.

---

[51] Emmanuel Kant, *La paz perpetua* (Madrid: Aguilar, 1967), 52; citado en Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 167.

[52] Emmanuel Kant, *Filosofía de la historia*, 176-177; citado en Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 168.

Contexto socio-político y constitucional

A continuación quisiera presentar el contexto, tanto histórico como constitucional, con el que se enfrenta Rawls en la década de los cincuenta, básicamente constituido por tres hechos que pueden ser rastreados, directa o indirectamente, en su obra, ya sea de forma inmediata, en la elaboración del modelo inicial, o mediata, en aclaraciones posteriores.

Sin duda, el hecho de mayor relevancia será la decisión de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) estadounidense sobre la doctrina de "segregados pero iguales", que establecía como constitucional —y, por extensión, como algo justo— el que, por ejemplo, los niños negros, aunque iguales a los blancos, tuvieran que estudiar en escuelas separadas. La teoría de la justicia responderá a esta cuestión con la posición original y el velo de ignorancia con los cuales los principios de justicia que se deriven del procedimiento de consensualización no responderán a intereses puntuales de una mayoría dominante ni a las vicisitudes de una lotería natural o socio-económica determinada sino a criterios inamovibles de interés general.

El segundo es, sin duda, *el movimiento por los derechos civiles* en Estados Unidos que se gesta igualmente en la primera mitad de los cincuenta. Podríamos aventurar que, en últimas, toda la justicia como equidad rawlsiana es una justificación a las aspiraciones de igualdad de las minorías y su instrumento conceptual es la crítica radical a la concepción de justicia del utilitarismo, lo justo es lo que mayor bienestar le proporcione a la mayoría, y la propuesta de una concepción alternativa de carácter consensual —en esencia la posición original y los principios de justicia— donde todas las minorías cuenten con la misma relevancia en la elección de la concepción de justicia que vaya a regular la dinámica de la sociedad. La propuesta, además de considerar como mecanismos legítimos de reivindicación de unos principios concertados equitativamente tanto la objeción de conciencia como la desobediencia civil, es una apuesta rawlsiana por justificar no solo la posibilidad legítima de desobediencia al ordenamiento, sino también las mismas prácticas políticas que el movimiento por los derechos civiles asumió en un momento dado.

Por último, aunque primero en el tiempo, se encuentra el tristemente célebre fenómeno del "macartismo" que constitucionalmente se sustentó en la doctrina del "peligro inminente". En el libro *Sobre las libertades*, posteriormente incluido como capítulo en *Liberalismo político*, que es la respuesta de Rawls a su maestro H. L. A. Hart quien le pide aclarar cuál es la concepción de libertad que subyace al primer principio de justicia, el principio de iguales libertades para todos, así como la prioridad de la libertad que establece la superior jerarquía de este primer principio sobre el de distribución, Rawls reconstruye buena parte de

la historia constitucional estadounidense señalando este periodo y esta doctrina en particular como el gran lunar del constitucionalismo progresista en su país, frente a lo cual reitera la irrenunciabilidad que la libertad debe tener, política e institucionalmente, en cualquier democracia constitucional.

El marcartismo

Contexto histórico

Los sucesos posteriores a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, como son el inicio de la guerra fría y la confrontación bélica en la península de Corea, produjeron el inicio del fenómeno social y político conocido como el temor rojo, impulsado por denuncias de espionaje que involucraron a miembros de organizaciones civiles, funcionarios del Estado, artistas y políticos, entre otros. Las denuncias de espionaje e infiltración comunista en altos cargos del Estado y la sociedad en general animaron a varios políticos, principalmente del partido Republicano, como Joseph McCarthy, a asumir la causa anticomunista, estimulando temores en el público sobre la presencia de espías bolcheviques en la sociedad norteamericana[53].

En 1950 Joseph McCarthy, senador del Partido Republicano, afirmó que el Departamento de Estado estaba infiltrado e infestado por espías comunistas[54]. Estas denuncias fueron ampliamente difundidas por los medios de comunicación, lo que generó que algunos líderes políticos y la opinión pública exigieran pruebas de sus acusaciones. El caso fue investigado por un comité del senado norteamericano que declaró que las acusaciones eran un fraude, esto originó que el senador utilizara la táctica de realizar otras acusaciones con otros nombres, pero nunca se descubrió ni un solo agente infiltrado en las instituciones del gobierno.

Posterior a las declaraciones del senador McCarthy, el caricaturista Herbert Block acuñó el término "McCarthyism" para hacer alusión a las difamaciones sin fundamento de las sospechas que acaecieron sobre políticos, funcionarios públicos o miembros de la sociedad civil de pertenecer a grupos comunistas[55]. Posteriormente, el escritor Arthur Miller estableció un paralelo entre las acusaciones de McCarthy y lo ocurrido en el pueblo de Salem, donde en 1692 un proceso por brujería terminó con la ejecución de veintiún personas acusadas de realizar hechicería[56].

---

[53] George B. Tindall y David E. Shi, *Historia de los Estados Unidos*, t. II (Bogotá: Tercer Mundo, 1995), 310-311.

[54] Véanse: Eduardo Haro Tecglen, Prólogo a *El caso Oppenheimer* de Heinar Kipphardt, Eduardo Haro Tecglen y Adolfo Lozano Borroy (Barcelona: Ayma, 1966); Felipe Gómez Isa, *El derecho a la memoria* (Bilbao: Alberdania, 2006), 473.

[55] Fernando Galván Benítez, "El macartismo y su contexto", en *La manipulación de la seguridad nacional como pretexto del gobierno federal norteamericano para anular las libertades individuales* (México D.F.: Universidad de las Américas Puebla, 2006), 28.

[56] Eduardo Haro Tecglen, "A los veinte años de su muerte: el senador McCarthy y su tiempo", *Tiempo de Historia*

La política de cacería de brujas promovida por McCarthy y varios senadores republicanos, en el contexto de la guerra de Corea, impulsó en 1950 la Ley McCarran de seguridad interna, inclusive por encima del veto del presidente Truman. La Ley exigía a las organizaciones comunistas o de tendencia socialista registrarse ante el fiscal general de la nación, además evitó el ingreso de miembros de partidos totalitarios al país y desestimuló a los comunistas de desertar en favor de los Estados Unidos[57].

La terminación de la guerra de Corea en 1953 dio fin a la cacería de brujas iniciada por el senador McCarthy, el cual había utilizado como estrategia la mentira, la falsificación de evidencias y la intimidación o el chantaje a los testigos de sus denuncias. El macartismo arruinó la carrera y la reputación de muchos políticos, escritores, periodistas, funcionarios públicos y artistas, pero muchos estadunidenses atrapados en la histeria anticomunista consideraban al senador McCarthy un héroe que luchaba contra la amenaza roja, lo que le generó un apoyo de gran parte de la población y estableció posiciones anticomunistas de tintes fanáticos[58].

En este contexto, las acusaciones del senador, carentes de fundamento, significaron un posicionamiento político e ideológico en contra del comunismo, la oposición a la regulación de la economía por parte del Estado federal y su legislación del *New Deal*, la estructuración del poder político y las luchas sindicales, las divisiones surgidas en torno al citado conflicto hispano y la tensión entre el poder civil y el militar. El verdadero triunfo del senador McCarthy fue su identificación con la política anticomunista de los norteamericanos, lo que originó que la utilización de este argumento y los políticos que lo usaban se volvieran inseparables. De aquí en adelante cualquiera podía convertirse en "traidor" o "enemigo", lo que abría paso para que el Estado tomara decisiones restrictivas hacia la ciudadanía, que poco a poco limitaran las libertades de los supuestos "espías al servicio de intereses extranjeros" o "agentes comunistas" infiltrados en la sociedad norteamericana[59].

Contexto constitucional

La importancia del macartismo podría haber terminado con el declive y desaparición del Senador de la escena política, pero sus acusaciones tuvieron tanto éxito en la opinión pública por la difusión que le dieron los medios de comunicación, ante el peligro del comunismo y su infiltración en la sociedad norteamericana en

30 (1977): 69.

[57] George B. Tindall y David E. Shi, *Historia de los Estados Unidos*, 311-312.

[58] George B. Tindall y David E. Shi, *Historia de los Estados Unidos*, 340-341.

[59] Eduardo Haro Tecglen, "A los veinte años de su muerte: el senador McCarthy y su tiempo", 108.

medio de la guerra fría. Entre 1950 y 1952 el Congreso norteamericano aprobó leyes de seguridad interna, de inmigración y de nacionalidad que restringían la actividad comunista y prohibían la entrada al país de personas que tuvieran algún vínculo con el comunismo[60].

El "peligro comunista" o "la amenaza roja" se convirtió en un mecanismo del Estado y sus gobiernos para argumentar y justificar sus acciones en contra de personas cercanas a la ideología comunista. Estas acciones por parte de las autoridades, desde una perspectiva constitucional, eran completamente anticonstitucionales, ya que violaban derechos fundamentales como la libertad de expresión. Las acusaciones alcanzaron a personajes como Bertolt Brecht, Elia Kazan, Ernest Hemingway y Arthur Miller, quienes aparecían en la "lista negra" del senador McCarthy junto con otros actores, directores, guionistas, abogados, periodistas, industriales y escritores simpatizantes de las ideas socialistas y del Partido Comunista y que, por esta razón, perdieron su pasaporte, fueron despedidos de su trabajo, vigilados, interrogados y aislados por la sociedad[61].

Es con la llegada del juez Earl Worren al máximo tribunal de justicia de los Estados Unidos, la Corte Suprema, cuando el organismo comienza a tomar una serie de decisiones en contra del macartismo, como fueron: 1) la defensa de los ciudadanos a viajar al exterior; 2) proscribir la intervención injustificada por parte de los burócratas, organismos de seguridad y de los miembros de los comités legislativos obsesionados por la lealtad en la privacidad de la población, ya que estaban menguando derechos fundamentales como la libertad; y 3) aclarar los nuevos derechos sobre la vida privada, la libertad académica, además de garantizar la libertad de expresión y de prensa contra cualquier tipo de censura por parte de los funcionarios estatales[62].

En *Sobre las libertades* y en *Liberalismo político*, Rawls manifestó su rechazo hacia el macartismo y la doctrina de "segregados pero iguales". Allí, haciendo alusión a los casos Schenck, Brandenburg y Dennis, dirimidos por la Corte Suprema de Justicia norteamericana, avanza en la comprensión de los debates constitucionales alrededor de la regla del peligro y su aplicación al discurso político, en particular en cuanto a lo subversivo, aspecto que marcó el contexto norteamericano de las décadas de los cincuenta, sesenta y posteriores como consecuencia de la guerra fría.

John Rawls se ocupa de las libertades políticas básicas, específicamente la libertad de prensa y el discurso político, que pertenecen a las libertades básicas del

[60] Juan Cavestany, "La casa de brujas en Estados Unidos", *El País*, 9 de noviembre de 1999, http://finea.files.wordpress.com/2011/05/actividad-caza-de-brujas-eeuu.pdf

[61] Véase: Daniel Bar-Tal, "La monopolización del patriotismo", *Psicología Política* 11 (1995): 56.

[62] Alan Nevis y Henry Steele Commager, *Breve historia de los Estados Unidos* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992), 543.

pensamiento y están bien referenciadas en la doctrina constitucional norteamericana, como rango central de la libertad del discurso político. Entre estas, según Rawls, están las siguientes condiciones: no existe tal cosa como el crimen del libelo sedicioso, no hay restricciones previas a la libertad de prensa, excepto en casos especiales, y preconizar doctrinas revolucionarias está plenamente protegido.

Los anteriores puntos son el rasgo central de la libertad del discurso político, y perseguir, sancionar y prescribir estas libertades por parte de los gobiernos, suprimiendo la crítica y el disenso, para conservar el poder, demostrará la importancia de esta libertad particular para cualquier esquema de libertades básicas. Al existir la sanción del libelo sedicioso por parte de las leyes, la libre prensa y el debate político no desempeñarán el papel de informar al electorado, lo que mina las posibilidades de reafirmar los autogobiernos y sus libertades democráticas esenciales[63].

Reprimir la defensa de la subversión es equiparable a suprimir la discusión de estas razones y restringir el libre e informado uso público de la razón al juzgar todos los asuntos relativos a la justicia de la estructura básica y a sus políticas sociales. De esta manera se viola la libertad básica que constituye el pensamiento. Es interesante mirar que cuando se hacen alusiones a la revuelta y a encender la chispa revolucionaria en algunos sectores de la población, Rawls considera, no muy lejano de Hobbes, la inestabilidad de los arreglos políticos, lo que origina una fuerza social incontenible que arrasaría con todo.

Pero, según Rawls, si se garantiza la libertad de expresión, los delitos graves pasarán inadvertidos y no serán un peligro para la sociedad y sus instituciones políticas, ya que las inconformidades y demandas sociales se harán públicas, y serán tomadas en cuenta por un gobierno democrático bien dirigido. De esta manera, una democracia gobernada sabiamente estará alerta a enfrentar estructuras básicas sociales sumamente injustas, que producen discursos subversivos para generar cambios de largo alcance que permitan, expliquen y justifiquen la defensa de la resistencia y de los discursos subversivos, necesarios para fortalecer la democracia y sus derechos básicos fundamentales[64].

La doctrina de "segregados pero iguales"

Contexto histórico

La situación de los afronorteamericanos ha sido distinta de las otras minorías raciales o étnicas en Estados Unidos. Los negros llegaron por la fuerza como una subclase (esclavos) que respondía a valores relacionados con el grupo o la comunidad y

[63] John Rawls, *Liberalismo político* (Barcelona: Crítica, 1996), 313-315.

[64] John Rawls, *Liberalismo político*, 317-320.

no estaban orientados hacia el individuo, como es, según Lipset[65], el credo de los norteamericanos. Este grupo minoritario ha sido durante un periodo extenso de la historia norteamericana parte de una jerarquía explícita, de casta, de desigualdad relacionada con orígenes hereditarios. Los afroamericanos diferían o estaban exceptos del igualitarismo social que se expresaba a través de la meritocracia y la igualdad de oportunidades, los pilares del credo norteamericano[66].

Es así que los antecedentes históricos de los *segregados pero iguales* nos remiten a la política segregacionista y esclavista de los estados sureños, a los cuales les resultaba rentable este tipo de relación económica, que originaba que el precio del esclavo fuera alto en el mercado, además de ser un signo de privilegio y estatus social, por tanto, no estaban dispuestos a perderlo[67].

En 1854 el Congreso norteamericano aprobó la Ley Kansas-Nebraska que autorizaba a ambos estados a decidir sobre la legalidad o ilegalidad de la esclavitud en sus territorios. La cuestión abolicionista fue cobrando cada vez mayor importancia, hasta la llegada de Abraham Lincoln en 1860[68], quien en una década introdujo una serie de leyes y enmiendas constitucionales para proteger a los negros recién emancipados[69].

Es de esta manera que la decimocuarta enmienda ilegalizó la esclavitud: "No existirán en los Estados Unidos (ni en ningún sitio bajo su jurisdicción) ni la esclavitud ni la servitud involuntaria, excepto como castigo por crímenes por los cuales el interesado habrá sido condenado"; del mismo modo, la quinta enmienda determinaba que "[e]l derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos al voto no será negado ni limitado por los Estados Unidos ni por ningún Estado en razón de raza, color, o condición previa de servitud"[70].

Sin embargo, como lo señala Oñate, "en el norte los negros no tenían derechos electorales [mientras en] el sur se seguían eligiendo a representantes reaccionarios y contrarios a los derechos de los negros"[71]. Luego del fin de la Guerra de Secesión se inició una ola violenta de segregación racial en la que murieron cientos de hombres y decenas de mujeres de color fueron violadas. En este contexto surge el Ku Klux Klan,

---

[65] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano. Una espada de dos filos* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000).

[66] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 158-159.

[67] Alfonso Oñate Méndez, "El sur de los Estados Unidos: desde la esclavitud hasta la lucha por los derechos civiles (un crítico repaso histórico)", *Trocadero* 16 (2004): 288.

[68] Salustiano del Campo Urbano y Juan Díez Nicolás, "El negro americano", *Revista de Estudios Políticos* 120 (1961): 169.

[69] Morroe Berger, "En el tablero de las razas", *El correo. Una ventana abierta sobre el mundo. El negro norteamericano*, 6 (1954): 8.

[70] Howard Zinn, *La otra historia de los Estados Unidos* (New York: Cuentos, 2007), 186.

[71] Alfonso Oñate Méndez, "El sur de los Estados Unidos", 290.

organización de la extrema derecha sureña, que inició una política de exterminio y segregación de los afronorteamericanos con violencia[72]. En este contexto, los estados del sur aprobaron nuevas constituciones que negaban derechos civiles y políticos a los negros, con lo cual consolidaron la segregación y la exclusión entre 1895 y 1910[73].

A finales del siglo XIX la segregación de los afronorteamericanos se conoció como "Jim Crow", haciendo alusión a un personaje ficticio muy famoso de la primera mitad de este siglo, interpretado por un actor blanco que se pintaba la cara de negro[74]. Las leyes Jim Crow ganaron preponderancia en los fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos, hasta que en 1883 se declaró inconstitucional el Acta de Derechos Civiles de 1875 que estipulaba que "debe ser reconocido a todas las personas el derecho al total goce y disfrute de las ventajas, beneficios, facilidades y privilegios de hoteles, servicios públicos de transporte por tierra y agua, teatros y otros sitios de esparcimiento público"[75].

El trato a los negros ha constituido la mayor desviación del credo norteamericano, ya que desde el comienzo de la historia de los Estados Unidos ha existido esta población en su territorio. Sin embargo, pasaron dos siglos y medio como esclavos y, posteriormente en 1865, sirvieron como un grupo de casta inferior que trabajaba de acuerdo con una explícita política de "Jim Crow", con escasas oportunidades de obtener recursos financieros, educativos o de trabajos de decisión. Los sistemas de castas, ya sea por esclavitud o segregación, eran jerárquicos o hereditarios y solo los negros empezaron a exigir derechos de igualdad política y de oportunidades económicas a partir de la década de 1960[76].

Entre 1880 y 1890 la situación de los negros era una "pobreza muy extendida"[77] y la segregación era la característica principal del trato que recibían de

---

[72] Este movimiento antiabolicionista norteamericano fue fundado en 1865 por antiguos oficiales de la confederación de los estados del sur, como fue el caso del antiguo jefe de la caballería confederado Nathan Bedford Forrest, quien se convirtió en su primer Gran Maestre. El movimiento afirmaba la idea de la *supremacía blanca sobre los negros*, al declarase la libertad de esta minoría en los Estados Unidos, por parte de Abraham Lincoln en 1863. El Ku Klux Klan se extendió por todos los estados sureños y estaba compuesta por jinetes enmascaraos y ataviados con túnicas blancas, que mediante el empleo de la amenaza, el látigo, la soga y el rifle esparció el temor no solo entre los negros sino, quizá aún más, entre los dirigentes republicanos. Véase: Isaac Asimov, *Los Estados Unidos desde la Guerra Civil hasta la Primera Guerra Mundial* (Madrid: Alianza, 2006), 82.

[73] Salustiano del Campo Urbano y Juan Díez Nicolás, "El negro americano", 170.

[74] Adriana Collado, "Qué son las leyes Jim Crow. Discriminación y segregación legal", en *Historia de EE.UU.* http://historiausa.about.com/od/recons/a/Que-Son-Las-Leyes-Jim-Crow.htm.

[75] Estefanía Ziliani, "La acción afirmativa en el derecho norteamericano", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* V, número especial (2011): 72.

[76] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 158-159.

[77] "Thomas Fortune, joven director negro del *Globe* de Nueva York, testificó ante un comité del Senado en 1883 sobre la situación del negro en los Estados Unidos. Habló de la "pobreza muy extendida", de la traición por parte del gobierno y de los desesperados intentos de los negros por educarse" (Howard Zinn, *La otra historia de los Estados Unidos*, 196).

los blancos en el sur. Muchos afronorteamericanos huyeron hacia otros estados como Kansas para evitar la violencia, la segregación y la pobreza, mientras quienes se quedaban se organizaban para defenderse del abuso y la persecución. Para el año 1900 todos los estados sureños habían incluido la eliminación legal de los derechos de los negros y habían promulgado leyes segregacionistas[78].

El hecho distintivo que dio inicio a la política de *segregados pero iguales* a finales del siglo XIX fue el fallo del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Plessy vs. Fergurson. El 7 de junio de 1892, el ciudadano negro Homer Plessy fue encarcelado por sentarse en un asiento vacío del vagón reservado para los pasajeros de raza blanca en el ferrocarril de East Louisiana. El 18 de abril de 1896 el Tribunal Supremo de Justicia falló, con siete votos a favor y uno en contra, que las leyes de Louisiana "no negaban la igualdad ante la ley, siempre y cuando los lugares físicos separados fueran iguales en calidad"[79] y que no existía conflicto entre estas y las enmiendas decimotercera y decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos, lo que inauguró la doctrina de "segregados pero iguales".

Frente al fallo el juez Thurgood Marshall afirmó:

> [E]sta decisión, tengámoslo bien presente, no solo alentará las agresiones, más o menos brutales e injustas, a los derechos que se le reconocen a los ciudadanos de color, sino que además alimentará la creencia de que es posible burlar, por medio de leyes parlamentarias, las enmiendas recientemente introducidas en la Constitución.[80]

Efectivamente, a partir de este fallo, la cuestionable interpretación de la enmienda decimocuarta se extendió desde el transporte público a parques, hospitales, bibliotecas y escuelas públicas. Por ejemplo, la separación racial llegó a ser obligatoria en diecisiete estados y en el distrito de Columbia, en cuatro estados tenían opción de aplicar o no la segregación, en dieciséis estaba prohibida y en los once restantes no había legislación sobre la materia[81].

En 1951 Oliver Brown impugnó la doctrina de "segregados pero iguales" cuando presentó una demanda contra la junta escolar de Topeka, Kansas, en nombre de su hija de ocho años. "Brown deseaba que su hija asistiera a una escuela blanca situada a cinco manzanas de su casa, en vez de a la escuela negra, que estaba a veintiuna manzanas de distancia, en este caso un tribunal federal

[78] Howard Zinn, *La otra historia de los Estados Unidos*, 189.

[79] Estefanía Ziliani, "La acción afirmativa en el derecho norteamericano", 74.

[80] Estefanía Ziliani, "La acción afirmativa en el derecho norteamericano", 75.

[81] Salustiano del Campo Urbano y Juan Díez Nicolás, "El negro americano", 181. Véase también: Morroe Berger, "En el tablero de las razas", 1954.

falló contra Brown"[82]. En otros estados se presentaron pleitos similares, el tribunal de Delaware, por ejemplo, resolvió que las escuelas negras eran inferiores a las blancas y ordenó que los niños negros fueran trasladados a escuelas blancas.

En la apelación ante el Tribunal Supremo en 1954, otros doce demandantes, en representación de sus hijos, se unieron a Brown. El Tribunal sentenció por unanimidad que la segregación escolar era inconstitucional, anotando que:

> [L]a separación de los niños blancos y de color en las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial en los niños de color; el impacto es mayor cuando es sancionado por la ley, puesto que la política de separación de las razas es interpretada generalmente como que denota la inferioridad del grupo negro; el sentido de inferioridad afecta la motivación que un niño tiene de aprender. La segregación sancionada por la ley, por lo tanto, tiende a retardar el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarles de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado.[83]

El caso Brown sobresale por ser el primero en tener éxito, además de ser el antecedente jurisprudencial de que defender los derechos de la personas de color en los estrados judiciales era posible. El caso Brown sienta un precedente sólido, de declaratoria de inconstitucionalidad de leyes y políticas segregacionistas, de modo que se convertirá en la principal herramienta y en el referente obligado para todos los afronorteamericanos que con posterioridad defendieron derechos civiles en aras de igualdad entre negros y blancos.

Contexto constitucional

El fallo en el caso Brown vs. Board of Education cobró importancia por sus pronunciamientos en materia de: 1) historia de la decimocuarta enmienda y lo poco concluyente que esta resulta en materia de educación pública; 2) el papel de la educación pública en la vida de los Estados Unidos y su integración a la luz de esta misma enmienda; 3) el principio bajo el cual el Estado, que asume la responsabilidad de impartir educación pública, también tiene la obligación de ponerla al alcance de todos; 4) así las instalaciones y otros aspectos tangibles sean los mismos, la segregación de los niños basada en la raza les niega el acceso igualitario a la educación; y 5) la política de "separados pero iguales" que se acogió en otros campos no tiene cabida en la educación pública[84].

[82] Estefanía Ziliani, "La acción afirmativa en el derecho norteamericano", 75.

[83] Estefanía Ziliani, "La acción afirmativa en el derecho norteamericano", 76.

[84] Estefanía Ziliani, "La acción afirmativa en el derecho norteamericano", 77.

Si bien el caso se conoce por el nombre del demandante que inició el proceso en primera instancia, Brown, a la apelación se adhirieron múltiples demandantes, que a juicio de las autoridades tenían una cuestión legal común que los integra bajo una misma opinión y posición legal, lo que hace de todos partes facultadas en el litigio a pesar de tener circunstancias fácticas diferentes. Este último es otro de los pronunciamientos de vanguardia en el caso, personas sujetas a diferentes hechos pueden compartir una causa jurídica común.

El objeto central y común del litigio giraba en torno a menores de edad de color que por medio de sus representantes buscaban que los jueces les permitieran ingresar a instituciones de educación a las que asistían niños blancos y en las que en diferentes instancias habían sido rechazados acatando leyes que permitían e incluso obligaban la segregación por concepto exclusivo de la raza. Por medios legales se permitía privar a los ciudadanos de color del pleno disfrute de las protecciones igualitarias de la decimocuarta enmienda, señalando que en esta la igualdad se refería a las facilidades y posibilidades de acceso enmarcadas en la corriente "iguales pero separados", las cuales argumentaban que en estas se dispone que las personas de color gocen de las mismas condiciones que los blancos pero en espacios separados.

El debate se trasladó a un análisis de la decimocuarta enmienda, al no haber leyes que permitieran esclarecer el problema jurídico. Desde luego, este resultó en extremo dispendioso, pues debió incluir desde las condiciones históricas complejas de donde se originó la enmienda, hasta los diferentes debates en los estados para su ratificación; se analizaron los tenores de intérpretes literales, garantistas, restrictivos y expansivos, y se tuvieron en cuenta opiniones de partidarios y detractores. Este debate fue pertinente para el caso dado que la inclusión en las políticas de los diferentes estados, de principios antisegregacionistas tenían diferentes resultados en el norte y en el sur, y los debates del Congreso aún no abordaban el tema, y por significativos que fueran los avances del norte, aún quedaban muchas brechas que cerrar, sobre todo en lo que respectaba a la educación pública.

La Corte terminó por dejar de lado los debates sobre la enmienda, pues, por un lado, resultaban poco concluyentes y, por otro, las condiciones materiales y culturales de finales de del siglo XIX no podían ser comparadas con las de mediados del XX. El debate incluía ahora, pero no podía limitarse, a las condiciones cada vez más iguales ente las escuelas para personas de color y para blancos, sino en la desigualdad que tal distinción contenía en sí misma. De modo que, aunque las condiciones tangibles se acercaran a la igualdad, la segregación por razas tenía efectos en la educación en cuanto al tipo de ciudadanos que es posible formar en escuelas segregadas.

Las políticas de "segregados pero iguales" no solo privaban a los estudiantes de la posibilidad de debate con otros puntos de vista, como ejercicio fundamental

en la formación en valores y académica, sino que su refuerzo por medio de la ley imprimía valores persuasivos a la separación, dado que los fundamentos, y en ocasiones la redacción de las mismas leyes, suponían que la separación a razón de la raza obedecía a principios de inferioridad. De manera que, aunque las condiciones materiales fueran muy similares, la educación que recibían los niños de color era percibida por ellos mismos como de menor calidad y los ponía a pensar como si en efecto se encontraran en estado de inferioridad.

Por lo tanto, las políticas de *segregados pero iguales*, que en otros ámbitos suponían una simple separación en cuanto a infraestructura y recursos físicos, en el caso de la educación no solo separaban los medios materiales sino que terminaban separando ideológicamente a las dos poblaciones, de modo que no tenían cabida real en el campo de la educación pública. Es así que para la Corte el argumento esgrimido por los partidarios de "separados pero iguales", de que la igualdad ante la ley no se supone de facto sino de acceso o recursos, tenía una concepción errada de lo que esta significa a la luz de la constitución y de la teoría de los derechos civiles que imperaban en la Corte en ese momento.

El movimiento por los derechos civiles

Contexto histórico

El fin de la esclavitud, promulgado en 1863, no fue el paso a la igualdad que se esperaba para las minorías negras en los Estados Unidos, ya que después de 250 años de opresión, pasaron a servir como una casta inferior. La pobreza esparcida por la Guerra de Secesión en los estados del sur generó que los blancos tuvieran que recurrir a la unidad racial para sobreponerse a los desastres de la guerra, de manera que el conflicto terminó reforzando los movimientos segregacionistas que tomaron fuerza y, al no haber desarrollos legales que materializaran los derechos de los recién incluidos ciudadanos negros, lo que terminó imponiéndose fue la segregación como relación socialmente aceptada.

En los años que siguieron a la Guerra de Secesión los negros tuvieron el apoyo de tropas de la Unión para consolidar los pocos espacios a los que verdaderamente se hicieron con la declaratoria de emancipación. Una de las actividades que pudieron hacer con mayor libertad y que más ejercitaron fue la edificación de iglesias propias, ahora con ministros de color; estas se convirtieron en lugares de reunión y discusión de los asuntos de la comunidad afro y el espacio para expresar y construir su identidad cultural. Es justamente en este contexto donde se forja el pensamiento de Martin Luther King y Malcolm X como los más grandes exponentes del movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos a mediados del siglo XX.

Los primeros hombres que visibilizaron la exclusión y la segregación de los negros por parte de los blancos en los estados del sur fueron: en primera instancia, Marcus Garney, quien se refería al principio de la libertad como valor individual, como el fundamento moral para combatir la segregación. Posteriormente, Charles Hamilton Houston, graduado como abogado en Harvard, quien amasa conocimiento e influencias suficientes para posicionarse en el mundo jurídico de Estados Unidos e iniciar el debate jurídico-constitucional sobre la igualdad de oportunidades para los negros. En los años treinta, Thurgood Marshall, apadrinado por Hamilton, llevó el debate de las aulas a los estrados judiciales y, después de ganar varios casos, logró que la Corte Suprema de la Unión se pronunciara en contra de las políticas de "segregados pero iguales", mecanismo utilizado por algunas instituciones para justificar las condiciones deficientes de las instalaciones destinadas a las personas de color, las cuales fueron declaradas como inconstitucionales por la Corte[85].

Es en 1944 que el economista sueco Gunnar Myrdal[86], siguiendo la proclama de Thomas Jefferson de que "todos los hombres son creados iguales", pensaba que si los negros se organizaban para defender sus derechos y exigir una mayor igualdad política, económica y social, los blancos tendrían que modificar su conducta, si querían mantener su fe en el credo norteamericano y superar lo que el académico llamó el dilema de los estadunidenses. Es de esta manera que los triunfos políticos del movimiento por los derechos civiles a finales de los cincuenta y los sesenta mostrarían que Mirdal tenía razón.

La visualización de la problemática racista y excluyente de los afronorteamericanos en los Estados Unidos, específicamente en los estados del sur, no sería evidente hasta 1955 cuando los movimientos se unificarían, lo que les daría la fuerza política para ponerse a la cabeza de la opinión pública. Con el lema "cansados de ceder"[87] se produce el boicot a los autobuses de Montgomery, impulsado por lo ocurrido a Rosa Parks, quien se negó a ceder su asiento en un autobús segregado y fue arrestada por ello. Rosa, quien estaba desde antes involucrada en el activismo de organizaciones afro, supo que podría capitalizar de buena forma los acontecimientos a favor de su causa y propició la movilización en rechazo a este hecho.

Los actores de las protestas buscaron un líder para no debilitarse por las rivalidades de los diferentes líderes comunitarios, recurrieron entonces a un reverendo recientemente llegado a la ciudad: Martin Luther King. El boicot con-

[85] Departamento de Estado de EE.UU., *Libres al fin. El movimiento de los derechos civiles en EE.UU.* (Estados Unidos: Oficina de Programas de Información Internacional, 2008), 26-28.

[86] Gunnar Myrdal, *An American Dilemma* (New York: Harper and Row, 1962), 462-466; citado en: Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 168.

[87] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 30.

sistió en que la comunidad afro se organizó para proveer de medios alternativos de transporte a la comunidad y evitar usar el servicio de transporte público, de manera que las autoridades de la ciudad de Montgomery pagaran un precio económico significativo por sus políticas segregacionistas.

El incidente en la ciudad de Montgomery será relevante para dar inicio al movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos, en cuanto significó, por un lado, el surgimiento de su líder Martin Luther King y la instauración gracias a este de una línea pacifista en todo el movimiento; y, de otro, uno de los primeros casos en que las conquistas de Marshall y Houston se usaron como precedentes jurisprudenciales en asuntos que iban más allá de la educación y la igualdad de oportunidades laborales, con lo cual sentaron los antecedentes jurídicos para ser usados en todos los ámbitos de la violación de derechos civiles a los negros.

El boicot a los buses Montgomery sentó las bases míticas de otros movimientos, como es el de los *viajes por la libertad*, donde los activistas negros se desplazaban de una ciudad a otra para continuar con sus manifestaciones, ignorando las normas segregacionistas de las compañías de transporte. Los autobuses que desplazaban activistas a diferentes partes de los estados del sur fueron atacados violentamente por miembros del Ku Klux Klan y otros extremistas o radicales de extrema derecha. La violencia contra los activistas, que respondían siempre con la no violencia, ganó simpatizantes entre los ciudadanos blancos, además de poner a la ley de su parte.

Las victorias que se obtenían de cuidad en cuidad le dieron fuerza al movimiento, que iba ganando adeptos en las grandes ciudades de los Estados Unidos, hasta que el presidente John F. Kennedy anunció la presentación de un proyecto legislativo para prohibir la segregación. Las dificultades para su aprobación forzaron a los activistas a actuar, lo que produjo las manifestaciones más grandes de la historia, entre ellas, una que convocó a activistas de todas partes del país, en una marcha sobre Washington en la que tuvo lugar el famoso discurso "Yo tengo un sueño" que perpetuó la figura de Martin Luther King. Finalmente, se evidenció que las conquistas logradas por los activistas se produjeron gracias a la posibilidad de ser escuchados pacíficamente e igualitariamente ante la ley.

Contexto constitucional

En esta parte es importante mencionar las soluciones jurídicas que se le dieron a los negros, considerados por los blancos como una casta aparte e inferior. Como lo habíamos mencionado anteriormente, el sistema de valores de los blancos en los Estados Unidos se basa en lo individual —excepto algunos derechos de grupo otorgados a las naciones indígenas— y espera que los ciudadanos exijan y

protejan sus derechos sobre la base personal. Sin embargo, la experiencia de los negros se ha sustentado sobre las relaciones de grupo, al tratar de definir a sus miembros no de acuerdo con sus méritos personales sino por sus antepasados, su raza y su grupo étnico, lo que los distanciaba del credo de derechos particulares de los estadounidenses[88].

Este credo, según Warren Earl Burger[89], presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los cincuenta, es la base de la Constitución, al ser concebido por un pueblo que abandona Europa buscando nuevas oportunidades en condiciones de igualdad, además de desconfiar ampliamente de los excesos a los que es susceptible un gobierno centralizado, como lo eran en su momento los Estados europeos. De manera que el documento realizado en 1787 recoge intenciones claras de configurar una nación fundada bajo la idea de ofrecer garantías para esas oportunidades —en condiciones de igualdad para todos— que los colonos buscaban y generar un gobierno con atribuciones altamente limitadas, descentralizado y que respete una fuerte división de poderes.

La Constitución norteamericana permanecerá estable hasta la Guerra de Secesión, cuando el país se ve envuelto en una guerra civil entre dos modelos políticos y económicos, que originó tratos diferenciados a las poblaciones negras, ubicadas en su mayoría en los estados sureños, las cuales no tenían derechos de igualdad ante la ley consagrados en la Constitución. Los primeros cambios de esta última se producen a partir de 1865, en el periodo de la Reconstrucción. Como parte de los planes en muy diversas escalas y ámbitos tendientes a la recuperación integral de Estados Unidos devastado por la guerra, se aprobaron lo que conocemos hoy como las enmiendas constitucionales de la reconstrucción, siendo las más importantes la decimocuarta y la decimoquinta[90].

En el año de 1866 el Congreso de los Estados Unidos votó la decimocuarta enmienda, que afirmaba los derechos de ciudadanía que tenían los negros, además de considerar que esta minoría étnica tenía derecho a los "privilegios e inmunidades de ciudadanos", a la "igual protección de las leyes" y a la "protección contra la privación de la vida, la libertad y la propiedad" sin el debido proceso legal; sin embargo, no incluyó el derecho del negro a sufragar. Esta enmienda tiene la particularidad de estar dirigida no solo a regular los poderes gubernamentales, como ocurre con la mayor parte del texto constitucional, sino que estaba pensada para regular las conductas de los particulares[91].

---

[88] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalísimo norteamericano*, 160.

[89] Warren E. Burger, "La Constitución de los Estados Unidos de América", *Revista Chilena de Derecho* 13, n.° 1 (1986): 177-183.

[90] Carl N. Degler, et ál., *Historia de los Estados Unidos. La experiencia de la democracia* (México D.F.: Imusa, 1998), 285-295.

[91] Carl N. Degler, et ál., *Historia de los Estados Unidos*, 285-286.

No obstante las buenas intenciones de los promotores de las enmiendas, su aplicación por parte del Tribunal Supremo y la materialización en la legislación de los estados fue bastante gradual y su interpretación muy restrictiva, al punto de que en 1896 la lectura de la enmienda como una igualdad de derechos meramente formal será lo que le dará peso jurídico a la doctrina "iguales pero separados"[92]. De modo que las luchas por los derechos civiles no solo de los afronorteamericanos sino de otros grupos minoritarios han tenido en uno u otro momento que reabrir el debate sobre la interpretación de esta enmienda.

Por su parte, la decimoquinta enmienda se proclamó en el año de 1870 y establecía que el derecho al voto no pude ser negado por ningún estado de la federación por motivo de raza, color o condición anterior de servidumbre. Esta no tuvo mucha acogida en los estados sureños, los cuales reafirmaron su discurso de la *superioridad del blanco*, limitando el derecho al sufragio por parte de los negros[93].

La decimoquinta enmienda sigue la misma línea ideológica de su antecesora, incluso la supera en lo radical de sus pronunciamientos por parte de los jueces. En 1869, año en que fue aprobada, se hizo evidente que ni la *Civil Rights Act* de 1866 ni la enmienda decimocuarta habían garantizado la participación política de los afronorteamericanos ni de esclavos de otras procedencias, por lo que la enmienda decimoquinta simplemente evitó los posibles problemas interpretativos, al prohibir explícitamente que a un ciudadano se le negara el derecho al voto por cuestiones de raza o por haber sido esclavo.

Para muchos teóricos constitucionalistas e historiadores norteamericanos el periodo de la Reconstrucción no fue un fracaso para la adquisición de derechos por parte de los negros. En este periodo se fundaron escuelas públicas en el sur, además llegaron abolicionistas y misioneros del norte que fundaron instituciones de enseñanza superior, como Howard, Fisk, Morehause y Talladega. En estas se formaron intelectualmente las futuras generaciones de dirigentes negros, quienes encabezarían los movimientos de defensa de sus derechos en el siglo xx. Es así como la reconstrucción dejó como legado la decimotercera, decimocuarta y decimoquinta enmiendas, que fueron las bases constitucionales de los movimientos por los derechos civiles de la generación que siguió a la Segunda Guerra Mundial[94].

---

[92] Analía Martí, "Movimiento por los derechos civiles e institucionalización del conflicto", en *Huellas imperiales. Historia de los Estados Unidos de América: de la crisis de acumulación a la globalización capitalista, 1929-2000*, ed. de Pablo Pozzi y Fabio G. Nigra (Buenos Aires: Imago Mundi, 2003), 257-266.

[93] Carl N. Degler, et ál., *Historia de los Estados Unidos*, 292-295. Es importante mencionar que uno de los argumentos que esgrimían los blancos de los estados sureños para no permitir el derecho del sufragio de los afronorteamericanos, entre otros, era: en primer lugar, que ellos estaban escasamente capacitados para asumir responsabilidades políticas; en segundo lugar, se produjo una fiera resistencia de los blancos sureños, al creer en la superioridad del blanco, y sin vacilar recurrieron a la violencia y al terror, con sociedades secretas como el Ku Klux Klan.

[94] Carl N. Degler, et ál., *Historia de los Estados Unidos*, 295.

Un siglo después de la Guerra de Secesión y de la proclamación de la emancipación los esclavos en el sur y en algunas partes del norte de los Estados Unidos, los negros eran considerados ciudadanos de segunda clase, a los cuales se les privaba de derechos fundamentales y eran sujetos a exclusiones sociales: se marginaba a los niños en escuelas segregadas y de baja calidad; a los jóvenes no se les permitía el ingreso a las universidades estatales; se sentaban en transportes, iglesias y playas segregadas; se les asignaba trabajos de segunda y mal pagos; eran ubicados en barrios miserables o guetos, donde se incubaban criminales; y, además, los blancos asesinaban a los negros con total impunidad[95].

Es a partir de 1954 con el fallo de la Corte Suprema del caso Brown vs. Topeka que se determina una serie de decisiones por parte del alto tribunal, que eliminarían paulatinamente los últimos restos de la ficción de *segregados pero iguales*, acaban con la discriminación y hacen efectivo el derecho al sufragio por parte de los negros. Los triunfos alcanzados en la Corte Suprema impulsaron a varios líderes negros como Martin Luther King, Philp Randolph, Thurgood Marshall y James Bladwin a tomar la dirección del movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos.

Con la llegada del juez Earl Warren al cargo del jefe de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1953, el alto tribunal fue muy activo en el campo de las libertades y derechos civiles. Al juez Worren lo complementaron otros jueces de tendencia liberal —Brennan y Goldberg— que dieron fuerza a las garantías de protección de la igualdad contenidas en la decimocuarta enmienda, en asuntos como: el derecho a la asociación de las minorías negras e intervenir en casos de mala distribución en la representación política en los estados sureños. Las decisiones de la Corte Suprema junto a las legislaciones sobre derechos civiles darán mayor fuerza a las garantías contenidas en la decimocuarta y decimoquinta enmiendas, las cuales inauguraron el derecho al sufragio de los negros y la equivalencia de valor de los votos[96].

La búsqueda de los derechos civiles por parte de los negros comenzó a ser realidad con los gobiernos de los presidentes John F. Kennedy y Lindon B. Johnson. El primero, como descendiente de irlandeses, creía que si no se solucionaba la discriminación hacia los negros, los Estados Unidos podían tener una crisis moral profunda. El presidente Johnson, sucesor de Kennedy en el gobierno, estaba decidido a convertir las acciones en leyes. La ley de derechos civiles de 1964 hizo efectivos estos derechos después de cien años. En esta se prohibió cualquier tipo de discriminación en los servicios públicos, en materia de empleo y en la actividad sindical. Asimismo, para evitar el sabotaje contra la decimoquinta en-

[95] Alan Nevis y Henry Steele Commager, *Breve historia de los Estados Unidos*, 543.

[96] Alan Nevis y Henry Steele Commager, *Breve historia de los Estados Unidos*, 545-547.

mienda, se proscribió la discriminación en la aplicación de las leyes o prácticas electorales en las elecciones de funcionarios federales, al determinar que seis años de escuela eran una prueba de saber leer y escribir[97].

La positivización de normas se produjo a partir de los sesenta del siglo xx, con el antecedente que las condiciones para la casta o grupo racial aparte cobraron importancia desde la década del cincuenta, lo que dio como resultado soluciones con leyes enfocadas a garantizar derechos grupales. El término utilizado para describir la legislación de comienzos de los sesenta que garantizaba estos derechos era "acción afirmativa", el cual tenía dos significados: el primero, que surgió durante los gobiernos de Kennedy y Johnson, incluyó los intentos de incorporar a la carrera meritocrática a los negros.

Es el presidente Johnson quien emite una orden ejecutiva en la que se requería a todos los contratistas del Estado que "emprendieran una acción afirmativa para que todos los solicitantes y trabajadores fueran tratados durante su empleo sin consideración a su raza, credo, color u origen nacional"[98]. En esta misma línea, iniciativas posteriores fueron enfocadas a combatir la pobreza, lo que incluyó un mayor gasto en educación por medio de programas como el "Head Start Aid to Families with Dependent Children", el cual favorecía a las clases inferiores, conformadas en su mayoría por familias negras.

Estas medidas fueron reforzadas por iniciativas conocidas como el empleo y el alojamiento justo, que buscaban eliminar la discriminación y los prejuicios contra los negros en sus lugares de trabajo, centros educativos y alojamientos, además de disminuir las barreras raciales para pertenecer a clubes. Los anteriores programas estaban soportados en la suposición de que la igualdad de educación y la plena extensión de la ciudadanía política a los negros, que se originaron con las leyes del derecho al voto y las decisiones judiciales, harían que ellos exigieran derechos legales como personas en las cortes y los tribunales administrativos[99].

Las políticas anteriores, tendientes a disminuir la discriminación en el corto plazo, no funcionaron con la rapidez que se esperaba, lo que condujo al segundo significado de la acción afirmativa, que se fundamentaba en la igualdad de resultados para los grupos, y no en la igualdad de resultados para los individuos. Con esta acción se presupuso que la mejor manera de mejorar la situación de los negros era por medio de cuotas o preferencias especiales para acceder a la educación y a ofertas laborales. Estas acciones se introdujeron en el gobierno de Richard Nixon en 1969 por orden administrativa y estaban encaminadas a darles a los negros, como grupo, ventajas especiales.

---

[97] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 545.

[98] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 160.

[99] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 164-165.

El gobierno de Nixon y los posteriores aplicaron el principio de derechos comunales a otras minorías, así como a las mujeres. Este se enfocaba en garantizar igualdades a los diversos grupos minoritarios en los Estados Unidos, pero tenía la oposición de la población, que en su mayoría opinaba que solo debía aplicarse a los individuos y no darse preferencias, garantías o cuotas a miembros de grupos minoritarios que tuvieran una baja representación en empleos o categorías educativas con privilegios, por estar en contra del credo fundador de los Estados Unidos.

Académicos de los sesenta, como Harold Crose[100], sostenían que la igualdad de oportunidades y la integración formal no eran suficientes para los negros por su historia de opresión y de discriminación. Los afronorteamericanos exigían ser reconocidos como una minoría nacional única y recibir derechos de grupo, incluso por encima de otras minorías y sectores sociales pobres. Para Crose, los negros debían exigir y obtener derechos de grupo pues estaban en desventaja al competir con los blancos, ante el continuado racismo institucionalizado del país. El argumento de los negros, según Lipset, era:

> Los blancos estadunidenses se aprovecharon gradualmente de los doscientos cincuenta años en que los negros fueron mantenidos como esclavos y de la mayor parte de los cien años siguientes, el periodo "Jim Crow", cuando siguieron trabajando en puestos económicamente inferiores y de casta como criados, obreros no calificados en las ciudades y peones en los campos.[101]

De esta manera, las políticas gubernamentales, ante la presión por parte de los negros y su movimiento por los derechos civiles, redundaron en situaciones positivas y un mejor bienestar en condiciones de igualdad respecto a mejores trabajos y acceso a la educación de calidad, ante la adopción de varios programas y legislaciones correctivas, incluyendo la acción afirmativa.

En los sesenta las preferencias de grupo basadas en la raza, la etnia o el sexo introdujeron un nuevo enfoque político en los Estados Unidos que promovió la igualdad de oportunidades para las minorías con respecto a los blancos. El antiguo enfoque inicialmente implícito en la Declaración de Independencia subrayaba la igualdad para los individuos: de oportunidades. El nuevo enfoque se centra en la igualdad para grupos: de resultados. La tensión de estos dos enfoques generó una profunda controversia pública por la acción afirmativa y el sistema de cuotas, lo que incidió en una profunda fricción entre la situación de los negros en los sesenta y setenta, y el credo fundacional de los Estados Unidos[102].

[100] Harold Crose, *The Crisis of the Negro Intellectual* (New York: William Morrow, 1967), 3-10; citado en: Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 170.

[101] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 169.

[102] Seymour Martin Lipset, *El excepcionalismo norteamericano*, 200-215.

Conclusiones

He querido mostrar el contexto intelectual, social e histórico que rodea la gestación de la teoría rawlsiana de justicia como equidad, en los albores de la década de los cincuenta. Influencias que pueden, rastrearse unas, intuirse otras, explicitarse varias, y que, en últimas, fueron el combustible que alimentó en el joven Rawls la profunda convicción de que era necesaria una concepción alternativa de la justicia que pudiera dar cuenta de la nueva situación que vivían los Estados Unidos en ese momento y que, a la postre, fue el denominador común que caracterizaría la crisis de legitimidad de las democracias liberales en Occidente.

Vale la pena recordar, para cerrar este capítulo, que la obra de Rawls tomaría un segundo aire, posteriormente, con *Political Liberalism*[103], publicado en 1993, el cual culmina una larga serie de revisiones que él introduce a la versión original de su *Teoría de la justicia*. Pese a que mantiene varios conceptos que siempre sostuvo se habían inspirado en su lectura de Kant, no tanto de manera ortodoxa, a saber: la posición original, el velo de ignorancia y el procedimiento consensual, es indudable que Rawls enfatiza en las diferencias que distinguen su interpretación de la justicia de la filosofía práctica kantiana, como una clara estrategia por deslindar fronteras con la antropología liberal, reconocer la legitimidad de las críticas comunitaristas e integrar las influencias del republicanismo de Hegel y Marx, estas últimas muy presentes en sus lecciones de filosofía moral y política en Harvard.

Quizás la de mayor importancia teórica, además de la distancia explícita que toma de la antropología kantiana y su convalidación del individualismo liberal, es su crítica al liberalismo procedimental y a la democracia de mayorías que propician, a los que Rawls acertadamente opone un liberalismo político, como *factum* sociológico de las sociedades complejas, y una democracia constitucional. Todo lo anterior sustentado en el constructo que reemplaza a la posición original y a los principios de justicia: el *overlapping consensus* y la concepción política de justicia que de aquello se deriva. Todo lo cual se complementa con su noción de razón pública que, análoga al equilibrio reflexivo, busca poner de presente los mecanismos ciudadanos que garanticen la vigencia permanente de la concepción política de justicia deliberativamente concertada en un régimen constitucional[104].

Con ello se evidencia el énfasis político y deliberativo que la teoría rawlsiana tiene desde sus comienzos y se confirma su distanciamiento de todas las teorías abstractas de la filosofía moral y política contemporáneas. El pragmatis-

[103] John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993).

[104] María José Agra, "Ética neo-contractualista", en *Concepciones de la ética* (Madrid: Trotta), 247-268.

mo de la tradición anglosajona se revela, con esto, en toda su fuerza y proyección y de allí, sin duda, el calificativo que se le ha dado de "pragmatización" del proyecto rawlsiano[105].

[105] Véase: Carlos Thiebaut, "Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral", *Revista de Filosofía Política* 3 (1994): 167-175.

CAPÍTULO V

RECONSTRUCCIÓN GENÉTICO-ESTRUCTURAL DE LA TEORÍA DE JOHN RAWLS. LA JUSTICIA CONSENSUAL COMO CRÍTICA POSLIBERAL

Introducción

El resurgimiento de la filosofía política en la segunda mitad del siglo xx se origina, cronológicamente, con la publicación de la *A Theory of Justice* (1971) de John Rawls, cuyos planteamientos constituyen un audaz intento por fundamentar una nueva concepción de la moral, la política, el derecho y sus relaciones entre sí, con sustanciales connotaciones para el desarrollo institucional de la democracia que inaugura un proyecto alternativo, similar al de Habermas, que hoy se inscribe en lo que ha dado por llamarse democracia deliberativa.

Como vimos, la teoría de la justicia de Rawls termina de redondear la crítica al utilitarismo que él había emprendido veinte años atrás, cuando decide acoger la tradición contractualista como la más adecuada para concebir una concepción de justicia como equidad capaz de satisfacer por consenso las expectativas de igual libertad y justicia distributiva de la sociedad. Para ello concibe un procedimiento de consensualización, la posición original, de la que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas, principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social[1].

La teoría de Rawls intenta resolver la crisis de legitimidad de la democracia liberal, así como la tensión entre legalidad y legitimidad, planteada en la Modernidad, mediante un procedimiento de consensualización que sometía el ordenamien-

[1] John Rawls, *Teoría de la justicia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1979).

to legal a criterios de justicia concertados imparcialmente, si bien su propuesta, más que resolver la cuestión, reaviva el debate Kant-Hegel en los términos clásicos.

Como veremos, el planteamiento rawlsiano genera un debate sin precedentes en el campo de la filosofía moral y política que, aunque se inicia en los Estados Unidos, se extiende rápidamente a Europa y a otras latitudes por sus implicaciones en la estructuración o reestructuración institucional de los estados y sociedades, en el marco de una tendencia globalizadora que exige reformas internas radicales.

Las primeras reacciones a la propuesta rawlsiana, en la misma década del setenta, van a provenir, desde la orilla liberal, de los denominados modelos neocontractualistas, todas teniendo como denominador común la reivindicación de la libertad sin constricciones, la autorregulación de la economía sin intervencionismo estatal, la minimización del Estado y la reivindicación del individuo y su racionalidad instrumental. Posteriormente, en la década de los ochenta, se origina la reacción comunitarista que da origen a una de las más interesantes polémicas filosófico-políticas del siglo xx[2], que configura una especie de versión contemporánea de los jinetes del Apocalipsis por su radicalidad y la sustancial confrontación que plantea a todo el proyecto liberal de la Modernidad.

A continuación se reconstruirá el núcleo de la propuesta rawlsiana y, en ese orden, el escrito se divide en tres grandes partes: la primera, en torno a la teoría de la justicia de Rawls, donde se presentarán los principales constructos de su planteamiento consensual de la justicia. Posteriormente, se explora el inicio de la transición y autocrítica de Rawls al individualismo y kantismo de su primera etapa, que se desata a partir de la polémica liberal-comunitarista y la reacción de Rawls ante esta, que empieza a evidenciarse con "Constructivismo kantiano".

Posteriormente, en lo que será la transición final a una concepción política de la justicia, el giro que constituye "Justicia como equidad: política no metafísica" y la paulatina influencia y asunción que hace Rawls de Marx, Hegel y el republicanismo. Esto desemboca en la concreción del giro rawlsiano y los diferentes constructos de su *Liberalismo político*, así como los desarrollos finales en su revisión de la razón pública y el papel de la filosofía política, especialmente.

Finalmente, abordaremos *El derecho de los pueblos* (1993) que permite recoger la proyección de la teoría rawlsiana, tanto a nivel internacional como en lo que tiene que ver con el respeto de los derechos humanos desde una inspiración consensual.

En ese sentido, el capítulo pretende ilustrar, como hipótesis de trabajo, la siguiente. A partir de los ochenta Rawls introduce una serie de reformulaciones en su planteamiento inicial de *Teoría de la justicia* (1971) que acentúa su crítica posliberal, subsumiendo, de una parte, las objeciones comunitaristas a las filtra-

[2] Stephen Mulhall y Adam Swift, *Liberals & Communitarians* (Oxford: Blackwell, 1992).

ciones kantiano-liberales de la posición original y, por otra, incorporando a su corpus conceptual la influencia respectiva tanto de la tradición republicana como de la filosofía hegeliana y la teoría marxista, siendo uno de los puntos neurálgicos de este replanteamiento el énfasis que pone en los términos de razonabilidad práctica, que se concretará en *Liberalismo político* (1993) con las categorías de *overlapping consensus* y, especialmente, de razón pública que, en últimas, le permiten concretar un modelo de democracia constitucional deliberativa, de carácter posliberal, alternativo al de democracia procedimental de mayorías de ascendencia liberal.

La teoría de la justicia (1971)

Como se señaló, *Teoría de la justicia* termina de redondear la crítica al utilitarismo que Rawls había emprendido veinte años atrás, cuando decide acoger la tradición contractualista como la más adecuada para plantear una concepción de justicia como equidad capaz de satisfacer por consenso las expectativas de igual libertad y justicia distributiva de la sociedad. Para ello concibe un procedimiento contrafáctico de consensualización, la posición original, de la que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas, principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social.

La propuesta rawlsiana subsume tres perspectivas de la razón práctica en tres momentos de un mismo proceso de construcción: el dialógico-moral que, con la figura de la posición original, supone la obtención de un consenso racional y argumentado donde todas las concepciones de justicia y sus proyecciones económicas son asumidas, contrastadas y discutidas; el político-contractual, donde la concepción política de justicia entra a fundamentar la posibilidad de consensos entrecruzados entre las concepciones omnicomprehensivas razonables de la sociedad y, a partir de ello, construir cooperativamente, el espacio de lo público; y, por último, el ético-contextual, a través del cual la persona, como miembro de una comunidad y tradición concretas y específicas, subsume o no los principios dentro de su irreductible e irrenunciable esfera privada individual.

Los tres momentos son una forma de replantear el problema de la crisis de legitimación en las democracias moderno-tardías, a partir de una base consensual suficientemente amplia que garantice la cobertura universal del contrato y confiera estabilidad al sistema jurídico-político. A continuación, se expondrá la estructura básica de la teoría de la justicia, explicitando los diferentes constructos de sus tres partes constitutivas, en el marco de la polémica contra el utilitarismo: la posición original, los principios de justicia y el equilibrio reflexivo, básicamente, aclarando igualmente el alcance que tiene la figura de la desobediencia civil,

clave de la discusión política contemporánea como posibilidad alternativa de relegitimación del sistema jurídico-político.

Constructos de la teoría de la justicia

La posición original

Rawls concibe un procedimiento de argumentación moral para garantizar que los principios de la justicia sean escogidos contractualmente, pero rodeando ese contrato de todas las garantías necesarias para que sea el de hombres racionales y morales que no contaminen con sus juicios egoístas la imparcialidad de estos[3]. Un primer constructo que utiliza será el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que garantice la imparcialidad de los acuerdos fundamentales: "[...] la posición original es el *statu quo* inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en ella sean imparciales"[4].

Allí se trata de averiguar cuáles principios sería racional adoptar en una situación contractual, sin caer en el utilitarismo y sin partir de las preconcepciones propias del intuicionismo. Rawls, entonces, imagina una situación en la que todos están desprovistos de información que pueda afectar sus juicios sobre la justicia, y excluya el conocimiento de las contingencias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les introducen preconceptos en la selección de los principios directores: "El concepto de la posición original [...] es el de la interpretación filosóficamente más favorable de esta situación de elección inicial con objeto de elaborar una teoría de la justicia".

La posición original debe garantizar una situación inicial de absoluta neutralidad que asegure la imparcialidad de los principios de justicia. En ese propósito "parece razonable y generalmente aceptable que nadie esté colocado en una posición ventajosa o desventajosa por la fortuna natural o por las circunstancias sociales al escoger los principios"[5]. De igual manera, así como se considera razonable que no haya situaciones iniciales de ventaja o desventaja tampoco lo es que los principios generales sean, como en el caso del utilitarismo, proyecciones sociales de los intereses individuales de los participantes: "Parece también ampliamente aceptado que debiera ser imposible el proyectar principios para las circunstancias de nuestro propio caso".

[3] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 35-40.

[4] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 35.

[5] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 36.

El velo de ignorancia

Con el objetivo de garantizar la mayor imparcialidad de los principios se requiere establecer una serie de restricciones de información que no les permita a los participantes un conocimiento específico de las circunstancias sociales que los coloque en ventaja entre ellos, pero también, frente a otras generaciones que no están presentes en la situación contractual. En tal sentido, "se excluye el conocimiento de aquellas circunstancias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les permiten que se dejen guiar por sus prejuicios"[6].

Si lo anterior constituía la condición de posibilidad general para lograr que en el procedimiento de selección de los principios todos los agentes estuvieran en una situación "neutra" similar, Rawls recurre enseguida a un mecanismo más específico para garantizarlo. El velo de ignorancia es el subconstructo que permite, efectivamente, que al interior de la posición original todos sean iguales y tengan los mismos derechos de escoger los principios de la justicia.

El propósito del velo de ignorancia es representar la igualdad de los seres humanos en cuanto personas morales y asegurar que los principios no serán escogidos heterónomamente: "el propósito de estas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos en cuanto que criaturas que tienen una concepción de lo que es bueno y que son capaces de tener un sentido de la justicia"[7].

Y así lo enfatiza más adelante:

> Tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio beneficio [...] Para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia.[8]

Las partes no pueden conocer determinada información que viciaría los contenidos de los principios de justicia. No conocen su posición social, sus talentos o capacidades, sus rasgos psicológicos, como tampoco las condiciones políticas, económicas o culturales de su propia sociedad ni la generación a la que pertenecen. Aunque no conocen esta información específica sobre sí mismos y su sociedad, sí tienen acceso, por el contrario, a cierto tipo de información general tal como que la estructura social debe regirse por principios de justicia, así como a teorías y leyes generales de carácter político, económico y psicológico que pueden contribuir en sus deliberaciones sobre los principios de justicia: "Nadie conoce su situación en

[6] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 36.

[7] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 37.

[8] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 163.

la sociedad ni sus dotes naturales y por lo tanto nadie está en posición de diseñar principios que le sean ventajosos"[9].

La posición original y el velo de ignorancia hacen posible un consenso unánime sobre los principios de la justicia que, de otra manera, sería imposible concertar con garantías consensuales y morales suficientes sobre el contenido de estos:

> Las restricciones sobre la información particular [...] son [...] de importancia fundamental. Sin ellas no tendríamos la posibilidad de elaborar ninguna teoría definida de la justicia. Tendríamos que quedarnos satisfechos con una fórmula vaga [...] sin ser capaces de decir mucho [...] acerca del contenido mismo de dicho acuerdo.[10]

Para Rawls, la posición original y el velo de ignorancia constituyen la situación y el mecanismo que permiten que los principios de justicia satisfagan dos condiciones que los modelos contractualistas anteriores no habían logrado realizar. Primero, garantizar plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social; y, segundo, gracias a lo anterior y a las restricciones de información impuestas por el velo de ignorancia, imprimirle a la selección de los principios de la mayoría la legitimidad moral que evite cualquier asomo de arbitrariedad.

Rawls no descarta, por último, que los principios de justicia que intuitivamente consideremos acertados sean los que, finalmente, asumamos por consenso. Lo que sí descarta es que, antes del proceso de argumentación, sean estos asumidos como principios reguladores. A través de ello, tanto los principios derivados del utilitarismo como los presupuestos por el intuicionismo son filtrados por el procedimiento de argumentación y consenso, accediendo a principios moralmente válidos y socialmente aceptados por todos.

Los bienes sociales primarios

Pero la primera objeción que podría hacerse a este planteamiento, afirma el mismo Rawls, es que al desconocer las particularidades de su vida y las de la sociedad, las partes no tendrían criterios sólidos para seleccionar los principios de justicia más adecuados, por lo que caerían en el abstraccionismo en el que han caído otros modelos o concepciones de justicia.

> He asumido que las personas en la posición original son racionales, pero [...] que no conocen su concepción del bien [...] Esto significa que, aun sabiendo

[9] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 166.

[10] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 167.

> que tienen algún plan racional de vida, no conocen los detalles de dicho plan [...] ¿Cómo pueden, entonces, decidir cuál de las concepciones de la justicia les será más favorable? [...] Para hacer frente a esta dificultad postulo que [...] preferirán tener más bienes sociales primarios a tener menos [...] Así pues, aun cuando las partes carezcan de información acerca de sus fines particulares, tienen suficiente conocimiento para jerarquizar las alternativas [...] sus deliberaciones no serán ya el mero producto de la adivinación.[11]

Con el propósito de evitar la objeción anotada, Rawls introduce la noción de bienes primarios, de especial importancia en su teoría, en cuanto son ellos los que le imponen límites de realidad tanto a la concepción como a la realización de los principios de justicia seleccionados en la posición original a través del velo de ignorancia. Tales bienes primarios, fundamentales para el individuo en cuanto persona moral y ciudadano, cuya noción es posteriormente profundizada por Rawls[12], son los siguientes:

- Las libertades básicas (libertad de pensamiento y libertad de conciencia, etc.) forman el trasfondo institucional necesario para el desarrollo y el ejercicio de la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien. Igualmente, estas libertades permiten el desarrollo y ejercicio del sentido de lo recto y de la justicia en condiciones políticas libres.
- La libertad de movimiento y la libre elección de ocupación sobre un trasfondo de oportunidades diversas son necesarias para la persecución de fines últimos, así como para poder llevar a efecto una decisión de revisarlos y cambiarlos si uno desea.
- Los poderes y prerrogativas de cargos de responsabilidad son necesarios para dar campo a diversas capacidades sociales y de autogobierno del sujeto.
- La renta y la riqueza, entendidas en un sentido debidamente lato, son medios omnivalentes (y con valor de cambio) para alcanzar directa o indirectamente una amplia gama de fines, cualesquiera que resulten.
- Las bases sociales del respeto de sí mismo son aquellos aspectos de las instituciones básicas que normalmente son esenciales para que los ciudadanos tengan un sentido vivo de su propio valor como personas morales y sean capaces de realizar sus intereses de orden supremo y promover sus fines con confianza en sí mismos[13].

---

[11] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 169-170.

[12] John Rawls, "Unidad social y bienes primarios", en *Justicia como equidad* (Madrid: Tecnos, 1986), 187-211.

[13] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 193.

Los anteriores bienes primarios son necesidades que los ciudadanos requieren para el desarrollo de sus planes racionales de vida y, por tanto, tienen conocimiento de estos en sus observaciones al interior de la posición original, a saber, que los principios de justicia les deben asegurar un buen número de necesidades en su vida ciudadana.

> El argumento para los principios de la justicia no supone que los grupos tengan fines particulares, sino solamente que desean ciertos bienes primarios. Estas son cosas que es razonable querer, sea lo que fuere lo que se quiera. Así, dada la naturaleza humana, el querer estas cosas es una parte de su racionalidad [...] La preferencia por los bienes primarios se deriva, entonces, de las suposiciones más generales acerca de la racionalidad de la vida humana.[14]

Los principios de la justicia

Del procedimiento de discusión contractual moralmente válido y legítimo, Rawls deriva un segundo constructo de su teoría de la justicia, el de los dos principios básicos. Estos buscan regular la estructura básica de la sociedad y, por ello, disponen la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, la riqueza y la posibilidad de posición de los asociados.

En el marco de ellos, Rawls introduce un nuevo subconstructo, de especial importancia, que denomina orden lexicográfico consecutivo, un "orden serial" por el cual ningún principio interviene mientras no hayan sido satisfechos los primeros[15]. De esta forma, el principio de igual libertad será situado en una jerarquía anterior y con un carácter inalienable, con lo cual el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales queda supeditado a él. El orden lexicográfico consecutivo garantiza no solo el orden de aplicación de los principios sino el criterio permanente para solucionar los eventuales conflictos de interpretación y aplicación que puedan presentarse. Los principios rawlsianos se enunciaran con mayor profundidad en el acápite VI, pero su formulación final y, para no perder el hilo conductor de la argumentación, es la siguiente:

> Primer principio: cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar

[14] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 289-290.

[15] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 83.

> de libertad para todos. Segundo principio: las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.[16]

Los anteriores principios tienen como *primera norma de prioridad* que deben ser clasificados en un orden lexicográfico, por tanto, las libertades básicas solo pueden ser restringidas en favor de la libertad en sí misma. En esta norma de prioridad existen dos casos: 1) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartido por todos; 2) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptada por aquellos que detentan una libertad menor. La *segunda norma de prioridad* de los principios rawlsianos hace referencia a que el segundo principio de la justicia es lexicográficamente anterior al de la eficacia y será el que maximiza la suma de ventajas; es importante en este sentido, que la igualdad de oportunidades debe ser anterior al principio de la diferencia. Hay dos casos: 1) la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos; 2) una cantidad excesiva de ahorro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esta carga.

Finalmente, tenemos la concepción general, donde

> todos los bienes sociales primarios —libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo—, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados.[17]

Para Rawls el orden lexicográfico define las dos normas de prioridad. En primer lugar, la de la libertad, y, en segundo lugar, la de la justicia sobre la eficacia y el bienestar. Los dos principios de justicia son el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo, además, simultáneamente, son el criterio de interpretación y legitimación de las medidas que el Estado y los gobiernos nacionales a la cabeza tomen en torno a la sociedad al implementar la política pública. De estos principios se derivan, de un lado, interpretaciones constitucionales y, de otro, las interpretaciones que realiza la ciudadanía sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

[16] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 340-341.

[17] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 340-341.

Constructos de las instituciones de la justicia

Objeción de conciencia y desobediencia civil

Rawls establece la "posición original" como la primera de lo que ha llamado la "secuencia de cuatro etapas". La segunda estaría caracterizada por un congreso constituyente que desarrolla en términos jurídico-positivos los principios de justicia, a nivel constitucional, que habrán de regular la estructura básica de la sociedad y que a su vez determinan las dos siguientes etapas: la de los congresos legislativos subsecuentes y la de la aplicación jurisdiccional y la administración pública de las normas en casos de conflictos específicos[18].

En este punto queda claro que, más allá de su significación como procedimiento de justificación moral, la posición original expresa el imperativo político a seguir porque en la cumbre de la pirámide jurídico-política, la norma básica, en palabras de Kelsen[19], es el producto de un consenso que le confiera no solo legitimidad sino también validez al sistema. Esto logra que en ese fundamento consensual coincidan, a un mismo tiempo, como lo sugiere Hart, el punto de vista interno que predica la validez del sistema jurídico y el externo que predica su eficacia y su legitimidad[20].

Las anteriores etapas responden a dos momentos diferentes que, según Rawls, determinan pretensiones iniciales sobre el papel de la justicia: el primero es el de regular el sistema de cooperación social y el segundo el de forjar instituciones virtuosas que le permitan a la ciudadanía la realización imparcial de sus planes racionales de vida en sociedad. Para Rawls, los principios de justicia fueron concebidos para hacer a las instituciones más virtuosas, ya que ellas son las llamadas a regular los conflictos e identidades de intereses de la ciudadanía en la sociedad. La finalidad de las instituciones virtuosas es garantizar, con su imparcialidad, el sistema de cooperación social que la rige y la estructura general de una sociedad bien ordenada, que debe ser su característica principal. En estas etapas el velo de ignorancia también es consustancial, pero deviene más tenue en la medida en que la vida social exige de las disposiciones legislativas y jurisdiccionales una regulación específica de los casos pertinentes.

El objetivo primordial de las etapas constitucional, legislativa y judicial será garantizar que los principios de justicia vayan filtrando, en sus aplicaciones concretas, todas las instituciones y situaciones sociales que precisen su regulación.

---

18 John Rawls, *Teoría de la justicia*, 227-233.

19 Véase, en especial: Hans Kelsen, "Significance of the Basic Norm", en *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), 58-59.

20 H. L. A. Hart, "Los fundamentos de un sistema jurídico", en *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 125-154.

La etapa constitucional desarrolla el primer principio, mientras que la legislativa el segundo, siendo el tercero el guardián de los dos primeros. Rawls le confiere a la ciudadanía, en caso de no ser adecuadamente aplicados los principios anteriormente expuestos, la posibilidad de acudir a mecanismos como la objeción de conciencia y la desobediencia civil, al no garantizarse la correcta aplicación de los principios de justicia.

Estos dos mecanismos, que deben ser plenamente garantizados por la constitución política, son instrumentos de supervisión, presión y resistencia por parte de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurídico positivo, para que este cumpla en forma efectiva, mediante sus disposiciones legales, decisiones judiciales y la formulación de políticas públicas por parte de los entes del gobierno el sentido y alcance de los principios. Con las posturas anteriores Rawls supera la gran debilidad del contractualismo clásico, salvo quizá Hobbes aunque incluido Kant, que siempre desecharon la posibilidad de acudir a cualquier forma de resistencia ciudadana[21].

Constructos de los fines de la justicia

El equilibrio reflexivo

Rawls introduce un tercer constructo estructural, el equilibrio reflexivo, con el cual la plausibilidad de los principios se irá comprobando paulatinamente, al contraponerlos con las propias convicciones y proporcionar orientaciones concretas en situaciones particulares. Se denomina equilibrio porque "finalmente, nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación"[22].

Rawls no concibe el equilibrio reflexivo como algo permanente sino como sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial. El equilibrio reflexivo admite dos lecturas: una metodológica que se trata de buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados. No basta justificar una determinada decisión racional sino que deben justificarse también los condicionantes y circunstancias procedimentales. En este sentido, se busca confrontar las ideas intuitivas sobre la justicia, que todos poseemos, con los principios asumidos, con lo cual se logra un proceso de ajuste y reajuste continuo hasta alcanzar una perfecta concordancia.

---

[21] Sobre la desobediencia civil en John Rawls, véase: Óscar Mejía Quintana, "La desobediencia civil en la teoría de Rawls", en *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001), 213-217.

[22] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 38.

Con esto se intenta razonar conjuntamente sobre determinados problemas morales, poniendo a prueba juicios éticos del individuo. Así, la racionalidad moral se convierte en deliberativa[23] y la situación ideal es contrastada y enjuiciada por la razón práctica, propiciando la transformación de los imperativos morales abstractos en normas específicas que el individuo, en cuanto sujeto moral y ciudadano, se compromete a cumplir, dado que han sido fruto de un procedimiento consensual de decisión y de su libre elección racional.

El equilibrio reflexivo se constituye en una especie de auditaje subjetivo desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios, pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo con nuevas circunstancias. Ello se convierte en un recurso individual que garantiza que el ciudadano, como persona moral, pueda tomar distancia frente a las decisiones mayoritarias que considere arbitrarias e inconvenientes. De esta manera, la "exigencia de unanimidad [...] deja de ser una coacción"[24].

Es así que para Rawls la voluntad general no se puede imponer con el argumento de ser moralmente legítima al ser mayoritaria. Esta tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo contexto. De esta manera, el contrato social tiene que tener la posibilidad de ser legitimado permanentemente, no solo desde el impulso del consenso mayoritario, sino desde la conciencia individual del ciudadano que pueda disentir del orden jurídico existente[25].

El equilibrio reflexivo permitirá articular la dimensión política con la individual, al darle al ciudadano la posibilidad de replantear los principios de justicia y la estructura social que se deriva de ellos cuando sus convicciones así se lo sugieran. Con ello, Rawls pretende resolver la contradicción que había quedado pendiente en el contractualismo clásico, que Kant había intentado solucionar sin mucha fortuna, entre la voluntad general y la autonomía individual.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad, en general. El proceso solo se completa cuando, desde estos contextos, los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente.

En este punto pueden darse varias alternativas: la primera es la aceptación de los principios y del ordenamiento jurídico-político derivado de ellos, por su congruencia con nuestro sentido vital de justicia. La segunda es la marginación del pacto pero reconociendo que los demás sí pueden convivir con ellos y que es una minoría la que se aparta de sus parámetros, reclamando tanto el respeto

[23] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 460-469.

[24] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 623.

[25] Véase: Johannes Schmidt, "La *original position* y el equilibrio reflexivo", en *La justicia: ¿discurso o mercado?*, ed. de Lucian Kern (Gedisa: Barcelona, 1992), 82- 115.

para su decisión como las mismas garantías que cualquiera puede exigir dentro del ordenamiento. La tercera es el rechazo a los principios y la exigencia de recomenzar el contrato social, es decir, el reclamo por que el disenso radical sea tenido en cuenta para rectificar los términos iniciales de este. Normativamente, significa que el pacto nunca se cierra y que siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de replantearlo.

Como es evidente, pese a sus ecos analíticos que, sin duda, le confieren rigor conceptual a la exposición —más allá de la densidad que, no pocas veces, le imprime—, *Teoría de la justicia* aborda, claramente, la problemática de la legitimidad de los ordenamientos jurídico-políticos contemporáneos y logra plantear una interesante alternativa que relaciona la justificación moral del sistema, por parte de los agentes morales potenciales que lo constituirían, con los términos de legitimación política que, colectivamente, le dan sustento intersubjetivo; así como los referentes que, desde ello, determinan su validez jurídica y, finalmente, las condiciones de posibilidad social que, desde la refrendación o no de los principios e instituciones, en general, permitan darle estabilidad a la sociedad en su conjunto.

La problemática meramente categorial de la filosofía política de ascendencia analítica es definitivamente desbordada en una consideración holística del fenómeno político, en una visión integral que relaciona lo moral, lo político, lo jurídico y lo social, y que lo coloca, por esa consideración, en el centro mismo de la tradición radical filosófico-política[26].

La polémica liberal-comunitarista y la autocrítica rawlsiana

El siguiente apartado busca evidenciar las reacciones iniciales al planteamiento rawlsiano, tanto desde la orilla liberal como desde la comunitarista, que permitan explicar las reacomodaciones de la filosofía política rawlsiana, que ya comienzan a sugerirse desde 1980 con "Constructivismo kantiano en teoría moral", y que permiten comprender el giro substancial que constituirá *Liberalismo político* en 1993. Obra que evidencia, sin lugar a duda, lo que se ha denominado el giro rawlsiano, más que al comunitarismo, al republicanismo, básicamente, pero que más allá de ello consolida y profundiza la asunción de la tradición radical en la teoría rawlsiana, como se ha querido ilustrar desde el comienzo, que constituye de por sí un olvido definitivo de los problemas metaéticos de la tradición analítica y desarrolla de manera más amplia y aguda sus planteamientos de relegitimación y estabilización de los sistemas políticos contemporáneos[27].

[26] Véase: Peter Koller, "Las teorías del contrato social como modelos de justificación de las instituciones políticas", en *La justicia: ¿discurso o mercado?*, 21-65.

[27] Véanse: María José Agra, "Justicia, conflicto doctrinal y estabilidad social en el liberalismo político de J. Rawls", *Revista Agustiniana* 37, n.º 114 (1996): 999-1048; Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*

La crítica liberal

El planteamiento rawlsiano genera un debate sin precedentes en el campo de la filosofía moral y política que, aunque se inicia en los Estados Unidos, se extiende rápidamente a Europa y otras latitudes por sus implicaciones en la estructuración o reestructuración institucional de los estados y sociedades, en el marco de una tendencia globalizadora que exige reformas radicales internas en estos.

Las primeras reacciones a la propuesta rawlsiana, en la misma década del setenta, van a provenir, desde la orilla liberal, de los modelos neocontractualistas de Nozick[28] y Buchanan[29], siguiendo a Hobbes y a Locke respectivamente, y más tarde, aunque en forma menos sistemática, la del mismo Hayes[30]. Un tanto tardía, diez años después, Gauthier[31] igualmente se inscribe en el marco de esta crítica liberal a Rawls. Todas estas réplicas tienen como denominador común la reivindicación de la libertad sin constricciones, la autorregulación de la economía sin intervencionismo estatal, la minimización del Estado y la reivindicación del individuo y su racionalidad instrumental.

La propuesta más representativa de esta tendencia sin duda la constituye la posición libertaria de Nozick. Su planteamiento se basa en tres principios: el de las transferencias, según el cual cualquier cosa adquirida justamente puede ser transferida libremente; el de la adquisición inicial justa y el de rectificación de justicia, que proporciona el criterio para actuar sobre las adquisiciones injustas. De ellos, paulatinamente, Nozick justifica la existencia de un *Estado mínimo* que, en términos contemporáneos, estaría actualizando el ideal anarquista de la plena jurisdicción del individuo sobre sí mismo sin intervenciones estatales, su racionalidad maximizadora de utilidades, poniendo de presente, con ello, el poderoso potencial utópico del ideario neoliberal.

Buchanan, por su parte, siguiendo el modelo hobbessiano, va a reivindicar el carácter absoluto del estado de naturaleza inicial, en cuanto lo que en él se gana no puede posteriormente ser desconocido por el estado político. El contrato constitucional, de donde surge el orden estatal, solo puede convalidar lo que los actores ya han adquirido de hecho —por la fuerza o por su capacidad productiva— en el estado de naturaleza, potenciando la optimización de sus utilidades futuras a través del establecimiento de un marco de derechos constitucionales que así lo propicien.

(Barcelona: Paidós, 1999).

[28] Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía* (México: Fondo de Cultura Económica, 1988).

[29] James Buchanan, *The Limits of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1975).

[30] Friedrich Hayek, *Droit, législation et liberté* (Paris: PUF, 1995).

[31] David Gauthier, *La moral por acuerdo* (Barcelona: Gedisa, 1994).

Hayek, pese a que en un primer momento no desarrolla una crítica a Rawls (su obra se publica en tres tomos durante un periodo de seis años), fundamenta un duro y punzante cuestionamiento al modelo de Estado de bienestar y su concepción de justicia distributiva. La noción básica girará en torno al principio de autorregulación de la esfera económica y la necesidad de una intervención moderada, que fije reglas a largo plazo y que permita a los agentes económicos, particularmente, reconocer con claridad las condiciones superestructurales que pretendan imponerse a la dinámica del mercado.

Gauthier plantea, mucho más tarde, en una crítica más general a Rawls, que el problema fundamental de la ética moderna es la reconciliación de la moralidad con la racionalidad[32]. Es valioso, afirma, partir de nuestras concepciones intuitivas de racionalidad y moralidad en orden a intentar tal reconciliación. La teoría de la justicia de Rawls cree haberlo conseguido en cuanto los principios de justicia escogidos son los que eligen personas racionales, en condiciones de igualdad, para promocionar sus propios intereses.

El concepto de racionalidad que emplea Rawls lo identifica con la maximización de la utilidad individual en la suposición de que hay una clase de bienes sociales primarios cuyo incremento representa siempre un aumento de utilidad. A juicio de Gauthier, una ideología se caracteriza por la identificación de una determinada concepción de racionalidad con el concepto mismo. La aceptación por parte de Rawls de esa concepción de razón dominante en la sociedad determina de algún modo su propio marco ideológico, el cual se identifica con el liberal individualista. La crítica de Gauthier se orienta a que es necesario modificar el principio de la diferencia dado según este último marco.

Rawls distingue los derechos y las libertades fundamentales de los beneficios económicos y sociales. Los primeros han de ser concebidos como iguales para todos, mientras que los segundos han de distribuirse de acuerdo con lo que él llama el principio de diferencia, el cual afirma, esencialmente, que ha de maximizarse en forma prioritaria el bienestar de las personas representativas de la peor situación. La concepción liberal permitiría que la distribución de riqueza y renta fuera determinada por la distribución natural de capacidades naturales y talentos, mientras que la concepción democrática rawlsiana no permite que la riqueza y la renta sean determinadas por la distribución de talentos naturales.

Para Gauthier, dado que la postura de Rawls elimina las contingencias de la dotación natural, este carácter anulador de la teoría rawlsiana de la justicia es incompatible con la base contractual que presume reivindicar. Si se acepta el marco contractual implicado por la concepción maximizadora de la racionalidad, entonces, nos vemos abocados a una concepción de la justicia cercana a la liberal,

[32] David Gauthier, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal* (Barcelona: Paidós, 1998), 41-65.

que, empero, Rawls rechaza. Tal contradicción desembocaría en que no se habría llevado a cabo, efectivamente, la pretendida reconciliación entre racionalidad y justicia que él procuraba.

La crítica comunitarista

Iniciando la década de los ochenta se origina la reacción comunitarista de MacIntyre[33], Taylor[34], Walzer[35] y Sandel[36] que da origen a una de las más interesantes polémicas filosófico-políticas del siglo XX[37]. MacIntyre representa el mundo moral contemporáneo como un conflicto de tradiciones con formas de vida social y racionalidades prácticas no solo diferentes sino, en muchos casos, diametralmente opuestas. Cada cultura es parte de una historia y una tradición con una concepción de justicia y racionalidad que ha entrado en conflicto con otras tradiciones que tienen diferentes patrones de desarrollo y se encuentran en distintos momentos de la historia.

Sin embargo, la paradoja de la tradición liberal es su falsa creencia —impuesta por la fuerza— de que todo fenómeno cultural puede ser traducido a su propio lenguaje, el liberal. La verdad es que las tradiciones son claramente inconmensurables y no hay una tradición neutral desde la cual observar y mucho menos juzgar a las demás.

Adicionalmente, el liberalismo no concede un lugar central al mérito en sus alegatos sobre la justicia: la sociedad se compone de individuos que deben avanzar juntos y formular reglas comunes. Estas salvaguardan a cada uno en tal situación, pero en esta visión individualista el mérito y las virtudes que lo fundan son descartados. La política moderna no puede lograr un consenso moral auténtico. La justicia se rebaja de virtud individual y social a mero procedimiento. El Estado no expresa entonces la comunidad moral de los ciudadanos sino un conjunto de convenios institucionales para lograr la unidad burocrática sin fundamento moral[38].

Por otro lado, Charles Taylor, partiendo del horizonte comunitarista, intenta explicar el origen, las características y las consecuencias de la política del reconocimiento, así como precisar un modelo político que pueda defender y promover de manera más amplia las diferencias culturales. Desde una perspectiva postilustrada, no paleoaristotélica como la de MacIntyre, Taylor rescata las raíces

[33] Alasdair MacIntyre, *After Virtue* (London: Duckworth, 1981).

[34] Charles Taylor, *Sources of the Self* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989).

[35] Michael Walzer, *Spheres of Justice* (New York: Basic Books, 1983).

[36] Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982).

[37] Stephen Mulhall y Adam Swift, *Liberals & Communitarians* (Oxford: Blackwell, 1992).

[38] Véase: Pablo de Greiff, "MacIntyre: narrativa y tradición", *Revista Sistema* Separata (1989): 99-116.

colectivas de la individualidad, mostrando que todo ser humano solo se define desde una tradición y unos valores encarnados en la comunidad que no pueden ser desconocidos y que, por el contrario, deben ser reconocidos explícitamente para una plena valoración de la persona.

Walzer, por su parte, ataca al liberalismo —y con ello directamente a Rawls— enfilando sus críticas a la noción de bienes sociales primarios. Estos no pueden ser fijados en términos universales, abstrayéndose de un contexto particular, pues cada comunidad posee un patrón de bienes sociales específicos, propio a su tradición e identidad. El liberalismo impone en forma hegemónica su concepción particular sobre el conjunto de espectros alternativos, con lo que contradice sus propios postulados de libertad y tolerancia al desconocer, socialmente, la legitimidad de la visión de cada comunidad sobre los bienes que considera valiosos y, por tanto, susceptibles de distribución.

Después de esta primera serie de críticas, la discusión entra en una segunda etapa con el simposio "Jurisprudencia y Política Social" realizado en la Universidad de California en Berkeley, en 1989. Allí las críticas comunitaristas se proyectan a un nivel más jurídico e institucional y lentamente la polémica se centra, por la reacción de los liberales (Dworkin, Larmore y Williams), en el terreno de la teoría constitucional, lo cual explica muchos de los conceptos que inspiran el giro rawlsiano de *Liberalismo político.*

Dworkin, con su propuesta de una comunidad liberal y la necesidad de que el liberalismo adopte una ética de la igualdad, fundamenta la posibilidad de que, coexistiendo con sus principios universales de tolerancia, autonomía del individuo y neutralidad del Estado, el liberalismo integra valores reivindicados por los comunitaristas como necesarios para la cohesión de la sociedad, tales como la solidaridad y la integración social, en un nuevo tipo de "liberalismo integrado o sensible a la comunidad"[39]. Ante esto los comunitaristas (Sandel, Selznick y Taylor) han respondido sosteniendo que, de cualquier manera, su crítica se dirige a la reducción liberal que agota la vida colectiva de la comunidad exclusivamente en su dimensión política, en detrimento de otras esferas no menos fundamentales para su existencia como tal[40].

Lo interesante de ello es que esta réplica comunitarista, precisamente, se va a fundamentar en dos tesis que se infieren, de forma directa, de las críticas de MacIntyre: primero, la de la imposibilidad de la neutralidad del Estado y la justicia y, segundo, la de que ese ideal de neutralidad mina e invalida la capacidad, efectiva o potencial, de integración de una comunidad.

[39] Véase, sobre esta segunda etapa del debate comunitarista-liberal, el ensayo de Alessandro Ferrara, "Sobre el concepto de comunidad liberal", *Revista de Filosofía Política* 3 (1994): 122-142.

[40] Véase: Carlos Thiebaut, "Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral", *Revista de Filosofía Política* 3 (1994): 167-175.

Además de sus críticas al liberalismo, que en esencia habían sintetizado el conjunto de objeciones comunitaristas al proyecto liberal en general y a la teoría de la justicia rawlsiana, Sandel desarrolla, posteriormente, un modelo de democracia comunitarista[41] que lo acerca sustancialmente al republicanismo. El problema ya no se plantea como una crítica académica a los presupuestos de lo que denomina la teoría liberal de la justicia, sino que se interpreta a un nivel del desarrollo social que, en el contexto de los Estados Unidos, pone en peligro la estabilidad institucional y la cohesión misma de la sociedad norteamericana.

Muchas de las críticas presentes en el primer libro adquieren aquí una proyección social que explica el sentido de su propuesta básica: la necesidad de encontrar una nueva filosofía pública que, desde una perspectiva republicano-comunitarista, le dé una nueva unidad, desde un marco renovado de virtudes cívicas, a la vida pública de la nación. El debate entre comunitaristas y liberales adquiere con ello un nuevo escenario: el de la opinión pública y la nueva cultura política que mejor se adaptaría a su identidad.

Will Kymlicka[42] tercia en toda esta discusión intentando crear una teoría liberal sensible a los supuestos comunitaristas, que equilibre tanto los derechos humanos, imprescindibles para la tradición liberal, como los diferenciados en función de grupo, aquellos que permitirían la satisfacción de las exigencias y reivindicaciones de las minorías culturales que no pueden abordarse exclusivamente a partir de las categorías derivadas de los derechos individuales.

La propuesta de Kymlicka sobre los derechos diferenciados de grupo provee herramientas concretas que permiten asumir adecuadamente los retos y problemas que surgen de la polietnicidad y la multinacionalidad de las sociedades contemporáneas. En efecto, los derechos grupales defendidos por Kymlicka son armas eficaces que se pueden esgrimir para proteger y permitir el florecimiento de las culturas minoritarias.

La discusión se vuelve a revigorizar con la publicación del libro de Rawls, *Political Liberalism*, en sus dos ediciones de 1993 y 1997. En él parece innegable la influencia determinante del arsenal comunitarista, la cual fuerza una revisión de los principios liberales decimonónicos y da origen a un nuevo tipo de liberalismo político que pocos se atreverían a identificar con su antecesor.

Su argumento central gravita en torno a la noción de pluralismo razonable, fundado en un consenso entrecruzado de visiones omnicomprehensivas, de incuestionable raigambre comunitarista. Solo esta polémica liberal-comunitarista permite comprender los giros sustanciales dados por Rawls y su aproximación a las posturas comunitaristas, muchas de cuyas objeciones al proyecto moderno

[41] Michael Sandel, *Democracy's Discontent* (Cambridge: Harvard University Press, 1996).

[42] Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Oxford: Oxford University Press, 1995).

liberal parece compartir, en lo que se ha definido como la "pragmatización del proyecto liberal".

Constructivismo kantiano (1981): adiós a Kant

Ante las múltiples críticas de liberales y comunitaristas, Rawls se permite corregir y llenar los vacíos que evidencian sus críticos. Específicamente, se concentra en el aspecto moral de su planteamiento volviendo sobre la teoría kantiana, lo que sugiere la reasunción de elementos como la autonomía y el procedimiento de consensualización. Sin ser propiamente kantiana, pues, como algunos anotan, cuando más se reclama kantiano es cuando más claramente comienza a evidenciarse la toma de distancia frente a Kant. La revisión rawlsiana evidencia el precedente constructivista que infiere de la filosofía práctica kantiana[43].

Es notable que Rawls se toma ocho años para responder las críticas formuladas al modelo y que la solución se orienta, precisamente, a fortalecer los presupuestos político-morales de su teoría. Ello será lo que le permita superar las debilidades iniciales, afianzar el esquema procedimental de la justicia y culminar la reflexión político-moral que anticipa el giro hacia la concepción política de la justicia que se constituirá en columna vertebral de *Political Liberalism*.

El ensayo sobre el constructivismo kantiano[44], fruto de tres conferencias dictadas en el marco de las "Lecciones John Dewey" de la Columbia University (New York), en la primavera de 1980, tiene tres partes: en la primera se aborda el problema de la autonomía racional y de la que es plena del ciudadano como persona moral; en la segunda, el de la representación de la libertad y la igualdad en su concepción de la justicia; y, por último, se trata el problema de la construcción y la objetividad de los principios morales[45].

En este escrito Rawls da capital importancia al concepto de persona moral (con el que toma distancia del de "agente" de *TJ*) y las facultades que esta posee: sentido de justicia y concepción de bien, con lo cual está reconociendo que los integrantes de la posición original son, en últimas, las comunidades. Por supuesto, mantiene el constructivismo kantiano cuyo objetivo político fundamental es superar el conflicto que ha desgarrado a la democracia liberal, pero planteando como sujeto del proceso a la persona moral del ciudadano (en cuanto comunidad) que tendrá que conciliar, razonablemente, las libertades cívicas (pensamiento, conciencia y propiedad) con las políticas.

En efecto, la persona moral posee dos facultades morales: un sentido de

[43] Véase: Victoria Camps, "El segundo Rawls, más cerca de Hegel", *Revista de Filosofía* 15 (1997): 63-70.

[44] John Rawls, "El constructivismo kantiano en teoría moral", en *Justicia como equidad* (Madrid: Tecnos, 1986).

[45] Sobre el constructivismo consultar a Jesús Martínez García, *La imaginación jurídica* (Madrid: Debate, 1992), 17-38.

justicia efectivo y la capacidad para formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien[46]. De ello se desprende un tercer interés de orden superior: proteger y promover su concepción del bien. La persona moral, a diferencia del agente, ya no se orienta estratégicamente sino en defensa de su modelo de vida buena. Las partes no se someten a principios a priori de justicia, sino que se orientan por un interés de orden supremo: realizar su concepción de bien. En otras palabras, su noción de vida buena. Con lo cual Rawls responde a la crítica comunitarista y, a su vez, establece su acercamiento a esta.

La autonomía plena no solo se garantiza por el procedimiento de decisión consensual al interior de la posición original sino que se realiza en la vida diaria de los ciudadanos. Aquí se produce otro sustancial cambio en el planteamiento rawlsiano de *TJ*: lo razonable subordina y presupone lo racional. Lo cual quiere decir, simplemente, que la deliberación sustancial tiene, en últimas, prioridad sobre los elementos formales del procedimiento. Rawls defiende la consensualización pero reconoce, como se lo responderá a Richard Rorty[47], que la deliberación tiene prelación sobre aquel: es la prioridad de lo razonable sobre lo racional.

Autonomía racional y plena

El propósito de este apartado es explicar el constructivismo kantiano tal como es ejemplificado por la *justicia como equidad*. El distintivo de este es que especifica una concepción de la persona como elemento de un procedimiento razonable de construcción que determina los principios posteriormente elegidos.

El término kantiano, precisa e insiste Rawls, expresa analogía y no identidad con el planteamiento de Kant. Rawls no intenta en ningún momento hacer más profundo el planteamiento de Kant, sino que utiliza esta denominación para mostrar la cercanía que guarda con él, más que con otras doctrinas. El constructivismo kantiano tiene un objetivo político fundamental: busca superar el conflicto que ha desgarrado a la democracia fundamentando su solución a través de la persona moral del ciudadano. En tal sentido, articula el contenido de la justicia con una concepción de persona, en cuanto libre e igual, capaz de actuar racional y razonablemente y, como tal, cooperar socialmente.

El conflicto que ha dividido a la democracia ha sido el que se ha presentado entre dos tradiciones: la libertad, a partir de Locke, y la igualdad, a partir de Rousseau. La primera prioriza las libertades cívicas (pensamiento, conciencia y propiedad) y la segunda las políticas, subordinando las primeras. El punto de su-

[46] Véase: Enrique Bonete Perales, "Génesis de la noción de personal moral", en *Éticas contemporáneas* (Madrid: Tecnos, 1990), 93-102.

[47] Véase: Richard Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad* (Barcelona: Paidós, 1996), 215.

peración de esta dicotomía puede encontrarse en una interpretación de la libertad y de la igualdad congenial con la de persona moral. La justicia como equidad articula la concepción de persona moral con la de sociedad-bien-ordenada mediante un procedimiento de argumentación moral ilustrado en el modelo de la posición original. Con ello establece una mediación entre las dos que conecta la persona moral que elige los principios de justicia de una sociedad con el esquema de cooperación social de esa misma sociedad.

La posición original define las partes como agentes de construcción racionalmente autónomos. La racionalidad es interpretada por Rawls en dos sentidos: en cuanto razonabilidad, entendida como los términos de cooperación equitativos garantizados por la posición original; y en cuanto racionalidad, en el sentido del provecho personal que cada participante perseguirá en su vida. Lo racional está incorporado al procedimiento de argumentación de los principios de la justicia y garantiza la autonomía racional de las partes; y lo razonable está incorporado a la vida social del individuo y determina la autonomía plena del ciudadano.

La autonomía racional viene dada por la equidad que el velo de ignorancia garantiza entre las partes. Con él, los agentes morales no poseen una información específica sobre su situación pero sí conocen los bienes primarios que todo ciudadano puede perseguir en su vida. Estos son definidos por Rawls, como ya se dijo, en cinco órdenes: libertades básicas; libertad de movimiento y ocupación; posibilidad de cargos de responsabilidad; renta y riqueza; y bases sociales de respeto a sí mismo.

La autonomía plena se realiza en la vida diaria de los ciudadanos. Ella se define como racional según la búsqueda del provecho personal de cada participante. Y aunque está incorporada a la estructura de la posición original, el criterio guía será siempre el que lo razonable subordina y presupone lo racional. Ello expresa un rasgo de unidad de la razón práctica: la razón práctica empírica está subordinada por la razón práctica pura. Esta unidad está garantizada porque lo razonable encuadra a lo racional, lo cual es una característica del constructivismo kantiano: la prioridad de lo justo sobre lo bueno.

Las personas poseen dos capacidades morales: la de dar un sentido de justicia efectivo y la de formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien. De estas se derivan dos intereses supremos: el de realizar sus facultades y el de ejercerlas, los cuales gobiernan la deliberación y la conducta en sociedad; con esto se garantiza que la moral no se quede en un nivel abstracto. De ello se desprende un tercer interés de orden superior: proteger y promover su concepción del bien.

La pregunta en este punto es si el conocimiento de esos bienes primarios antes anotados no vicia la argumentación de las personas morales. Para Rawls,

los bienes primarios son condiciones sociales de la realización y el ejercicio de las facultades morales. La autonomía está dada en que las partes no se someten a principios a priori de justicia y en que se mueven por intereses de orden supremo.

Vale la pena resaltar que la concepción de la justicia como equidad es la de la justicia procedimental pura, es decir, la elección argumentada de los principios de esta en condiciones de igualdad y libertad para las partes, y no la de la procedimental perfecta que, como en el ejemplo de la torta, supone un principio de justicia anterior a la argumentación misma. La posición original garantiza así la autonomía plena de la persona moral, tanto en términos razonables como racionales, subordinando, claro está, la segunda a la primera.

Pero todo esto, a su vez, hace parte de los rasgos que caracterizan a una sociedad-bien-ordenada: poseer una concepción pública de justicia, estar constituida por personas morales libres e iguales y tener estabilidad en el sentido de justicia. El primer rasgo, que será profundizado más adelante, hace referencia a la necesidad de que la concepción de justicia esté abierta a la discusión de la ciudadanía, haga parte de su vida social. El segundo, porque el ciudadano es concebido como persona moral y como tal debe ejercer y realizar sus facultades, una de las cuales es poseer un sentido de justicia efectivo. El tercero se entiende como la necesidad de que, fuese la que fuese, es decir, la que las partes elijan en una situación hipotética de argumentación sobre el particular, lo importante es que la sociedad mantenga y persiga un sentido de justicia como parte estructural de sí misma. Si no se cree en esta sería inútil todo tipo de discusión al respecto y toda eventual reforma o justificación institucional con base en ella.

Como queda claro, el engranaje de todo ello reside en la persona moral. La concepción de la justicia como equidad tiene en esa noción el fundamento de todo el edificio categorial. De allí porqué Rawls aclara las confusiones iniciales que parecían acercarla a la del "egoísta racional" del utilitarismo, y precise el contenido racional y pleno de la autonomía.

Aclarando el alcance real de la persona moral, libre e igual, en una sociedad bien ordenada, teniendo en la justicia procedimental perfecta, derivada de la posición original, el puente metodológico que une ambos términos, pero simultáneamente mostrando que la proyección de la persona moral es el ciudadano de una sociedad justa y que la condición de esta, a su vez, es la persona moral, Rawls deja el camino abierto para entrar a mostrar cómo el *impasse* de las sociedades democráticas occidentales entre libertad e igualdad puede superarse con esas mismas herramientas[48].

[48] John Rawls, "El constructivismo kantiano en teoría moral", 138-154.

Libertad e igualdad

En este apartado Rawls se propone plantear el significado de la libertad, de la igualdad y de su lugar en la posición original. El punto central será mostrar que estas se encuentran presentes en la concepción de justicia procedimental como fundamentos estructurales de esta, a través, precisamente, de la persona moral que las articula mutuamente. Este papel preponderante de la persona moral en el marco de una sociedad-bien-ordenada es enfatizado al afirmar que la condición de estabilidad del sistema no se logra por el equilibrio de las fuerzas sociales sino porque los ciudadanos afirman las instituciones por creer que satisfacen su ideal de justicia pública.

De esta manera, Rawls introduce la noción de publicidad, anotada rápidamente en la conferencia anterior, que adquiere ahora una significativa importancia, pues es esta la que garantiza que la concepción de justicia de una sociedad sea efectivamente conocida y discutida por la ciudadanía. Rawls establece tres niveles de publicidad que, al cumplirse, satisfacen la necesidad plena que requiere la justicia como equidad, al asegurar el consenso social necesario entre las personas morales, libres e iguales que la componen. Los niveles de publicidad están definidos por la existencia de una sociedad regulada por principios públicos de justicia, por la posibilidad de justificación de esa concepción pública de esta y por la discusión con las creencias populares al respecto, que permita concertar argumentativamente los principios de la justicia como equidad.

Pero la publicidad también se cumple como condición al interior de la posición original, igualmente en tres niveles: el primero viene dado por el hecho de que las partes deben definir reglas de prueba y formas de razonamiento para la elección de los principios de la justicia; el segundo, porque las partes razonan a partir de creencias generales sobre la justicia; el tercero, porque la argumentación se da atendiendo a consideraciones prácticas sobre la sociedad.

Es en el marco de una sociedad que satisface estas condiciones de publicidad, en el cual la persona moral, libre e igual, como ciudadano en libertad e igualdad, se constituye en el fundamento de realización de la justicia y, por ende, del sistema institucional mismo. La libertad ciudadana es definida a partir de la persona como fuente autooriginaria de pretensiones, el reconocimiento recíproco de la facultad moral de poseer una concepción del bien y la responsabilidad sobre sus fines, ajustando las metas a lo que razonablemente pueden esperar.

La igualdad ciudadana es definida en cuanto todos los ciudadanos son igualmente capaces de entender y ajustar su conducta a la concepción pública de la justicia y todos se conciben igualmente dignos de ser representados en cualquier procedimiento para definir principios que hayan de regular la sociedad. Pero tanto la libertad como la igualdad deben también estar presentes en la po-

sición original pues, de lo contrario, carecerían del fundamento moral-procedimental sobre el que Rawls ha querido levantar su concepción de la justicia.

La libertad en la posición original se expresa en la justificación que las partes, como fuentes autooriginarias de pretensiones, deben hacer de sus razones de justicia, y en la independencia que tienen, gracias al velo de ignorancia, frente a intereses que no sean de orden supremo y superior o el conocimiento de determinados bienes primarios que requieren para una argumentación racional sobre los principios de la justicia. En este apartado Rawls defiende la necesidad del velo de ignorancia tupido frente al tenue, propio del "espectador imparcial" del utilitarismo. El primero es el que caracteriza a la doctrina kantiana, al no permitir información particular alguna y solo propiciar la suficiente para garantizar el acuerdo racional sobre los principios.

De manera similar procede enseguida con la igualdad. Esta se encuentra presente en la posición original en la medida en que todos tienen los mismos derechos y facultades en el procedimiento para llegar a un acuerdo. La equidad se garantiza al no admitir que la distribución natural de capacidades sirva de base para fundamentar un esquema institucional que favorezca a los más capaces. De nuevo, el velo de ignorancia garantiza esto excluyendo todo conocimiento particular sobre sí mismo, sin dar lugar a concepciones de merecimiento previo, lo cual permite que la estructura básica y las expectativas sean gobernadas exclusivamente por los principios de justicia asumidos en un acuerdo equitativo. De otra forma se violarían la igualdad, la libertad y la autonomía de las partes como personas morales.

Para terminar, Rawls aclara tres aspectos: primero, que las restricciones o influencias están determinadas solo por lo razonable y lo racional, y, como tales, reflejan la libertad y la igualdad de personas morales. Segundo, que su constructivismo difiere de Kant en que la justicia como equidad asigna primacía a la estructura básica de la sociedad, es decir, no procede del caso particular, tal como él lo hace; y, finalmente, parte de un acuerdo colectivo unánime sobre la estructura social.

Por último, la condición de publicidad plena es vital en su concepción constructivista pues gracias a ella se garantiza el papel social de la moralidad, al lograr ciudadanos educados y conscientes de esa concepción de justicia y entroncarla al interior de la cultura pública. Con lo cual, además, se establece el necesario horizonte educativo que la justicia debe comportar para hacerse plenamente efectiva[49].

El procedimiento de construcción

Rawls intentará explicitar desde su interpretación kantiana la noción de objetividad, lo cual implica pensar los principios de la justicia no tanto como

[49] John Rawls, "El constructivismo kantiano en teoría moral", 154-170.

verdaderos sino como razonables. Su estrategia se orientará a mostrar que la filosofía moral ha estado viciada, desde hace un siglo, por la interpretación que generaliza la obra de Henry Sidgwick *The Methods of Ethics* (1874)[50]. Pese a que su obra reconoció la importancia de la teoría moral para la filosofía moral, su planteamiento adoleció de dos debilidades: primera, su poca atención a la concepción de persona y al papel social de la moralidad, al enfatizar la perspectiva epistemológica; y segunda, que no logró reconocer que la doctrina kantiana es un método característico de la ética.

Estas falencias llevaron a Sidgwick a reducir las concepciones morales a tres métodos: el egoísmo racional, el intuicionismo y el utilitarismo clásico. El constructivismo kantiano no encontró lugar en *The Methods*..., lo cual propició el desarrollo del intuicionismo y del utilitarismo, al menos en la cultura anglosajona, y que de por sí justifica la necesidad de fundamentarlo[51]. Se trata, pues, de comprender el constructivismo kantiano contrastándolo con el intuicionismo racional que dominó la filosofía moral desde Platón y Aristóteles, hasta que fue cuestionado por Hobbes y Hume. Su principal tesis es que los conceptos morales básicos sobre lo recto, el bien y el valor no son analizables pues los primeros principios de la moral son evidentes.

El juicio moral se funda, entonces, en el reconocimiento de verdades evidentes que son conocidas, no por los sentidos, sino por intuiciones racionales. De ello se derivan los principios básicos del intuicionismo: el de equidad, el de prudencia racional y el de benevolencia, los cuales conllevan un cuarto, el de utilidad. El intuicionismo racional y sus derivaciones son abiertamente opuestos al constructivismo kantiano por ser heterónomos: efectivamente, la autonomía kantiana requiere que no exista ningún orden previo que determine los principios de lo recto y lo justo entre personas morales.

Los procedimientos tienen que fundarse en la razón práctica, es decir, en nociones que caractericen a las personas como razonables. Los primeros principios tienen que resultar de una concepción de persona articulada en un procedimiento de decisión que garantice la imparcialidad y la equidad. El intuicionismo racional requiere, por lo mismo, una concepción poco densa de persona, fundada en el sujeto como cognoscente y no como persona moral, libre e igual.

El segundo contraste lo hace Rawls en torno a las limitaciones que restringen las deliberaciones morales. El constructivismo kantiano acepta que una concepción moral no puede establecerse sino en un marco laxo para la deliberación que confíe en nuestra capacidad de reflexión. Solo así se satisface, adicionalmen-

[50] Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics* (Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1981).

[51] Véase, también: George Edward Moore, *Principia Ethica* (Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988).

te, la condición de publicidad de la justicia, entendida como el papel social que esta debe jugar en el marco de una cultura pública.

El constructivismo kantiano satisface la condición de publicidad con distinciones esquemáticas y prácticas, al interior del espacio de argumentación moral, que justifican, en primer lugar, el uso de determinadas reglas de prioridad, a saber: la primera, la de la justicia sobre la eficiencia y el saldo neto de ventajas; y la segunda, la del principio de igual libertad sobre el segundo principio.

En segundo lugar, la publicidad es satisfecha porque las comparaciones personales son planteadas en términos de bienes primarios: solo esto garantiza una concepción de justicia donde lo racional esté supeditado a lo razonable y deseche el principio utilitarista de que lo justo es lo que produce el mayor saldo neto de satisfacción y de que los procedimientos son secundarios para guiar la deliberación y coordinar la acción social.

El constructivismo kantiano no busca dar respuesta a todas las cuestiones morales de la vida, sino identificar las cuestiones de justicia más fundamentales. La esperanza, afirma Rawls, es que una vez establecidas instituciones justas, los conflictos de opinión no serán tan profundos. La idea de aproximarse a la verdad moral no tiene lugar en una doctrina constructivista, pues las partes no reconocen ningún principio de justicia como previamente dado y solo buscan seleccionar la concepción más razonable de esta.

Llegamos así al rasgo esencial del constructivismo kantiano: fuera del procedimiento para seleccionar los principios de justicia no hay razones de justicia. La justicia procedimental pura establece que las razones de justicia se definen sobre la base de los principios que resulten de la construcción y, aunque las esencias generales puedan tener relevancia en la posición original, los principios son el resultado de la argumentación exclusivamente, es decir, del proceso de construcción de estos. La doctrina moral constructivista requiere un procedimiento de elaboración claro que permita identificar los primeros principios desde una posición de imparcialidad y equidad.

De allí porqué el constructivismo admite que las creencias sobre la justicia pueden cambiar y que ello determine el cambio de los principios e, igualmente, que establezca una diferencia precisa entre las teorías sobre la sociedad y la naturaleza humana —sujetas a la condicionalidad histórica— y las concepciones de carácter estructural —modelo de la persona moral y la sociedad bien ordenada—.

Obviamente, el intuicionismo puede objetar que ello es incompatible con la noción de verdad derivada de un orden moral previo y, por ende, con las nociones de razonabilidad y objetividad. Los principios —objeta el intuicionismo— no son elegidos: lo que se elige es seguirlos o no en nuestras acciones o razonamientos. Pero el acuerdo en la posición original no está basado en razones previas: las partes se mueven por preferencia a bienes primarios, sujetos a restricciones

razonables. En la posición original no hay acuerdos sobre hechos morales porque previamente no hay tales: solo existe el procedimiento de construcción.

En el constructivismo kantiano los primeros principios son razonables antes que verdaderos, con lo cual se marca la diferencia con el intuicionismo racional. El procedimiento constructivista es tal que no se excluye la posibilidad de que haya una concepción razonable de justicia o, incluso, que no la haya, lo que sería el fracaso de la filosofía política. De todo lo anterior, el constructivismo kantiano aspira a establecer que la noción de objetividad del intuicionismo racional es innecesaria para la objetividad. Esta última no viene dada por el "punto de vista del universo" (Sidgwick): debe entenderse como referencia a un punto de vista social adecuadamente construido por el procedimiento de argumentación sugerido por la posición original.

El punto de vista social de la justicia como equidad puede definirse en varios sentidos: es públicamente compartido, regula la estructura básica de la sociedad, promueve intereses de orden supremo y, por último, define los términos ecuánimes de la cooperación social. El acuerdo social surge de la afirmación por todos de la misma perspectiva social dotada de autoridad. La posición original no es una base axiomática de la que se deriven principios: es un procedimiento para determinar los principios más acordes con la concepción de persona. Y solo ese procedimiento puede garantizar superar el *impasse* entre libertad e igualdad: solo los procedimientos de argumentación moral y de justicia garantizan una sociedad ecuánime, equitativa, justa y democrática[52].

La noción de persona moral implica un cambio sustancial en el planteamiento rawlsiano pues, en efecto, cuando más se reclama de la tradición kantiana es cuando Rawls empieza a alejarse de ella[53]. El giro es evidente en las facultades e intereses de la persona moral: al colocar como prioritarios el sentido de justicia y la concepción de bien el ciudadano, ya en su vida pública, tendrá como imperativo perseguir y realizar tales facultades, lo que significa, en otras palabras, que, frente a los intereses racional-estratégicos planteados en *TJ*, la revisión de 1980 parece reconocer y asimilar la crítica comunitarista, lo que hace de aquel la expresión moral y política de una forma de vida particular.

La racionalidad se mantiene en el procedimiento de construcción de los principios, en términos de un proceso consensual, pero la razonabilidad de las partes se introduce como criterio normativo del consenso, que supedita lo primero a lo segundo: es, como lo redefine Rawls, la prioridad de lo razonable sobre lo racional. De nuevo, si hacemos una disección fina de la argumentación, lo que Rawls está planteando, que será el fundamento de su giro en *Liberalismo político*,

[52] John Rawls, "El constructivismo kantiano en teoría moral", 171-186.

[53] Véase: Victoria Camps, "El segundo Rawls, más cerca de Hegel", 63-70.

es que es el consenso político fáctico de las diferentes formas de vida particulares que constituyen la ciudadanía, el cual pone en juego sus específicas concepciones de bien y sentido de justicia, el que tiene que tener preeminencia sobre el consenso formal contrafáctico de la teoría ideal.

Esta revisión de su planteamiento original se verá afianzada en varios textos posteriores que van constituyendo un ajuste, a mi modo de ver en términos más cercanos al comunitarismo que al contractualismo liberal, como serían "Las libertades básicas y su prioridad" (1981), "Unidad social y bienes primarios" (1982), "La teoría de la justicia como equidad: una teoría política no metafísica" (1985) y "Themes in Kant's Moral Philosophy" (1989), entre los más relevantes.

Esta revisión puntualiza, además de la prioridad del enfoque político sobre el moral-formal, la de la razón práctica sobre la teórica y la de la filosofía política práctica sobre la política teórica, con lo que se sigue reforzando nuestra hipótesis de trabajo en el sentido del abandono cada vez más amplio de la filosofía política analítica y la asunción de la filosofía política radical[54]. A lo cual se suma, ahora, la distancia frente al liberalismo que Rawls explícitamente empieza a tomar.

Hacia una concepción política de la justicia

La justicia como "equidad, política no metafísica" (1985)

Si bien el texto anterior ya respondía a las críticas comunitaristas que se acentuarían en el lustro siguiente, el texto de *Justice as Fairness: Political no Metaphysical* (1985)[55] constituye una respuesta integral al conjunto de argumentaciones, que cuestiona el modelo original de *TJ* pero que, al mismo tiempo, le da razón a estas y reconoce la legitimidad de sus objeciones. En ese sentido, el escrito se configura como un ensayo-bisagra que cierra su etapa anterior aclarando el modelo de *TJ* y abre la siguiente que culminará con *Liberalismo político* (1993).

El texto, que será más tarde integrado casi en su totalidad al primer capítulo de *LP*[56], plantea las ideas-guía de su giro de una manera concisa y clara. La prime-

[54] Véase, en su orden: John Rawls, *Sobre las libertades* (Barcelona: Paidós, 1990); "Social Unity and Primary Goods", en *Utilitarianism and Beyond*, ed. De Amartya Sen y Bernard Williams (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), 159-185; versión en español: "Unidad social y bienes primarios", en *Justicia como equidad* (Madrid: Tecnos, 1986); "La théorie de la justice como équité: une théorie politique et non pas métaphysique", en *Individué et justice sociale*, ed. de Otfried Höffe, et ál. (Paris: Du Seuil, 1988); "Themes in Kant's Moral Philosophy", en *Kant's Trascendental Deductions: The Three Critiques and the Opus Postumun*, ed. De Eckart Förster (Stanford, CA: Stanford University Press, 1989).

[55] John Rawls, "Justice as Fairness: Political no Metaphysical", en *Collected Papers* (Cambridge: Harvard University Press, 1999), 388-414.

[56] John Rawls, "Fundamental Ideas", en *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993), 3-46.

ra es que la justicia como equidad es una concepción política de la justicia y en tal sentido *TJ* falló al no precisar con fuerza este punto y propiciar una identificación con una determinada postura filosófica y antropológica, de la que ya comienza a tomar distancia.

Si bien representa una postura moral, es sustancialmente política porque busca aplicarse a las instituciones políticas, económicas y sociales de una democracia constitucional y no se trata, por el contrario, de una interpretación moral de las instituciones básicas. Es política, además, en la medida en que está soportada por un reconocimiento público a la concepción de justicia de un Estado democrático[57].

La justicia como equidad, como concepción política de la justicia, se sustenta en la idea de la cooperación social, en cuanto involucra términos justos de cooperación razonables para todas las minorías y no una mera coordinación funcional de actividades, así como en una idea de persona, tal como ya lo había sugerido en "El constructivismo kantiano", que en lo esencial remite a la consideración de que el conjunto de comunidades debe realizar su sentido de justicia y su concepción de bien[58].

La segunda idea-guía es que la justicia como equidad es una alternativa al utilitarismo dominante. La necesidad de una cultura política pública requiere un consenso frente a esta doctrina que se presenta como hegemónica en el contexto angloamericano y que precisa ofrecer una vía razonable que interprete las profundas bases de una cultura política pública en una democracia constitucional. De ahí el rechazo a cualquier perspectiva religiosa, moral, metafísica o epistemológica que pretenda imponerse sobre las demás, rompiendo el principio de tolerancia, base de la modernidad política y abortando con ello la posibilidad de reconciliación a través de la razón pública[59].

La tercera idea-guía es la concepción política de persona que supone una aclaración sobre las personas morales en la posición original. De nuevo, Rawls precisa que la posición original configura un modelo de representación que no se compromete con ninguna doctrina metafísica y que su esencia es permitir, básicamente, la libertad e igualdad de todas las perspectivas en su interior y la posibilidad de convergencia de estas en el nivel más alto de generalidad que un contrato social pueda propiciar sin ser desvirtuado por los intereses particulares de algunas de ellas[60].

En ese orden, la concepción política de persona supone tres aspectos consustanciales: primero, la libertad de los ciudadanos para tener una concepción

[57] John Rawls, "Justice as Fairness: Political no Metaphisical", 389-390.

[58] John Rawls, "Justice as Fairness: Political no Metaphisical", 395-399.

[59] John Rawls, "Justice as Fairness: Political no Metaphisical", 390-395.

[60] John Rawls, "Justice as Fairness: Political no Metaphisical", 399-403.

de bien; segundo, el considerarse fuentes autooriginarias de pretensiones y reclamos; y tercero, la responsabilidad frente a sus propios fines[61].

Estas tres ideas-guía son complementadas por dos observaciones adicionales. La primera, la de la justicia como equidad como una visión liberal pero no en términos omnicomprehensivos y metafísicos sino, más bien, en cuanto todas las perspectivas se reconocen en los mínimos de una cultura política que defiende una democracia constitucional, lo que supone un *overlapping consensus* de todas las visiones sobre estos.

Frente al liberalismo filosófico sustentado desde una perspectiva política específica, estaríamos hablando de un liberalismo sociológico que, de facto, reconoce el consenso de todas las visiones políticas particulares[62]. Y la segunda, la de la unidad social y la estabilidad que insiste en la necesidad de aceptar la pluralidad de visiones omnicomprehensivas como condición de estabilidad de la sociedad, con lo cual se descarta la dominación o imposición hegemónica de una visión determinada que no tenga en cuenta la presencia de las demás minorías[63].

Recepción de Marx y de Hegel

La recepción de Marx

El libro *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*[64], publicado en Estados Unidos en el 2007, ha ofrecido nuevas claves para una reconstrucción integral del pensamiento rawlsiano. Aquí queda claro cómo a partir de 1983, antes de la redacción de *Justicia como equidad, política no metafísica* (1985), Rawls comienza su recepción de Marx de manera sistemática, como lo plantea el editor Samuel Freeman:

> En 1983, el último curso en que enseñó figuras históricas sin incluir *TJ*, Rawls dedicó lecciones a Hobbes, Locke, Hume, Mill y Marx […] En 1984, Rawls volvió a enseñar partes de su *TJ* combinadas con Locke, Hume, Mill, Kant y Marx. Poco después, suprimiría a Kant y a Hume de su asignatura de filosofía política para añadir unas cuantas clases sobre Rousseau. Durante ese periodo redactó las versiones finales de las lecciones sobre Locke, Rousseau, Mill y Marx […][65]

[61] John Rawls, "Justice as Fairness: Political no Metaphisical", 403-408.

[62] John Rawls, "Justice as Fairness: Political no Metaphisical", 408-411.

[63] John Rawls, "Justice as Fairness: Political no Metaphisical", 411-414.

[64] John Rawls, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política* (Barcelona: Paidós, 2009).

[65] Samuel Freeman, Prólogo a *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, 13.

Y más adelante puntualiza:

> Al haber sido impartidas con regularidad durante los últimos diez o doce años de la carrera docente de Rawls, las lecciones del presente volumen de Locke, Rousseau, Mill y Marx son las más acabadas y completas. Rawls las escribió y las guardó en archivos informáticos, por lo que fue adaptándolas o perfeccionándolas con los años hasta 1994[66].

Para concluir:

> Quizá fueron las lecciones sobre Marx las que más evolucionaron con los años. A principios de 1980, Rawls avalaba la opinión de que Marx no tenía una concepción de la justicia […] En las lecciones aquí incluidas, sin embargo, revisa esa postura […] La interpretación rawlsiana de la teoría del valor-trabajo de Marx trata de separar el desfasado componente económico de las ideas del autor alemán de la que considera su meta principal, que define como una respuesta contundente a la teoría de la distribución justa en función de la productividad marginal y a otras concepciones del liberalismo clásico y del "libertarianismo" de derecha, para las que la propiedad pura contribuye de manera tangible a la producción.[67]

No es el espacio para desarrollar en detalle esta recepción de Marx donde queda claro cómo la crítica al liberalismo no solo se nutre de Hegel y del republicanismo, sino también de Marx, pese a la distancia que Rawls se esfuerza en mantener, por supuesto, con el marxismo autoritario. Pero es claro su giro frente a esta postura precisamente en el punto decisivo de reconocer una teoría de la justicia en Marx y no simplemente "un concepto ideológico" para justificar su concepción política.

La influencia en Rawls de G. A. Cohen, Norman Geras y Allen Wood, connotados teóricos marxistas, deja clara la influencia que en el último Rawls tuvo el socialismo democrático, como él mismo lo defendía:

> [P]ermítanme hacer un breve comentario sobre la importancia de Marx. Habrá quien piense que, con la reciente caída de la Unión Soviética, la filosofía y la economía socialistas de Marx han perdido significación para el mundo actual. Yo creo que eso sería un grave error […] por dos motivos. En primer lugar, porque aunque el socialismo de planificación centraliza-

[66] Samuel Freeman, Prólogo a *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, 13-14.

[67] Samuel Freeman, Prólogo a *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, 15.

> da […] ha quedado totalmente desacreditado, no se puede decir lo mismo del socialismo liberal […] El otro motivo […] es que el capitalismo de libre mercado tiene graves inconvenientes que deben ser […] reformados de manera fundamental.[68]

Frente a su consideración de que Marx, efectivamente, condena al capitalismo como un sistema injusto y que, por lo tanto, defiende una concepción de justicia frente a este, Rawls precisa el ideal que animaría a Marx como el de "una sociedad de productores libremente asociados"[69], entendida esta como un proyecto que se realiza en dos fases: una etapa socialista y otra comunista que, en conjunto, responden a dos características sustanciales: la primera, lo que Rawls denomina "la desaparición de la conciencia ideológica", es decir, la condición de conocimiento pleno y objetivo sobre su situación y el rechazo a toda falsa conciencia sobre esta; y la segunda, la de una sociedad donde ha desaparecido tanto la "alienación [como la] explotación"[70].

Es interesante observar la incidencia explícita que ya tiene en Rawls el concepto de alienación, que sin duda se verá íntimamente complementado con el de reconciliación que adoptará posteriormente de su recepción de Hegel. El apartado sobre "Una sociedad sin alienación" da cuenta, precisamente, retomando tanto las obras del joven Marx (*Manuscritos*) como del maduro (*Grundrisse* y *Crítica del programa de Gotha*) la incidencia que la categoría tiene para Rawls en términos de lograr una sociedad de productores libremente asociados que, en cierta forma, él subsumirá en su fórmula de una "democracia de propietarios" [71].

Lecciones sobre Hegel

De otra parte, las últimas lecciones que dicta Rawls sobre filosofía moral en Harvard University, que son compiladas y editadas por una de sus asistentes, Barbara Herman, tratan sobre la filosofía del derecho de Hegel y el concepto de eticidad, y datan, según prologa la compiladora, de 1991[72].

En efecto, las lecciones sobre Hegel básicamente abordan dos temáticas: de una parte, la *Filosofía del derecho*, donde se destaca un punto que empieza a ser

---

[68] John Rawls, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, 398.

[69] John Ralws, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, 433 y ss.

[70] John Ralws, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, 439.

[71] John Rawls, "La democracias de propietarios: observaciones introductorias", en *Justicia como equidad: una reformulación* (Barcelona: Paidós, 2002), 185-188.

[72] Véase: Bárbara Herman, Prólogo a *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral* (Barcelona: Paidós, 2001), 13.

clave en la obra de Rawls a partir de este momento y que se afianza, precisamente, en *Justicia como equidad: una reformulación*, a saber, la categoría de reconciliación[73]. Recordemos que esta se encuentra íntimamente relacionada con la categoría de alienación y que es consustancial a esta.

La historia prácticamente se concibe como un proceso cósmico de desgarramiento donde la idea de libertad se aliena primero en la naturaleza y posteriormente en la historia misma de la humanidad (el espíritu, para Hegel) donde, a su vez, en un tríadico proceso de alienación, el del espíritu subjetivo, el objetivo y el absoluto, el hombre supera la alienación y se reconcilia con la idea de libertad. Esta, como vimos, es la alternativa que adopta la *Fenomenología del espíritu* en 1806.

El giro que significa la *Filosofía del derecho*, en donde el Estado es la figura social e histórica que permite superar la alienación, mantiene el sentido permanente de la reconciliación, a saber: la superación de la alienación y, por ende, el logro de la verdadera emancipación. La reconstrucción de la *Rechtsphilosophie* en las *Lecciones* reconstruye las figuras hegelianas de la voluntad libre, la propiedad privada y la sociedad civil que constituyen la crítica al contractualismo en la perspectiva de superar la alienación que el pensamiento liberal ha propiciado con estas figuras y lograr así la reconciliación integral que no se alcanza a través de ellas.

Sin duda, Hegel pondrá de presente que el contractualismo oculta una condición original de injusticia entre poseedores y desposeídos, y pretende ocultar esta ecuación inequitativa con la supuesta igualdad formal del contrato, que el reconocimiento legal de la propiedad privada y la consolidación de la sociedad civil pretenden mimetizar.

La reconstrucción conduce a la figura de la *sittlichkeit* que en la forma del Estado constituirá para Hegel la reconciliación histórica de la humanidad. Este no solo permite conciliar la sociedad tradicional con la sociedad civil burguesa que tiende a destruirla, sino que representa igualmente el momento de reconciliación total a nivel social e histórico, es decir, la superación de la alienación en ese momento determinado.

Reconociendo en Hegel un crítico del liberalismo formal y vacío, Rawls explorará una tercera alternativa en la propuesta de Rousseau y Kant de una "fe razonable" en orden a concebir el Estado "como una totalidad concreta, una totalidad articulada en sus grupos particulares"[74], en línea prácticamente con una concepción de deliberación republicana, de proyección cosmopolitita. El liberalismo político que Rawls opondrá al de mayorías adquiere aquí su consistencia definitiva.

---

[73] John Rawls, "La filosofía como reconciliación", en *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, 347-353.

[74] John Rawls, "La filosofía como reconciliación", 380.

Republicanismo y deliberación

En su desarrollo, el republicanismo se ha divido históricamente en dos vertientes básicas: el anglosajón o neo-republicanismo (donde se destacan autores como Skinner y Pocock) y la línea francesa o posrepublicanismo, que suscriben Mesure, Renaut y Ferry[75]. Una tercera versión del republicanismo es el que sistematiza Pettit[76], sin duda el más radical, en una versión irlandesa.

Republicanismo anglosajón

La influencia que Rawls reconocerá explícitamente en *LP* será la del republicanismo anglosajón, específicamente de Skinner, tomando distancia total de la lectura de Pocock, cuyo planteamiento definirá como el de un humanismo cívico, incompatible con su justicia como equidad.

El republicanismo, que durante gran parte de la Modernidad había permanecido desconocido y poco trabajado, fue reintroducido en el debate filosófico político a mediados de los setenta por obras de Quentin Skinner y J. G. A. Pocock[77]. Estos autores realizaron una recuperación del pensamiento de Maquiavelo y pretendieron encontrar en él una teoría constitutiva para un tercer movimiento surgido de la Modernidad, alternativo tanto al liberalismo como al socialismo.

Skinner ubica el origen del ideal republicano en la filosofía moral romana y especialmente en los planteamientos de autores que contribuyeron a dar realce al ideal de la república, como fueron Livio, Salustio y Cicerón. Con posterioridad a Roma, este ideal fue recuperado en la Italia del Renacimiento y, de manera paradigmática, por Maquiavelo, quien hizo uso de él para desarrollar su propuesta sobre la autonomía de las ciudades-Estados de la época, como independientes y completamente ajenas al poder de la Iglesia. Bajo la influencia de Maquiavelo autores ingleses como James Harrington y John Milton adelantaron defensas acerca de los Estados libres, que terminaron cristalizando en la independencia de los Estados Unidos[78].

A partir dela reformulación del ideal republicano Skinner[79], tal como aparecía expresado en la obra de Maquiavelo, concluye que el republicanismo no podía

[75] Sylvie Mesure y Alain Renaut, "La discussion républicaine du libéralisme moderne", en *Historie de la philosophie politique* (Paris: Calman-Levy, 2000).

[76] Philip Pettit, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Barcelona: Paidós, 2000).

[77] Véase: J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment* (Princenton: Princeton University Press, 1975) y, más tarde, Quentin Skinner, *Machiavelli and Republicanism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

[78] Quentin Skinner, "About Justice, the Common Good and the Priority of Liberty", en *Dimensions of Radical Democracy*, comp. por Chantal Mouffe (London: Verso) 211-224.

[79] Véase, también: Quentin Skinner, "The Italian City Republics", en *Democracy: The Unfinished Journey*, comp. por John Dunn (Oxford: Oxford University Press, 1992), 57-69; *Liberty before Liberalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

interpretarse como un movimiento antimoderno en su esencia, puesto que la tradición maquiavélica en su integridad presenta una reivindicación de la libertad negativa[80]. La principal propuesta de Skinner sostiene que para construir el ideal republicano se debe tener como punto fundamental una serie de virtudes cívicas dentro de las que figuraban, entre otras:

> la igualdad, la simplicidad, la honestidad, la benevolencia, la frugalidad, el patriotismo, la integridad, la sobriedad, la abnegación, la laboriosidad, el amor a la justicia, la generosidad, la nobleza, la solidaridad y, en general, el compromiso con la suerte de los demás […]. [pues] solo gracias a la presencia de ciudadanos así dispuestos hacia su comunidad la república iba a tener la oportunidad de sobrevivir frente a contratiempos seguros.[81]

En esta línea también se encuentra Pocock, quien parte del rechazo a la separación, originada por el liberalismo, entre derecho y moral, que se constituirá en la base de una estrategia de regeneración moral, donde se desarrollará como ideal ético la idea de un humanismo cívico. De esa manera recuperan la idea tocquevilliana de un republicanismo político, puesto que:

> la comunidad debe representar una perfecta unión entre todos los ciudadanos y todos los valores dado que, si fuera menos que eso, una parte gobernaría en el nombre del resto, [lo cual consagraría] el despotismo y la corrupción de sus propios valores.
>
> El ciudadano debe ser un ciudadano perfecto dado que, si fuera menos que eso, impediría que la comunidad alcanzase la perfección y tentaría a sus conciudadanos […] hacia la injusticia y la corrupción […] La negligencia de uno solo de tales ciudadanos, así, reduce las oportunidades de todo el resto, de alcanzar y mantener la virtud, dado que la virtud aparece ahora politizada; consiste en un ejercicio compartido donde cada uno gobierna y es gobernado por los demás.[82]

Posrepublicanismo francés

La línea francesa, que suscriben Messure, Ferry y Renaut, realiza una crítica directa a los anglosajones arguyendo que ellos han desviado el ideal republicano

[80] Para profundizar sobre los conceptos de libertad negativa y positiva, véase: Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969).

[81] Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls* (Barcelona: Paidós, 1999), 164.

[82] J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment*, 75; citado en Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, 164-165.

al convertirlo en una mera instrumentalización que tiende a corregir de manera formal y funcional los mencionados problemas del liberalismo. En abierta oposición a este modelo instrumental, los autores proponen un "republicanismo político" que crea estructuras más participativas y democráticas en la sociedad, para mostrar al individuo que su participación en la soberanía popular no es inútil y que en cambio corresponde a su interés. La comprensión de este punto constituye la única garantía de funcionamiento del Estado de derecho democrático. Es decir, solo la democracia realmente liberal puede corregir los defectos y patologías del individualismo.

Messure y Renaut exponen un primer intento de respuesta, desarrollado por los republicanos franceses en el siglo XIX[83] quienes, además de querer imprimir una inflexión original a los principios de la Modernidad, buscan recoger y enriquecer la herencia de 1789. De ella recogen la idea de la existencia de un tipo de derecho natural, no reducible al positivo e independiente de cualquier tradición, absoluto y ahistórico, en lo que constituye una fuerte divergencia con el historicismo marxista que reduce el derecho a un simple epifenómeno de la lucha histórica de clases[84].

Para estos republicanos el derecho se fundamenta en normas meta-históricas y meta-positivas, según las cuales lo que da legitimidad a una norma es su conformidad con las exigencias de la razón. Para el republicanismo la razón sobrepasa la historia y define ideales atemporales, de ahí que se lo considere como un "racionalismo político". En acuerdo con este fundamento racional los principios republicanos deben ser enseñables y la educación misma se convierte en elemento central dentro de su planteamiento: ella introduce al individuo en la sociedad para que pueda desenvolverse cívicamente dentro de ella.

Otro elemento decisivo para el republicanismo es su original interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre. Frente a la pregunta sobre cuáles son los valores jurídicos irreductibles a condiciones históricas de emergencia, los liberales toman partido por los "derechos libertades" (particulares) mientras que los socialistas se la juegan por los "derechos créditos" (sociales); los republicanos, por su parte, toman un camino alternativo que consiste en hacer aparecer al lado de las libertades fundamentales una consideración que afirma que "la felicidad común es la meta de la sociedad", aun cuando, a diferencia de los socialistas, no realizan una crítica de las libertades formales. Así pues, frente al derecho individual liberal, los republicanos rescatan una especie de "derecho social" entendido como un deber de ser solidario con la comunidad. Este concepto de solidaridad se debe entender en términos de "fraternidad", de ahí que

[83] Entre otros autores se destacan Charles Renouvier, Jules Barni y Jules Simón.

[84] J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment*, 75; citado en Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, 327.

para los republicanos sea una obligación de la nación el asegurar la subsistencia de los menos favorecidos de sus integrantes. De este modo, con los derechos alternativos, llamados de participación, el republicanismo supone que los derechos y las libertades garantizan, por su propio ejercicio, el respeto a las ideas de solidaridad y fraternidad[85].

Republicanismo irlandés

En la actualidad el exponente más destacado del republicanismo es Philip Pettit, quien trata de solucionar el problema por medio del desarrollo de la noción de libertad como no-dominación y la democracia radical o republicana. Para el autor, que se ubica en el debate de la libertad en sentido positivo (o de los antiguos) y negativo (o de los modernos), resulta fundamental distinguir un tercer tipo, a saber, la libertad como no dominación, la cual es entendida ya no en términos de autodominio o ausencia de interferencia, como lo hacen las anteriores nociones, sino como ausencia de servidumbre.

Dentro de las estrategias para conseguir la no dominación, Pettit identifica la necesidad de un gobierno que satisfaga condiciones constitucionales, tales como imperio de la ley, división de poderes y protección contramayoritaria. Adicionalmente, se hace necesaria la promoción de un tipo republicano de democracia radical. Tal necesidad parte del reconocimiento de una posible falibilidad de las condiciones constitucionales. De esta suerte, para excluir la toma arbitraria de decisiones por parte de los legisladores y los jueces, fundadas en sus intereses o interpretaciones personales, se hace imperativo garantizar que la toma pública de decisiones atienda a los intereses y las interpretaciones de los ciudadanos por ella afectados.

La garantía de ello no se encuentra en la apelación a consensos como en el criterio de disputabilidad, pues solo en la medida en que el ciudadano es capaz de disputar y criticar cualquier interferencia que no corresponda a sus propios intereses e interpretaciones, puede decirse que la interferencia del legislador no es arbitraria, y que por lo mismo no es dominador[86].

Con esto, Pettit subvierte el modo tradicional de legitimación de las decisiones fundado en el consentimiento, para definirlo en clave de contestación o apelación efectiva. A fin de que la toma pública de decisiones sea disputable, Pettit señala al menos tres precondiciones que deben quedar satisfechas. En primer lugar, que la toma de decisiones se conduzca de modo tal que haya una base potencial para la disputa. Esta forma se corresponde más con el tipo de toma

[85] Véase al respecto: Luc Ferry y Alain Renaut, *Philosophie Politique*, 3 vols. (Paris: PUF, 1984).

[86] Philip Pettit, *Republicanismo*, 96.

propio del debate que con el inherente a la negociación. Las disputas surgidas por el debate deben estar abiertas a todos los que consigan argüir plausiblemente en contra de las decisiones públicas, sin requerir de un gran peso o poder para el logro de una decisión razonada.

En segundo lugar, habrá también un canal o una voz por cuyo cauce pueda discurrir la disputa. Se trata, en últimas, de asegurar la existencia de medios a través de los cuales los ciudadanos puedan responder en defensa de sus intereses e interpretaciones. Esto implica que la democracia, para ser realmente republicana, debe ser incluyente y deliberativa. Más allá de la representación, la inclusión implica la posibilidad de que todos los grupos puedan ejercer la protesta ante los cuerpos estatales, manifestando sus quejas y solicitando su compensación. La tercera precondición es que exista un foro adecuado en el cual hacer audibles las disputas. Para que sirva a los propósitos republicanos, este debe ser capaz de dar audiencia a alianzas y compromisos y estar abierto a transformaciones profundas y de largo alcance. Además, deben existir procedimientos que aseguren que las instancias a las cuales se apela no harán caso omiso de las impugnaciones de que son objeto[87].

Si bien esta democracia radical o republicana no parece concebir, en una primera reflexión, más que la desobediencia civil en términos más enfáticos por el carácter mismo que la disputa entraña y que puede adquirir en la práctica, sin duda la apelación a la contestación ciudadana abre las puertas a expresiones de desobediencia más radicales y extremas, exponencialmente proporcionales a la no satisfacción de las condiciones institucionales de disputabilidad enunciadas. Si estas condiciones no son cumplidas para una disputa institucional de la ciudadanía, se dan por contraposición las condiciones para una respuesta ciudadana más radical en aras de garantizar el contrapeso fáctico de la legalidad desbordada.

Liberalismo político (1993)

La obra del 93 culmina, pues, una larga serie de revisiones que Rawls introduce a la versión original de *TJ*. *Political Liberalism* recoge el núcleo de aquellas e integra una nueva visión de la justicia que él ha calificado de concepción política de esta, la cual constituye un giro sustancial que sin duda se origina en las críticas formuladas por el comunitarismo al planteamiento original. En efecto, el libro formula varios cambios de fondo, el más importante es la distancia que toma frente al kantismo y la definición de un constructivismo no comprehensivo, como columna metodológica de su teoría.

[87] Philip Pettit, *Republicanismo*, 266.

Pese a que mantiene varios conceptos que Rawls siempre ha sostenido que se han inspirado en la filosofía moral kantiana (la concepción original, el velo de ignorancia y la noción de autonomía racional)[88], ahora enfatiza las diferencias que distinguen su concepción de la justicia del sistema de Kant en una clara estrategia por limar asperezas con los comunitaristas, para quienes el universalismo y el formalismo de la filosofía moral kantiana son el origen de no pocos conflictos y contradicciones morales de la Modernidad.

La segunda en importancia, desde el punto de vista de la filosofía política, es la conversión de su *justicia como equidad* en una concepción política de esta[89] que constituye la esencia misma de su idea del liberalismo político, de nuevo en lo que se antoja una nueva concesión al comunitarismo. La implicación de ello es, sin duda, el carácter universal que puede proyectar el contexto: la concepción de la justicia que inspira a los regímenes constitucionales democráticos tiene una validez universal, en cuanto que el procedimiento de selección y legitimación de los principios que rigen su estructura básica responde a un mecanismo de argumentación válido en todas las latitudes, si bien cada procedimiento está mediado por las condiciones particulares de cada situación.

Además de estos cambios, Rawls introduce dos nociones que complementan su concepción política de la justicia como liberalismo político: la del consenso entrecruzado (*overlapping consensus*) y la de la razón pública. La primera para describir el objetivo final de su liberalismo y, la segunda, para mostrar los mecanismos que garantizan los principios de justicia en un régimen constitucional. Los dos representan el énfasis social de la teoría rawlsiana y confirman su distanciamiento de todas las teorías abstractas de la filosofía moral y política contemporánea. El pragmatismo de la tradición anglosajona se revela, con esto, en toda su fuerza y proyección y de allí, sin duda, el calificativo que se le ha dado de "pragmatización del proyecto liberal" rawlsiano[90].

También vale la pena resaltar que Rawls rescata en esta obra la noción de equilibrio reflexivo que parecía haber perdido relevancia en las versiones de 1980 y 1981. Vuelve a adquirir importancia como un mecanismo de auditaje desde el cual el sujeto, ya sea en la figura del ciudadano o como sujeto colectivo, replantea continuamente su juicio sobre el sistema social en el que vive[91]. El contrato social deviene, con ello, permanente y los principios de justicia constituyen el criterio desde el cual la ciudadanía juzga los actos del Estado o el gobierno y legitima o deslegitima el orden social que la rodea.

---

[88] Otfried Höffe, "Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne?", en *Individué et justice sociale*, 1988.

[89] María José Agra, "Ética neo-contractualista", en *Concepciones de la ética* (Madrid: Trotta, 1992), 247-268.

[90] Véase: Carlos Thiebaut, "Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral", 1994.

[91] John Rawls, *Political Liberalism*, 96-97.

La concepción política de la justicia

Como se afirmaba, en la versión de 1993 Rawls plantea un viraje sustancial a su teoría, redefiniéndola como una concepción política de la justicia, entendida como un procedimiento de construcción que garantiza el logro de una sociedad justa y bien ordenada. Rawls parte de la pregunta sobre cuál es la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dada una cultura democrática marcada por una diversidad de doctrinas en su interior. El punto central es entonces definir el carácter que debe comportar un pluralismo razonable en el marco de una cultura tolerante y unas instituciones libres. En otras palabras, cómo es posible que perdure en el tiempo una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, divididos por doctrinas diferentes. El instrumento de ello es, según Rawls, la concepción política de la justicia.

Esta concepción política de la justicia está orientada, primero, a definir el marco de las instituciones básicas de la sociedad y la forma en que se articulan en un sistema unificado de cooperación social, tal como había sido expuesto en *TJ*. Estructura básica entendida como el conjunto de las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad considerada a sí misma como cerrada y auto-contenida, es decir, sin que en su consideración tengan que tenerse en cuenta factores externos o influencias internacionales.

Segundo, constituye una perspectiva que no está fundamentada en ninguna doctrina omnicomprehensiva de carácter moral, social, político, económico o filosófico: no está comprometida, pues, con ninguna perspectiva particular de las coexistentes en la sociedad. La concepción política de la justicia trata de elaborar una concepción razonable sobre la estructura básica, sin identificarse con las propuestas específicas al respecto de ninguna doctrina onmicomprehensiva existente. Tercero, sus contenidos son expresados en términos de ideas fundamentales, implícitas en la cultura política de la sociedad democrática, y que parten de una tradición pública de pensamiento, instituciones, textos y documentos que constituyen su trasfondo cultural.

La concepción política de la justicia está complementada por una concepción política de persona, sugerida ya en la versión de 1980. En ella, los ciudadanos son considerados personas morales, libres e iguales[92], en la medida en que son concebidos como individuos con la capacidad de poseer una concepción del bien, los cuales reclaman el derecho de ser considerados independientes, no identificados con ninguna concepción particular que incluya un esquema determinado de fines sociales. Los ciudadanos se conciben como fuente autooriginaria de solicitudes y reclamos válidos frente a las instituciones de las que dependen sus deberes y

[92] John Rawls, *Justicia como equidad* (Madrid: Tecnos, 1986), 154-170.

obligaciones, siendo capaces de asumir su responsabilidad por la selección y consecución de sus fines, ajustando sus aspiraciones a la luz de lo que pueden esperar razonablemente de la estructura básica de la sociedad.

Los dos conceptos anteriores se articulan con un tercero, el de sociedad-bien-ordenada, que Rawls ya había relacionado en la versión del "constructivismo kantiano"[93]. Pero en esta, la sociedad se caracteriza, además, por una diversidad de doctrinas omnicomprehensivas razonables de carácter religioso, filosófico o moral que no constituyen un rasgo accidental de esta, sino que definen, precisamente, la naturaleza de la cultura pública democrática y, por tanto, la necesidad de la concepción política de la justicia.

Para una sociedad de tales características es imposible imponer compartida y permanentemente, salvo por el uso opresivo del poder del Estado, una doctrina omnicomprehensiva determinada, lo cual resultaría contradictorio y paradójico con la esencia de una sociedad democrática. Por lo mismo, un régimen democrático para ser duradero y seguro, no puede estar dividido por doctrinas confesionales y clases sociales hostiles, sino ser libre y voluntariamente respaldado por una mayoría sustancial de sus ciudadanos políticamente activos.

Al no existir, de hecho, una doctrina razonable apoyada por todos los ciudadanos, la concepción de la justicia de una sociedad bien ordenada debe limitarse al dominio de la política para poder lograr condiciones mínimas de estabilidad y pluralismo. De esa forma, los ciudadanos, aun asumiendo doctrinas opuestas, pueden alcanzar un consenso entrecruzado mediante el acuerdo político. La idea de Rawls apunta a mostrar por qué se justifica una concepción política de la justicia en una sociedad democrática. Es gracias a ella que las diferentes posiciones doctrinarias de carácter moral, religioso, político y filosófico pueden lograr converger en un consenso sobre la estructura básica de la sociedad, sin abjurar de sus propias posiciones. El dominio político se convierte en el espacio donde todas las perspectivas sociales confluyen sin necesidad de abandonar sus propias concepciones onmicomprehensivas, en un acercamiento más al comunitarismo.

En tal sentido, la concepción política de la justicia que garantiza este espacio, definiendo la naturaleza de la estructura básica de la sociedad, no puede por lo mismo ser totalizante y entrar en conflicto doctrinario con las otras concepciones, sino que debe garantizar, por su imparcialidad y transparencia, los procedimientos políticos que todas las doctrinas puedan apoyar y que asegure el pluralismo razonable de una sociedad democrática.

El fundamento de tal concepción reside en lo que Rawls denomina el constructivismo político, lo cual constituye una reformulación del planteamiento kantiano original y, a su vez, define el nuevo fundamento metodológico de su teoría.

[93] John Rawls, *Justicia como equidad*, 135-186.

La concepción constructivista viene determinada por el procedimiento de argumentación de los principios modelados por la posición original, en la cual los agentes racionales seleccionan los principios públicos de justicia. En ese sentido, el constructivismo político es una propuesta sobre la estructura y el contenido de una concepción donde los principios de justicia política son representados como el resultado de un proceso de construcción.

El constructivismo político se caracteriza, primero, porque los principios de justicia política son el resultado de un procedimiento de construcción (estructura), el cual se basa, segundo, en principios de razón práctica (producción de objetos) y no teórica (conocimiento de objetos) e incluye, tercero, una concepción compleja, tanto de persona como de sociedad, para dar forma al mismo procedimiento de construcción; y, por último, que especifica una concepción de razonabilidad que se aplica a los diferentes ámbitos sociales, a saber: principios, juicios, personas e instituciones.

Como concepción política de la justicia, el constructivismo no busca negar o afirmar el intuicionismo racional. Su planteamiento representa, sin embargo, un orden más apropiado para una sociedad democrática en búsqueda de un pluralismo razonable. La visión constructivista es adoptada para especificar los términos justos de la cooperación social dados por los principios de justicia concertados imparcialmente, en lo que constituye una respuesta más al comunitarismo, aunque en este caso sin ofrecer ninguna concesión.

El constructivismo político considera que un juicio es correcto si se atiene a un procedimiento razonable y racional de construcción, de acuerdo con la distinción entre estos dos aspectos establecida en la versión de 1980[94]. Pero el procedimiento de construcción no termina nunca: se mantiene indefinidamente a través del *reflective equilibrium* y supone, igualmente, una noción de autonomía doctrinal en cuanto presenta los valores políticos como concebidos y ordenados sin estar sometidos a requerimientos morales externos.

En esta versión, Rawls delimita fronteras con la visión de la moral kantiana, con la que siempre se había emparentado, en otro de los giros sustanciales de su teoría. Sin dejar de reclamarse kantiano, en cuanto mantiene en esencia varios elementos de Kant sobre la autonomía moral, precisa por primera vez las diferencias que separan a ambas concepciones, de nuevo conciliando con el comunitarismo. En primer lugar, el constructivismo kantiano es una doctrina moral omnicomprehensiva en la cual el ideal de autonomía tiene un rol regulador para todas las instancias de la vida. Ello es incompatible con la concepción de *justice as fairness* que, al perseguir un consenso entrecruzado, no busca una base moral sino una pública de legitimación.

[94] John Rawls, *Justicia como equidad*, 135-154.

En segundo lugar, el constructivismo kantiano representa una forma de autonomía constitutiva que considera los valores como producto de la actividad de la razón humana, mientras que el constructivismo político rechaza este idealismo trascendental, pues los principios de la razón práctica no pueden constituir un orden previo de valores, sino que son fruto exclusivo del procedimiento de construcción. Tercero, las concepciones de persona y de sociedad para Kant se fundamentan en el idealismo trascendental. Por el contrario, la concepción política de la justicia es un instrumento de construcción y organización de ideas políticas, no metafísicas, como las del trascendentalismo kantiano. Cuarto, el constructivismo kantiano apunta a una defensa de la fe racional en el conocimiento de la naturaleza y la libertad, mientras que el constructivismo político busca revelar la base política de justificación de la justicia sobre el *factum* de un pluralismo razonable.

Por lo tanto, el alcance del constructivismo político es limitado al dominio político y no es propuesto como parámetro de valores morales. Si los principios son imparcialmente construidos, entonces, son razonables para una democracia constitucional. El constructivismo no niega la posibilidad de construcción de otros valores pero se limita a los políticos, propios de una democracia constitucional, en un punto en el cual no se transa con el comunitarismo.

En un consenso entrecruzado razonable cada uno encuentra la concepción política aceptable, aunque su propio criterio deba ser corregido. Sin negar otros valores, que el constructivismo político no controvierte, para una concepción política razonable e instrumental solo se necesita una concertación pública de los principios. Una vez aceptado el hecho de un pluralismo razonable como condición permanente de una cultura pública bajo instituciones libres, la idea de lo razonable es preferible a la de la verdad moral.

Rawls se orienta, con esta posición, a un tipo de constructivismo alternativo al kantiano, que se adapta mejor a la concepción política de la justicia cuya naturaleza procedimental rechaza visiones onmicomprehensivas de carácter moral, político o filosófico. El constructivismo kantiano constituye una concepción filosófica onmicomprehensiva con la cual no puede identificarse ni comprometerse la noción política de la justicia, pues ello imposibilitaría el logro de su objetivo fundamental: que la sociedad compuesta por múltiples concepciones razonables alcance un consenso entrecruzado que permita la estabilidad del sistema democrático.

Overlapping consensus

En la versión de 1993, Rawls introduce la idea del consenso entrecruzado que constituye el constructo principal de su interpretación del liberalismo político[95].

[95] John Rawls, *Justicia como equidad*, 133-172.

El consenso entrecruzado viene a ser la concreción política del constructivismo planteado anteriormente y constituye el instrumento procedimental sustantivo de convivencia política democrática, que solo a través de él puede ser garantizado. Este sería el instrumento político de consensualización con las doctrinas omnicomprehensivas comunitaristas.

El liberalismo político, cuyo impulso y predominio reside en la profundidad y nitidez del procedimiento político de argumentación e interrelaciones ciudadanas, supone la existencia en el seno de la sociedad de varias doctrinas omnicomprehensivas razonables, cada una caracterizada por tener una concepción sobre el bien, que debe ser compatible con la racionalidad plena de los seres humanos, y el pluralismo, que debe caracterizar a los regímenes constitucionales.

El ejercicio del poder político es plenamente apropiado solo cuando es ejercido en consonancia con una constitución endosada razonablemente por los ciudadanos, en lo cual reside el principio de legitimidad de ese poder político. En tal sentido, solo una concepción política de justicia puede servir de base a la razón pública, puesto que en ella los principios y valores políticos constitucionales deben ser lo suficientemente amplios como para integrar y superar los valores que entran en conflicto, sin que las cuestiones de justicia deban solucionarse solo con valores políticos.

Pero, ¿cómo pueden pesar más los valores de un subdominio político que otros en conflicto con estos? Una parte de la respuesta afirma que los macro-valores gobiernan el marco de la vida social y especifican los términos fundamentales de cooperación social y política tal como se plantean en los principios de justicia de *justice as fairness*, como son, por ejemplo, la libertad política y civil equitativa, la justa igualdad de oportunidades, la reciprocidad económica, las bases sociales de mutuo respeto entre los ciudadanos y los mecanismos de la razón pública.

La idea básica del liberalismo político es lograr un consenso entrecruzado de doctrinas omnicomprehensivas razonables cuyo marco es definido por la concepción política de la justicia. Este consenso entrecruzado garantiza la estabilidad de la sociedad democrática gracias a que las perspectivas que lo conforman no se aíslan por ganar o perder el poder político. Tampoco se trata de un consenso coyuntural sobre autoridades, principios o legislaciones, ni un acuerdo de intereses particulares. De igual forma, es diferente de un *modus vivendi*, aunque lo suponga. Quienes lo respaldan, lo sostienen desde sus propias perspectivas que en él tienen cabida, sin necesidad de abdicar de estas.

Es importante mencionar que la concepción política que rige la estructura básica de una sociedad no requiere ser omnicomprehensiva, ya que su estabilidad no depende de una visión sistemáticamente unificada sino de una necesariamente pluralista. Al adoptar este marco de deliberación, los juicios confluyen

lo suficiente para que la cooperación política, sobre las bases del mutuo respeto, se mantenga. Esta concepción de política constituirá el marco de deliberación y reflexión que permita la búsqueda de acuerdos políticos, entre los diferentes sectores de la sociedad, sobre asuntos de justicia y aspectos constitucionales, básicos de toda sociedad. Es así que la noción de justicia más razonable para los regímenes democráticos es políticamente el liberal. Cuando el consenso entrecruzado mantiene y alienta esta concepción, ella no es vista como incompatible con valores básicos, sociales o individuales, ya que las virtudes de cooperación política que hacen posible un régimen constitucional son y deben ser macro-virtudes de tal extensión.

De esta manera, dado el hecho de un pluralismo razonable, que el trabajo de reconciliación de la razón pública hace posible, pueden concluirse dos cosas: primero, que el consenso entrecruzado identifica el rol fundamental de los valores políticos al expresar los términos de la justa cooperación social, concibiendo a los ciudadanos como personas morales, libres e iguales; y, segundo, que ello posibilita la convergencia y concordancia entre unos valores políticos y otros vistos como razonables en un mismo consenso entrecruzado.

El consenso debe cumplir un determinado proceso procedimental. Un primer paso lo constituye la etapa constitucional, que permitirá acceder posteriormente al consenso entrecruzado. Esta etapa satisface los principios liberales de justicia política, que, como tales, se aceptan sin incluir ni suponer ideas fundamentales sobre la sociedad y la persona. Define, en últimas, los procedimientos políticos de un sistema constitucional democrático y su objetivo principal es moderar el conflicto político.

El consenso constructivista debe perseguir tres requerimientos para lograr uno estable: primero, fijar el contenido de ciertos derechos y libertades políticas básicas, asignándoles una especial prioridad; segundo, definir la relación con la forma institucional de razón pública cuya aplicación compromete los principios liberales de justicia; y, tercero, alentar la virtud cooperativa de la vida política, estimulando con ello la razonabilidad y el sentido de justicia, el espíritu de compromiso y el respeto a los procedimientos pluralistas.

La segunda etapa de este constructivismo consensual es la del consenso entrecruzado propiamente dicho, que se logra una vez concretado el constitucional. La profundidad de este dependerá, sostiene Rawls, de que sus principios estén fundados en una concepción política de la justicia tal como es descrita en *Justicia como equidad*. Las fuerzas que presionan porque el consenso constitucional devenga entrecruzado son los grupos que acuden al foro público de la discusión política, convocando a los grupos rivales a presentar sus perspectivas, de por sí argumentadas. Esto hace necesario romper su estrecho círculo y desarrollar su concepción política como justificación pública de sus posturas. Al hacer ello, de-

ben formular concepciones políticas de la justicia, lo cual permite la generalización de la discusión y la difusión de los supuestos básicos de sus propuestas.

En cuanto a la amplitud del consenso entrecruzado, esta trasciende los principios políticos que instituyen, exclusivamente, los procedimientos democráticos, para incluir otros que cubran la estructura básica como un todo. Empero, el procedimiento meramente constitucional y político del consenso puede ser muy estrecho: se requiere una legislación que garantice libertades de conciencia y pensamiento, y no solo políticas. La legislación debe entonces garantizar un mínimo de bienes, entrenamiento y educación sin los cuales los individuos no pueden tomar parte de la sociedad como ciudadanos y, por tanto, los grupos políticos deben plantear propuestas que cubran la estructura básica y expliquen su punto de vista en una forma consistente y coherente ante toda la sociedad. Con ello el liberalismo político de Rawls se revela, definitivamente, como el soporte de una democracia consensual justificada en sus procedimientos y contenidos mínimos, sin imponer una visión omnicomprehensiva sustancial sobre los principios políticos que deben regir la sociedad.

Razón pública y filosofía política

Idea de razón pública

La concepción rawlsiana del liberalismo político se cierra en la noción de razón pública que complementa las dos anteriores[96], e introduce la figura del equilibrio reflexivo, pero en una proyección socio-institucional equivalente a aquella. Rawls recuerda que la prioridad de lo justo sobre lo bueno, de la justicia sobre la eficacia, será esencial para el liberalismo político. En *TJ* esta prioridad significa que los principios de justicia imponen límites a los modelos de vida permisibles, y los planes de vida ciudadanos que los transgredan no serán legítimos o moralmente defendibles. La concepción política limita las nociones de bien no en términos omnicomprehensivos, para la vida de los ciudadanos, sino en lo que se refiere a las instituciones sociales que determinan la estructura básica de la sociedad.

Este objetivo social del consenso no debe confundirse con la neutralidad procedimental que la concepción política de la justicia contempla y que garantiza la imparcialidad procesal frente a factores tangenciales e influencias indebidas. Ello se expresa en la definición de valores políticos de justicia social, tolerancia y civilidad diferentes de virtudes morales o filosóficas, que un régimen democrático debe fortalecer para garantizar una estructura justa de cooperación social. La sociedad política posee, además, una idea civil del bien que realizan los ciudada-

[96] John Rawls, *Justicia como equidad*, 212-254.

nos en cuanto personas y en cuanto cuerpo corporativo, lo que mantendrá un régimen constitucional justo y conducirá en el marco de este los asuntos privados. De esta manera, los ciudadanos compartirán un fin común, el cual es sustentar instituciones justas para todos, que les deben proporcionar un bien específico como individuos.

Por su parte, el consenso entrecruzado permite a los ciudadanos tener diferentes fines en común, entre ellos el de concebir una justicia política mutua. Si una concepción política de la justicia es mutuamente reconocida como razonable y racional, los ciudadanos que defienden doctrinas razonables, en el marco de un consenso entrecruzado, confirman con ello que sus instituciones libres permiten suficiente espacio para vivir con dignidad y ser, al mismo tiempo, leales a ellas.

Esto conlleva aparejada una idea de la razón pública como garantía política del constructivismo político. La sociedad política tiene una forma de formular sus planes a través de la razón como poder intelectual y moral. Esta última es característica de los pueblos democráticos, en cuanto razón de los ciudadanos como personas libres e iguales, y comporta tres sentidos específicos: la razón pública ciudadana, las cuestiones de justicia básica y la naturaleza y contenidos de la justicia pública.

Al no ser una razón abstracta sino fáctica y concreta, la razón pública posee foros determinados donde se expresa y manifiesta. En una sociedad democrática esta razón pública es la de los ciudadanos como cuerpo colectivo, quienes ejercen un poder político y coercitivo al promulgar leyes y enmendar la constitución. El alcance de la razón pública no cobija toda la política sino lo esencial de la constitución y la justicia básica de sus estructuras. Asimismo, no se aplicará a las deliberaciones personales sobre cuestiones políticas o a las reflexiones gremiales sobre la sociedad. El ideal de la razón pública gobierna el discurso público sobre estas cuestiones, además de las consideraciones ciudadanas sobre estas.

La razón pública no es circunscrita a los foros legislativos, ya que es asumida por la ciudadanía como criterio de legitimación. El ciudadano afirma el ideal de razón pública, como resultado de sus propias doctrinas razonables. El contenido de esta es, pues, el de la concepción política de la justicia, como se expresa en *TJ*, en cuanto especifica derechos, libertades y oportunidades, asignándoles una prioridad lexicográfica y garantizándoles las medidas necesarias para cumplirlas.

Tal concepción política significa que esta se aplica a la estructura básica, es independiente de todo tipo de doctrinas omnicomprehensivas y es elaborada en términos de ideas políticas fundamentales. Esta concepción política incluye guías que especifican criterios para el tipo de información y discusiones relevantes sobre las cuestiones políticas, susceptibles de ser asumidas por los ciudadanos en cuanto personas morales, libres e iguales.

Como tal, la concepción política de la justicia comporta dos partes: en pri-

mer lugar, valores de justicia política (principios de la justicia), en términos de igualdad política, libertad civil, equidad de oportunidades, bienes primarios, etc.; y valores de razón pública, como guías y criterios para decidir si los principios están siendo bien aplicados. La legitimidad dependerá de que la estructura básica y las políticas públicas sean justificadas —y congruentes— en estos términos. De cualquier manera, el punto central del ideal de razón pública es que la ciudadanía conduzca sus discusiones fundamentales en el marco de los principios de justicia, y que cada ciudadano pueda ser capaz de explicar, desde allí, por qué otros ciudadanos podrían razonablemente apoyar sus propuestas.

La expresión de esta razón pública en los regímenes democráticos es la corte suprema de justicia o los tribunales constitucionales, porque será en estos recintos donde se defiendan los esenciales constitucionales: primero, los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y los procesos políticos; y, segundo, los derechos básicos iguales y las libertades ciudadanas que deben ser respetados por la mayoría en cualquier circunstancia, como son: el voto, la participación política, las libertades de conciencia, pensamiento y asociación y el derecho a la protección de la ley.

Toda democracia constitucional es dualista: distingue el poder constituyente del ordinario y la ley suprema de la ordinaria, sin establecer una supremacía parlamentaria sobre ambas. El rol de la corte suprema es proteger la ley suprema a través del control que ejerce la razón pública, evitando que aquella sea perforada por la legislación ordinaria, así sea expresión de una mayoría legislativa. Pero no por ello puede considerársela antimayoritaria, puesto que sus decisiones son razonablemente congruentes con la constitución y sus mandatos.

El papel de la Corte Suprema no es solamente defensivo sino que hace parte del rasgo de publicidad que debe connotar la razón pública y, por tanto, de la implicación educativa y pedagógica que conlleva, lo que la somete al escrutinio público y garantiza su relación estructural con la ciudadanía. La Corte Suprema confiere, con ello, vitalidad y respetabilidad a la razón pública, a través de la autoridad de sus sentencias. Las enmiendas a la constitución constituyen ajustes de los esenciales constitucionales a las nuevas circunstancias y la razón pública debe conciliar la ruptura histórica de la enmienda con la fidelidad a la promesa original. Sus límites, por supuesto, están dados por el rechazo a todo tipo de consideraciones doctrinarias omnicomprehensivas en sus deliberaciones.

Con esto concluye Rawls su planteamiento que, al final, se complementa con la versión, casi idéntica a la original, sobre las libertades ciudadanas[97]. Si bien en muchos puntos se trasluce su intención de conciliar con el comunitarismo en las críticas correctamente enfocadas, Rawls no cae en la politización de la vida

[97] John Rawls, *Sobre las libertades* (Barcelona: Paidós, 1990).

civil que el planteamiento comunitarista connota en la aplicación radical de sus proyecciones[98]. Pero tampoco se conforma con el procedimentalismo liberal. Los principios de justicia se constituyen en instrumentos de concertación y convivencia política y, como macrovalores de la vida ciudadana, determinan la posibilidad de que las diferentes cosmologías accedan a consensos entrecruzados sustanciales sobre el manejo de su sociedad.

La razón pública revisitada

Quizás el último texto que escribe Rawls, ya que el siguiente es más bien una edición que prepara uno de sus asistentes, Erin Kelly, y que logra revisar solo parcialmente, es el de la razón pública revisitada[99]. Esta reelaboración de "la idea de razón pública" de *LP* adquiere en momentos un tinte marcadamente hegeliano que recuerda el talante de la *Filosofía del derecho* de Hegel, en especial cuando Rawls explora dimensiones tan puntuales de la vida cotidiana como las de la religión y la familia en su propósito de exponer las raíces más profundas de la razón pública.

Rawls comienza explicitando la estructura de la razón pública desde cinco aspectos: las cuestiones políticas fundamentales; los funcionarios y candidatos públicos que la personifican; las concepciones políticas razonables que la componen; la aplicación de estas a la promulgación de las leyes; y el control ciudadano que se ejerce sobre ellas. Todo lo cual se articula con el foro político público que, a su vez, se puede dividir en tres partes: las decisiones judiciales, el discurso de los funcionarios públicos y el de los candidatos a cargos públicos.

En este libro Rawls distingue el foro público de la cultura de base de la sociedad civil en cuanto la primera no se aplica a la segunda y más bien establece su origen en una concepción de ciudadanía democrática de una democracia constitucional. Además, califica a esta última como una democracia deliberativa que cumple a su vez tres condiciones: primero, posee una idea de razón pública; segundo, se enmarca en instituciones democráticas constitucionales; y tercero, es el apoyo que esto tiene entre los ciudadanos[100].

Rawls precisa inmediatamente el contenido de la razón pública especificando que este viene dado por una "familia de concepciones políticas de justicia", nunca por una sola, que necesariamente incluyen como características comunes un listado de derechos, libertades y oportunidades, la prioridad política de estos y, finalmente, medios que garanticen la realización efectiva de aquellos entre todos los ciudadanos. La razón pública no puede fijarse *ad eternum*: reconoce otras

[98] Al respecto véase: Adela Cortina, *Ética aplicada y democracia radical* (Madrid: Tecnos, 1993).

[99] John Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", en *El derecho de gentes* (Barcelona: Paidós, 2001), 157-206.

[100] John Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", 160-164.

concepciones, incluso "más radicalmente democráticas que la liberal"[101] y puede contener nociones tradicionales de bien común y solidaridad, si bien aclarando que la razón pública se distingue igualmente de la secular y de sus valores.

En el cuadro de una concepción política de justicia así definida discurre pues la argumentación pública. Rawls posteriormente precisa las relaciones entre religión y razón pública, estipulando que, en todo caso, la base la proporciona la constitución política como el contrato básico para mantener la paz civil y nunca puede revertirse esa relación a favor de presupuestos religiosos de ninguna índole. La tolerancia y la libertad de conciencia son centrales e irrenunciables en una democracia constitucional[102].

Rawls analiza enseguida la cultura política pública, particularmente en lo que se refiere al debate público que gira en torno a doctrinas generales razonables, es decir, que planteen "razones políticas apropiadas" públicamente y no solo a sus doctrinas comprehensivas. Para precisar esto, Rawls distingue entre cultura política pública y cultura de base, como ya lo había planteado en *LP*[103]. Los razonamientos y las justificaciones públicas definen la cultura política pública frente a la cultura política de base que se antoja particular y específica frente a la primera.

Tal parece ser el sentido de la estipulación, en cuanto una argumentación, pese a pertenecer a una cultura política de base, solo es pública cuando efectivamente acepta manifestarse sobre concepciones de proyección y alcance público, no privado, de justicia, verificable en hechos sujetos al escrutinio y el examen públicos, con lo cual cumple unos mínimos de civilidad presupuestos en la estipulación misma. De ahí la diferencia con otras dos formas de expresiones no públicas: la declaración que no aspira a ser compartida conjuntamente y la conjetura sobre lo que creemos que son las otras doctrinas básicas[104].

Rawls aborda finalmente el tema de la familia como parte de la estructura básica de la sociedad, sin duda un tema polémico desde la perspectiva del liberalismo convencional pero que ya desde *TJ* estaba claro, en cuanto la pretensión de regulación de los principios de justicia abarca ámbitos privados como la familia monogámica. Aquí el argumento es simple y directo: "La familia forma parte de la estructura básica de la sociedad porque una de sus principales funciones es servir de base de la ordenada producción y reproducción de la sociedad y de su cultura de una generación a otra" [105].

---

[101] John Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", 166.

[102] John Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", 175.

[103] John Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", 176 y ss.

[104] John Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", 180.

[105] John Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", 181.

Además, la justicia política de una sociedad tiene que aplicarse a la familia pues de otra manera no se garantiza que la condición de mujeres e hijos esté adecuadamente regulada por principios democráticos concertados, lo cual es común a toda asociación (universidades, gremios, sociedades científicas, etc.), inclusive a las iglesias, en cuanto aquella les impone "restricciones esenciales" que no pueden ignorar, sin vulnerar por supuesto sus respectivas jurisdicciones particulares de autonomía[106]. Las mismas desigualdades de género solo pueden regularse si se concibe a la familia como parte de la estructura básica.

El papel de la filosofía política

El libro *Justicia como equidad: una reformulación* (*Justice as Fairness. A Restatement*, 2001) constituye la fase final de la revisión que Rawls hace a su obra en general. En esta se destaca, particularmente, el papel que le endosa a la filosofía política, donde los ecos de la influencia tanto de Hegel como de Marx no se pueden ocultar. Los conceptos-guía de conflicto y reconciliación, los cuales suponen los de alienación y emancipación, son ecos indudables de ese ascendiente.

En primer lugar, en el marco siempre de una cultura política pública, la filosofía política tiene un papel práctico, en la perspectiva de definir los términos del conflicto político y presentar alternativas de solución. Este se impone por la presencia latente del conflicto en las actuales sociedades y la necesidad de lograr alternativas plausibles que garanticen el requerimiento social por la estabilidad:

> una de las tareas de la filosofía política —su papel práctico, por así decir— es fijar la atención en las cuestiones profundamente disputadas y ver si, pese a las apariencias, puede descubrirse alguna base subyacente de acuerdo filosófico y moral.[107]

La filosofía política tiene que orientarse a detectar y precisar, al interior de la sociedad, tales conflictos que generalmente subyacen a los acuerdos de mayorías y que mantienen tensiones con las minorías desfavorecidas.

Una vez han sido detectados, la filosofía política debe entrar a analizar su origen y encontrar una base que permita concretar las condiciones de posibilidad de un acuerdo político que garantice la cooperación y el respeto mutuo al interior del entramado social. Rawls reconoce que definir este suelo común no resulta una tarea fácil por lo que la filosofía política debe, en la mayoría de los casos, contentarse con la tarea más modesta de buscar delimitar el campo de divergencia y

[106] John Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", 183.

[107] John Rawls, *Justicia como equidad: una* reformulación, 23.

plantear los horizontes de un mínimo posible para generar un consenso político que esté en condiciones de garantizar la estabilidad social.

De ahí que, en segundo lugar, la filosofía política tenga un papel de orientación frente al conflicto político, lo que implica la evaluación pública de las condiciones objetivas y subjetivas del conflicto[108]. Esto supone evaluar, no solo a los actores (que es lo que por lo general se hace) sino también el papel que han jugado las instituciones en la dinámica de este, dado que el conflicto no se propicia solo por los actores en disputa sino por el rol regulador que las instituciones han o no han jugado en él.

En esta etapa el desarrollo de la filosofía política, como un ejercicio de la razón, debe cumplir con la tarea de determinar "los principios que sirven para identificar esas diversas clases de fines razonables y racionales, y mostrando de qué modo son congruentes esos fines con una concepción bien articulada de sociedad justa y razonable"[109]. Ello como intermediación necesaria para lograr, como meta primordial, "contribuir al modo en que un pueblo considera globalmente sus instituciones políticas y sociales, y sus objetivos y propósitos básicos como sociedad con historia —como nación— […]"[110].

En tercer lugar, el papel de reconciliación que Rawls reconoce directamente inferido de la *Filosofía del derecho* de Hegel (1821). Reconciliación del conflicto, no solo de los actores entre sí, sino también de estos con las instituciones, en la medida en que la filosofía política nos revela el papel histórico y social que ellas han jugado y de qué manera subyace a estas una racionalidad que puede ser reencausada en favor de todas las formas de vida que la componen.

Las sociedades contemporáneas, en cuanto complejas, no están constituidas por una comunidad homogénea. Se caracterizan por un "pluralismo razonable", es decir, una pluralidad de visiones omnicomprehensivas enraizadas en "el hecho de las diferencias profundas e irreconciliables en las concepciones del mundo de los ciudadanos, en esas razonables concepciones religiosas y filosóficas comprehensivas, y en sus visiones de los valores morales y estéticos que deben primar en la vida humana" [111].

Y, finalmente, retomando la tradición crítica, la filosofía política tiene el papel de una utopía realista, la necesidad de proyectar una utopía posible, es decir, un modelo de sociedad concertado por las diferentes perspectivas políticas actuantes en ella, de tal suerte de no quedar anclado a la agenda política del día a día, a los imperativos del sistema y a la funcionalidad. Más allá del viejo Hegel, Rawls reclama la necesidad de no dejar de soñar, de imaginar un mundo mejor

[108] John Rawls, *Justicia como equidad: una* reformulación, 24.

[109] John Rawls, *Justicia como equidad: una* reformulación, 25.

[110] John Rawls, *Justicia como equidad: una* reformulación, 24.

[111] John Rawls, *Justicia como equidad: una* reformulación, 26.

que nos guíe en la construcción de una sociedad plena y justa porque, precisamente, "los límites de lo posible no vienen dados por lo real" [112], en una pretensión que evoca la superación de la enajenación en el joven Marx.

Planteadas estas tareas de la filosofía política, Rawls propone, por último, como dominio de la filosofía política la cuestión de la estabilidad[113]. Rompiendo con las problemáticas tradicionalmente abordadas por la disciplina (la política buena, la obediencia al ordenamiento, la legitimidad y el poder) y, en parte, anticipando lo que será la discusión que abordaremos enseguida, Rawls propone ahora la estabilidad como "el dominio de lo político" [114] y que concierne a la estabilidad de los principios de justicia consensuados para regular la sociedad en su conjunto, con lo cual se logra que la sociedad sea efectivamente aceptada por todos como un sistema de cooperación mutuo.

Para Rawls, el problema de la estabilidad de una sociedad —liberal o no— constituye el problema sustancial que debe enfrentar hoy en día la filosofía política. La estabilidad determina el objetivo primordial del consenso político sobre el que debe basarse el manejo de la sociedad y el sentido último del pluralismo razonable que busca consolidarse en una democracia de carácter consensual. Como es evidente, la óptica de la filosofía política se desplaza de un papel normativo a uno eminentemente práctico[115].

Rawls considera que la estabilidad tiene que cumplir con dos características: en primer lugar, tiene que ser realizable y, segundo, tiene que ser capaz de dar razones para mostrar por qué es práctica. El logro de la estabilidad en la sociedad depende directamente del consenso entrecruzado, es decir, del más amplio consenso político de visiones omnicomprehensivas que existen en su seno, puesto que con ello se concreta la maduración del pacto inicial, y se logra no solo la inclusión sino el compromiso de todas las visiones morales, sociales y políticas que deliberativamente desean participar en el manejo de la sociedad, al amparo de un esquema incluyente consensual institucional que lo regule[116].

"The Law of People" (1993) y los Derechos Humanos

El artículo "The Law of People"[117] constituye un importante hito en el desarrollo teorético rawlsiano en la medida en que en él se produce por primera vez el re-

[112] John Rawls, *Justicia como equidad: una* reformulación, 27.

[113] John Rawls, "La cuestión de la estabilidad", en *Justicia como equidad: una* reformulación, 241-268.

[114] John Rawls, "La cuestión de la estabilidad", 241.

[115] John Rawls, "La idea de un consenso entrecruzado", en *Liberalismo político*, 165-205.

[116] John Rawls, "La idea de un consenso entrecruzado", 248.

[117] John Rawls, "The Law of Peoples", en *On Human Rights*, ed. por Stephen Shute y Susan Hurley (New York: Basic Books, 1993), 41-82.

conocimiento de que la concepción de la justicia como equidad no tendría que limitarse solo a las sociedades democráticas occidentales sino que, incluso, puede ser considerada un principio de orden para el sistema internacional, en general.

En efecto, tanto en *TJ* como en *LP*, Rawls siempre había sostenido que, en sus consideraciones, partiría de la idea de que su concepción de justicia se aplicaría, primero a sociedades cerradas, sin tener en cuenta sus relaciones internacionales y, segundo, a democracias de tipo constitucional como las conocidas en el hemisferio occidental.

En el escrito en mención, la universidad de la aplicación de la figura contractualista de la posición original es explícita y ella se constituye en un mecanismo idóneo para una adecuada organización de las relaciones internacionales entre los diferentes pueblos y sociedades[118]:

> en ambos casos usamos la misma idea fundamental de un procedimiento razonable de construcción en el cual agentes racionales situados simétricamente […] seleccionan principios de justicia para su objeto de relevancia, tanto por separado para sus instituciones domésticas como para un derecho de pueblos compartido […], guiados por las razones adecuadas tal como pueden especificarse tras un velo de ignorancia. Así, obligaciones y deberes no son impuestos por una sociedad sobre otra sino que, en su lugar, las sociedades razonables acuerdan el contenido de lo que habrán de ser sus relaciones. Una vez confirmamos que una sociedad doméstica o una sociedad de naciones, cuando son reguladas por los correspondientes principios de justicia, es estable con respeto a la justicia […] entonces en ambos dominios los ideales, leyes y principios de justicia están justificados de la misma manera.[119]

Obviamente en ese punto la pregunta es ¿hasta dónde las "sociedades jerárquicas" pueden convivir y coexistir, al interior de la posición original, con las "sociedades liberales"? Aquí se produce un particular giro en la posición rawlsiana, no entendido por muchos de sus comentaristas, los cuales han asimilado su explicación a una eventual exclusión de las sociedades jerárquicas o tradicionales de un esquema de consensualización internacional. Aunque la verdad es que esta supuesta "exclusión" no es de las sociedades liberales en relación con las jerárquicas sino, por el contrario y en caso dado, solo podría serlo de las jerárquicas hacia las liberales, por considerarse aquellas incompatibles con estas y con procedimientos simétricos de decisión dialógica y consensualización.

En otras palabras, dado un instrumento como la posición original, donde

[118] John Rawls, "How a Social Contract Doctrine is Universal in its Reach", en *On Human Rights*, 43-47.

[119] John Rawls, "How a Social Contract Doctrine is Universal in its Reach", 67-68.

los actores son considerados libres e iguales, en condiciones equitativas de argumentación, solo sociedades que compartieran mínimamente tales presupuestos de reconocimiento mutuo, sin ser necesariamente liberales, podrían percibir tal espacio como congruente con su propia idiosincrasia y cultura política.

La posición original no excluye, pues, a nadie: de ella se excluyen por su propia cuenta las sociedades cuya concepción pública de justicia, determinada por su cultura política y tradiciones culturales, las hacen incompatibles con este tipo de espacios de consensualización dialógica, interna y externa, como eventualmente podrían serlo determinados regímenes absolutistas y dictatoriales. Es importante observar que la característica de la sociedad bien ordenada, uno de los principales argumentos de los detractores criollos contra la aplicación del esquema rawlsiano en contextos como el latinoamericano, no es exclusiva de las sociedades liberales.

Rawls reconoce que las sociedades jerárquicas también pueden connotar esquemas propios de buen ordenamiento y su potencial "elegibilidad", en el marco del espacio contractual internacional, viene determinado por otros elementos:

> Aquí entiendo por sociedad bien ordenada una que sería pacífica y no expansionista; con un sistema legal que satisface ciertos requisitos condicionales de legitimidad ante los ojos de su propio pueblo y que, como consecuencia de ello, defiende los derechos humanos básicos.[120]

Estas condiciones no son solamente exigibles a las sociedades jerárquicas sino también a las liberales, las cuales, supuestamente, cumplen este tipo de características en cuanto en ellas operarían los rasgos estructurales de la concepción política de la justicia considerados más arriba, lo cual, sin embargo, no es consustancial a su naturaleza.

En efecto, una sociedad liberal debe, en principio, cumplir tres rasgos estructurales desde la perspectiva rawlsiana: la posición original debe representar a los ciudadanos de manera simétrica, en cuanto seres racionales y capaces de elección de principios razonables. Dado esto, seguramente elegirán principios como los seleccionados por la concepción de la justicia como equidad, los cuales fácilmente se harían extensivos a todo tipo de organizaciones internacionales, como la ONU por ejemplo[121].

Pero ese no es el problema. Se trata es de saber cómo tal sistema de cooperación internacional, con una estructura dialógica y consensual de organización, podría ser compatible con sociedades jerárquicas o tradicionales y qué condiciones internas tendrían que cumplir estas para "sentirse a gusto" en el marco de un esquema de tales características.

---

[120] John Rawls, "How a Social Contract Doctrine is Universal in its Reach", 43.

[121] John Rawls, "How a Social Contract Doctrine is Universal in its Reach", 53 y ss.

Tres requerimientos específicos deben cumplir las sociedades tradicionales para ser bien ordenadas: primero, ser pacíficas y lograr sus objetivos a través de mecanismos diplomáticos y de intercambio; segundo, poseer un sistema legal, que imponga deberes y obligaciones a sus nacionales, basado en una concepción de justicia pública (los caníbales no entrarían, por ejemplo) y parámetros mínimos de equidad entre sus miembros que lo hagan legítimo a los ojos de su propio pueblo; y, por último, respetar un catálogo básico de derechos humanos[122].

Lo interesante de este planteamiento[123] es que Rawls condiciona, de igual manera, tanto a las sociedades liberales como a las jerárquicas o tradicionales, no solo al cumplimiento de los parámetros de la justicia como equidad, en el primer caso, o al de los requerimientos anteriormente mencionados, en el segundo, sino que, en últimas, ambos tipos de sociedades tienen por encima de esto una condición superior común, más allá de sus eventuales diferencias y exigencias de legitimidad distintas: el respeto a un catálogo universal de derechos humanos:

> Nosotros, por lo tanto, asumimos una perspectiva diferente y afirmamos que los derechos humanos básicos expresan el mínimo estándar de unas instituciones políticas bien ordenadas para todos los pueblos a los que pertenezcan, como miembros bien establecidos de una justa sociedad política de naciones. Cualquier violación sistemática de estos derechos es un asunto serio y perturbador de la sociedad de naciones como un todo, ya sean estas liberales o jerárquicas.[124]

Los derechos humanos —y de allí que este escrito haya querido colocarlos en el marco y como condición última del paradigma consensual del derecho de la teoría rawlsiana— constituyen un condicionante extrajurídico y supranacional de cualquier sociedad que se reclame como bien ordenada —liberal o tradicional— y que pretenda un lugar en el concierto de naciones de un eventual contrato social universal.

En ese contexto, la función de los derechos humanos internamente es, afirma Rawls, primero, ser expresión de decencia de un orden legal y condición de legitimidad de un régimen cualquiera; segundo, dada su existencia en un país,

---

[122] Véase, de nuevo, la similitud entre el catálogo básico de derechos humanos en "Rawls y los derechos fundamentales y extrajurídicos en Habermas", expuestos por Guillermo Hoyos, en *Derechos Humanos, ética y moral* (Bogotá: Viva la Ciudadanía, 1994), 69-81. De acuerdo con el artículo, tales derechos son aquellos que garantizan iguales libertades subjetivas de acción, la libertad de asociación, los derechos de defensa y control, los derechos a participar y el acceso a condiciones dignas de vida.

[123] Como quedará claro de la lectura de los apartados III y IV de John Rawls, *Teoría de la justicia*, 51-68.

[124] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 68.

excluir cualquier intento —incluso pretendidamente justificado— de intervención económica o militar de otras naciones; y, tercero, plantear un límite al mismo pluralismo y mutua tolerancia entre los pueblos[125].

Los derechos humanos son, entonces, las condiciones últimas de un sistema legal, cualquiera que sea, llámese liberal, jerárquico o asociacionista. En últimas, Rawls considera que los dos tipos de sociedades —cumpliendo, ambas, un mínimo de requisitos— pueden identificarse como sociedades bien ordenadas, pese a sus diferencias estructurales, pero que las dos, obligatoriamente, deben contar con un sistema legal que garantice y respete los derechos humanos como condición definitiva de su pertenencia a una misma organización universal de naciones.

En ese marco, teniendo, por un lado, una sociedad bien ordenada, de carácter liberal o tradicional, y, por el otro, respetando y garantizando los derechos humanos de sus nacionales y ciudadanos, ambos tipos de sociedades se identificarían en un derecho de pueblos[126] cuyos principios, en esencia, serían los mismos que distinguirían a las sociedades liberales, exclusivamente, orientadas por parámetros de justicia inspirados por concepciones similares a la de la justicia como equidad rawlsiana.

Tal posible catálogo de un derecho de pueblos universal, es decir, razonable, al que pudieran adherir las sociedades liberales y tradicionales bien ordenadas, simultáneamente, derivado de una posición original aplicada al contexto intencional, sería el siguiente:

1. Los pueblos, organizados por sus propios gobiernos, son libres e independientes y su libertad e independencia están para ser respetados por otros pueblos.

2. Los pueblos son iguales y hacen parte de sus propios compromisos.

3. Los pueblos tienen el derecho de autodefensa pero no el derecho de hacer guerra.

4. Los pueblos deben observar el deber de no intervención.

5. Los pueblos deben observar tratados y acuerdos.

---

[125] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 71.

[126] En este texto asumo la traducción literal del término "law of peoples" como "derecho de los pueblos" y no "derecho de gentes" que fue el término que se generalizó en castellano, por considerar que el sentido que Rawls quiso darle trasciende, explícita y voluntariamente, el de nación y el de Estado-nación para resaltar, precisamente, una unidad más primitiva y original a las anteriores como podría ser la de "pueblos".

6. Los pueblos deben observar ciertas restricciones específicas en su conducta de guerra (asumiendo que sea defensa propia).

7. Los pueblos deben observar los derechos humanos.[127]

El planteamiento rawlsiano tiene, como estrella polar, el respeto irrestricto a los derechos humanos. De allí su bosquejo integral de estos, donde se resumen sus diferentes "generaciones":

> […] la ley debe, por lo menos, apoyar tales derechos básicos como el derecho a la vida y la seguridad, a la propiedad personal, y los elementos del debido proceso legal, así como el derecho a una cierta libertad de conciencia y libertad de asociación, así como el derecho de inmigración. A estos derechos nos referimos como derechos humanos.[128]

Obviamente, el Rawls de hace veinticinco años hubiera sacado a relucir sus dos principios de justicia como el culmen —no el comienzo— de un catálogo específico de derechos humanos, cuyos antecedentes son los principios de tolerancia y pluralismo propios de la cultura política de las democracias occidentales.

Pero la crítica comunitarista no pasó sin hacer mella en la teoría de Rawls —como ha quedado claro en este ensayo— y su pretensión universalizadora de los principios liberales se ve reformulada, precisamente, en este escrito, donde es evidente que, sea cual sea la sociedad donde tenga su origen, ya sea liberal o jerárquica, la estructura básica de esta, es decir, sus principales instituciones políticas, económicas y sociales tienen como condición última de legitimidad, por encima de su orden jurídico-político y económico-social, garantizar y respetar integralmente los derechos humanos:

> […] estos derechos no dependen de ninguna doctrina moral omnicomprehensiva en particular ni de ninguna concepción filosófica de la naturaleza humana […] Ello requeriría una profunda teoría filosófica que muchas, si no todas, las sociedades jerárquicas rechazarían como liberal o democrática, o, de alguna manera, distintiva de la tradición política occidental y, por tanto, prejuiciosa de otras culturas.[129]

Y, más adelante, reafirma el carácter universal de estos derechos humanos y su

[127] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 55.

[128] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 68.

[129] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 68.

imperativa obligatoriedad para todos los pueblos, al insistir en que:

> Sería difícil rechazar estos requerimientos (una concepción bondadosa de justicia y buena fe en la justificación oficial de la ley) como excesivos para un régimen mínimamente decente. Los derechos humanos, entendidos como el resultado de ellos, no podrían ser rechazados por ser peculiarmente liberales o particulares a nuestra tradición occidental. En ese sentido, ellos son políticamente neutrales.[130]

El carácter liberal o tradicional de sus sociedades no excusa a los pueblos, por exceso o por defecto, de propender, hasta donde su propia estructura social se lo posibilite y alentados por la concepción pública de justicia que ellos mismos hayan reconocido como propia, por una garantía y un respeto integral efectivo de los derechos humanos para los ciudadanos o nacionales bajo su esfera jurídico-legal de influencia inmediata.

De otra manera pueden interpretarse estas palabras de Rawls que muestran cómo el consenso universal sobre los derechos humanos se constituye en la condición suprema, extrajurídica y supranacional de todo consenso local y, por ende, de todo ordenamiento jurídico-político que se reclame como tal:

> Una vez entendamos […] cómo el respeto a los derechos humanos es una de las condiciones impuestas sobre cualquier régimen para ser admisible como miembro pleno de una justa sociedad de naciones, […] y una vez entendamos cómo un razonable derecho de pueblos puede desarrollarse por fuera de una concepción liberal de justicia y cómo esa concepción puede ser universal en sus objetivos será perfectamente claro por qué esos derechos trascienden las diferencias culturales y económicas, así como las diferencias entre Estados-nación y otras unidades políticas […] Esos derechos determinan los límites de tolerancia en una sociedad razonable de naciones.[131]

El paradigma consensual del derecho, como toda concepción pública de justicia y como todo orden institucional, sea cual sea la estructura básica que los sustente y la naturaleza de la sociedad que les haya dado su origen, tienen en la garantía y el respeto a los derechos humanos la condición final y definitiva de su razón de ser, así como de su legitimidad y validez moral, social y jurídica.

---

[130] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 69.

[131] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 78.

Conclusión

Liberalismo político desata una interesante polémica entre Rawls y Habermas que algunos han calificado como una disputa en familia y que, antes que mostrar su ubicación en orillas opuestas, muestra, por el contrario, la afinidad de sus planteamientos[132]. Las críticas de Habermas se enfilan, primero, a cuestionar el diseño de la posición original en cuanto a la inexistencia de garantías de un juicio imparcial por la presencia de bienes sociales primarios que rebajan el esquema de justicia a una ética de bienes y la confusión que se propicia, por ello, entre medios deontológicos de normas obligatorias y medios teleológicos de valores de preferencia.

En segundo lugar, Habermas muestra el contraste que constituyen los conceptos de pluralismo razonable y consenso entrecruzado en cuanto la posición original es rebajada en sus contenidos normativos y sometida al consenso político de la ciudadana, además de que el término "razonable" no es suficientemente esclarecido por Rawls y adquiere sentido ambiguo. Por último, Habermas cuestiona la relación establecida entre autonomía pública y privada y la aparente prioridad que parece conferirle Rawls a las libertades modernas sobre las antiguas.

La respuesta de Rawls se orienta a insistir en que la única justificación posible es la pública, no la del ciudadano individual ni la de una visión omnicomprehensiva específica. Tal justificación se define desde los términos determinados por el consenso entrecruzado de visiones razonables, donde la legitimidad y la razonabilidad políticas dependen de la concepción política de justicia. Igualmente, reconoce que su teoría se inclina a priorizar las libertades antiguas sobre las modernas en la medida en que son claras las restricciones que las primeras imponen sobre las segundas, por la preeminencia que la deliberación pública tiene en su esquema. Retomando el planteamiento habermasiano en *Facticidad y validez*, admite, en la misma dirección, la cooriginalidad entre autonomía pública y privada en cuanto ambas son garantizadas simultáneamente por el sistema de libertades básicas.

En últimas, Rawls y Habermas confluyen en una asimilación crítica del republicanismo: el primero en lo que se ha llamado el republicanismo madisoniano y el segundo en un republicanismo kantiano que, en esencia, convergen en la reivindicación republicana de las libertades de deliberación pública (de los antiguos) frente a las libertades individuales (de los modernos).

Finalmente, hay que considerar lo que podría ser la última obra de Rawls: *Justice as Fairness. A Restatement* (2001). Aquí se hacen dos precisiones relevantes para lo que ha sido la hipótesis de trabajo de este escrito. La primera hace referencia a la identificación de la *justicia como equidad* con dos tradiciones: de

[132] John Rawls y Jürgen Habermas, *Debate sobre el liberalismo político* (Barcelona: Paidós, 1998).

una parte, con el republicanismo clásico en la cuestión de la deliberación y participación ciudadanas y, de otra, con el socialismo democrático en su pretensión de equidad material, aunque difieran en sus métodos.

En este orden, cabe resaltar la contraposición, muy aclaratoria, que Rawls introduce entre democracia constitucional consensual y democracia procedimental liberal, en cuanto esta última propicia imposiciones arbitrarias de las mayorías mientras que la primera se rige por una amplia deliberación pública consensual.

Queda claro, insisto, el rompimiento con la tradición analítica en cuanto se evidencia explícitamente no solo la preocupación sino el abordaje sistemático que Rawls ha hecho por asumir problemas normativos de la filosofía política y no, exclusivamente, metaéticos y categoriales de clarificación de contenido.

Pero el dilema contemporáneo para la filosofía política no puede reducirse a estar con Rawls o contra Rawls. Sin duda, como lo ha mostrado Van Parijs al reconocer la legitimidad de la crítica nozickeana, es necesario superar a Rawls en el más genuino sentido hegeliano: conservándolo. El proyecto de izquierda, reivindicatorio o emancipatorio, debe asumir a Rawls para superarlo, parafraseando la famosa metáfora marxista, en el sentido crítico y antidogmático que debe reivindicar una auténtica tradición socialista:

> El pensamiento de izquierda de nuestro tiempo será rawlsiano o no será. No es que aquellos que se ubican a la izquierda, aquellos a quienes preocupa ante todo la suerte de los menos favorecidos, deban buscar en la *Teoría de la justicia* de Rawls los versículos que decreten la verdad y dicten la conducta, como muchos hacían antes en las páginas de *El capital*. Un pensamiento rawlsiano no es en absoluto un pensamiento rawlsólatra […] Si el pensamiento de izquierda debe […] ser rawlsiano es en el sentido en que tiene que combinar […] los ideales de tolerancia y solidaridad […] que Rawls se ha esforzado en pensar coherentemente […] *Con Rawls pero también contra Rawls es que se debe construir el pensamiento de izquierda de nuestro tiempo.*[133]

[133] Philippe Van Parijs, *Sauver la solidarité* (Paris: Cerf, 1996), énfasis agregado.

CAPÍTULO VI

EL PARADIGMA CONSENSUAL DEL DERECHO DE JOHN RAWLS. DERECHO Y CONSENSO EN LA TEORÍA RAWLSIANA

Introducción

Los planteamientos desarrollados por el filósofo norteamericano John Rawls en sus principales obras[1] constituyen un significativo y audaz intento por fundamentar un nuevo paradigma del derecho, con puntuales connotaciones para un modelo político consensual-participativo de democracia, aplicable a sociedades tradicionales en transición estructural, como las de la región andina y, en general, las de América Latina.

El procedimiento consensual de argumentación definido por Rawls permite, de una parte, introducir correctivos normativos en los procedimientos de diálogo y decisión institucional y, de otra, la posibilidad de que la ciudadanía, entendida como el espectro de clases y grupos que integran una sociedad dada, pueda discutir la problemática socio-política que la afecta en el marco de un modelo consensual-discursivo que posibilite la legitimación pública de orden jurídico positivo.

El nervio vital de la propuesta rawlsiana recae en la posibilidad de que la ciudadanía, desde el procedimiento jurídico-político de consensualización y la

[1] John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971); versión en español: *Teoría de la justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1979); "El constructivismo kantiano en teoría moral", en *Justicia como equidad* (Madrid: Tecnos, 1986); "Themes in Kant's Moral Philosophy", en *Kant's Trascendental Deductions*, ed. de Eckart Förster (Stanford: Stanford University Press, 1989); *Sobre las libertades* (Barcelona: Paidós, 1990); "The Law of Peoples", en *On Human Rights* (New York: Basic Books, 1993); *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993); versión en español: *Liberalismo político* (Barcelona: Crítica, 1996).

concepción de justicia pública concertada, asuma el orden institucional desde una argumentación racional y razonable sobre su estructura básica, lo respete como fruto de su propia discusión y exija la aplicación de su concepción de justicia a las instituciones concebidas democráticamente.

En esa perspectiva, la ciudadanía es asumida como "fuente autooriginaria de pretensiones y reclamos"[2], capaz de legitimar o deslegitimar las instituciones políticas, económicas y sociales, desde una concepción de justicia consensual, por los diferentes grupos y clases sociales existentes, haciendo de la opinión pública, sea cual sea su nivel de formación y madurez, el epicentro de una discusión argumentada sobre la estructura básica de su sociedad y estableciendo los procedimientos institucionales que permitan su participación dialogal, simétrica, no coaccionada y ampliamente participativa, en la dinámica del manejo del Estado y del sistema social en general.

De allí la importancia de la discusión sobre la concepción de justicia y los procedimientos jurídicos discursivamente fundamentados, a los cuales tendrá que ceñirse permanentemente el ordenamiento político-jurídico y económico-social existente. Concepción pública y participativa de la justicia cuya definición garantice, primero, la simetría en la selección de sus principios rectores, segundo, su carácter moral y, tercero, una base consensual que los legitime[3]; y que, simultáneamente, se constituya en un mecanismo y un criterio de argumentación ciudadanos.

En ese sentido, el objetivo de una teoría de la democracia constitucional, como la denomina Rawls, y, en el marco de ella, de un paradigma consensual del derecho, es darle contenido dialógico-moral al contrato social y carácter contractual-consensual a los imperativos ético-morales que los pretenden legitimar. Para superar de esta manera lo que eventualmente podrían considerarse debilidades en ambas posiciones, a saber: un contrato social que, aunque asumido por la mayoría, pueda ser arbitrario, y unas normas fundamentales del ordenamiento jurídico positivo que carezcan de la necesaria deliberación colectiva.

Estas debilidades convergen en la concepción de procedimientos legales formalistas y arbitrarios, ajenos a las necesidades reales de la ciudadanía y sin la posibilidad efectiva de participación ciudadana en la concepción, diseño y desarrollo de los contenidos, instrumentos y productos jurídico-políticos que la afectan. Es una propuesta que busca responder, sin caer en las posiciones fundamentalistas del neoiusnaturalismo o de la teoría jurídica derivada del marxismo, tanto a los intentos del iuspositivismo y del funcionalismo estructural por reducir el derecho a mero procedimiento sistémico, como a las debilidades de la filosofía analítica y de la ética del discurso en su esfuerzo frustrado por funda-

[2] John Rawls, "El constructivismo kantiano en teoría moral", 1986.

[3] Fernando Vallespín, "El neocontractualismo", en *Historia de la ética*, t. III, ed. por Victoria Camps (Barcelona: Grijalbo, 1989).

mentar una nueva teoría jurídica libre de las ambigüedades del iusnaturalismo, en sus variantes premoderna y racional.

La teoría consensual del derecho que se infiere de la teoría de la justicia de John Rawls define, como enseguida expondremos, tres momentos de un proceso interdependiente de deliberación. El primero es pre-jurídico-político, en este se seleccionan los principios de justicia por medio de un procedimiento dialógico que garantiza su pretensión de universalidad moral; el segundo es jurídico-político, en el cual estos se desarrollan institucionalmente, y se constituyen, al mismo tiempo, en parámetros de pluralismo y concertación política; y, por último, el tercero, posjurídico-político, en el cual el ciudadano delibera sobre la plausibilidad de los principios de justicia y el contrato social derivado de ellos y decide si los refrenda o no, desde su fuero interno, como individuo o sujeto colectivo.

De estos tres momentos genéticamente expuestos se deduce la estructura del paradigma consensual del derecho rawlsiano. Todos suponen un paradigma consensual del derecho del cual se derivan criterios, factores y elementos de legitimidad, validez y eficacia del orden jurídico positivo desde donde evaluar las instituciones y los actos de gobierno en una sociedad dada, siempre desde la óptica de una ciudadanía vigilante y crítica que, como condición determinante y garante primordial de la concepción de justicia concertada, garantiza la aplicación plena de estos a la estructura básica de la sociedad.

En ese orden, la hipótesis de trabajo que quisiera ilustrar en este capítulo es la siguiente. La teoría de la justicia como equidad desarrollada por John Rawls, además de constituir un significativo intento por diferenciar las esferas ontoepistemológicas de la legitimidad, la validez y la eficacia (evidenciando, simultáneamente, su nexo estructural y sus ámbitos complementarios de autonomía) permite inferir una teoría consensual del derecho —íntimamente relacionada con la propuesta de la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas— que responde sistemáticamente a una tradición, no solo iusfilosófica, sino teórico-jurídica que hace del consenso y de la razón pública las propuestas alternativas a los paradigmas jurídicos convencionales, articulando las dimensiones trilemáticas de la legitimidad, la validez y la eficacia.

Rawls: concepción política de la justicia

La concepción política de la justicia como equidad de Rawls[4] buscará concebir un constructo que permita reconstruir la relación entre legalidad y legitimidad, con lo que se superan las debilidades y se mantienen las fortalezas de los modelos descritos.

[4] Véase: John Rawls, "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", en *Philosophy and Publics Affairs* 14, n.° 3 (1985): 223-251; así como *Political Liberalism*, 1993.

Del iusnaturalismo preservará la necesidad de principios extrasistémicos (de justicia) desde los cuales criticar el orden jurídico positivo, pero sin caer en el intuicionismo (el procedimiento consensual garantiza su base dialógica) y sin identificar derecho y moral como aquel suele hacerlo (por la separación estructural de los diferentes momentos).

Del positivismo jurídico reivindicará la jerarquía normativo-jurídica del orden institucional (el orden lexicográfico de aplicación e interpretación) pero no como un orden autosuficiente y enajenado de la realidad social sino sujeto al procedimiento de consensualización (posición original) y las normas de prioridad de los principios de justicia consensualmente concertados.

De la filosofía analítica del derecho retendrá el criterio de funcionalidad social del derecho siempre y cuando este se atenga a los parámetros de justicia concertados (prioridad de lo razonable sobre lo racional) y no vulnere, so pretexto de la eficacia o la competitividad de los derechos del individuo (equilibrio reflexivo) ni de determinadas minorías sociales (objeción de conciencia y desobediencia civil) al disenso.

Del marxismo estructuralista recogerá tanto un procedimiento que asegure la participación no coaccionada de todas las clases en el manejo de la sociedad (consenso entrecruzado), así como un principio de justicia que garantice siempre el bienestar de los menos favorecidos mediante la consideración de una serie de mínimos vitales (bienes sociales primarios), sin caer en los excesos del igualitarismo a ultranza y preservando radicalmente su derecho a un sistema integral de libertades (prioridad de las libertades).

Tales confrontaciones, explícitas unas, subyacentes otras, se presentarán a través del desarrollo lento y sistemático de sus planteamientos a lo largo de la totalidad de su obra, los cuales serán interpretados desde su propia perspectiva estructural-constructivista[5], la cual permitirá relacionar sus tres momentos y constructos, haciendo evidentes sus correspondientes respuestas a las posiciones y problemas iusfilosóficos anotados[6].

El paradigma consensual del derecho

A continuación entraré a definir los tiempos y constructos que, a partir del conjunto de la obra de Rawls, particularmente *Teoría de la justicia* (en adelante *TJ*) y

[5] John Rawls, "Themes in Kant's Moral Philosophy", 81-113.

[6] Véase, los estudios y comentarios ya clásicos y serios sobre Rawls de Norman Daniels, *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls*' A Theory of Justice (Stanford: Stanford University Press, 1989); Chandran Kukathas y Philip Pettit, *Rawls,* A Theory of Justice *and its Critics* (Stanford: Stanford University Press, 1990); así como Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (Oxford: Clarendon Press, 1991). Y, en lengua castellana, Jesús Martínez, *La teoría de la justicia en John Rawls* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985); y José Rubio Carracedo, "El Estado legítimo: modelo liberal-social", en *Paradigmas de la política* (Barcelona: Anthropos, 1990).

Liberalismo político (en adelante *LP*), constituyen los tres momentos genético-estructurales sustantivos del planteamiento rawlsiano. En estos se revelan en toda su magnitud ontológico-social y epistemológica las dimensiones de la legitimidad, la validez y la eficacia de un ordenamiento jurídico.

El primer momento es dialógico-moral de legitimidad donde se determinan los términos de justificación moral y legitimidad política mediante un procedimiento de consensualización que define los principios de justicia que regularán la dinámica de las instituciones, así como los derechos, deberes y relaciones de cooperación y conflicto de la ciudadanía. De este procedimiento contrafáctico de consensualización Rawls deriva sus dos principios de justicia. El primero define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, la riqueza y las prerrogativas de los asociados. Ellos constituyen el fundamento extra-sistémico de justificación moral y legitimidad política del ordenamiento jurídico-político, siendo condiciones de moralidad y factores de legitimidad del sistema en su conjunto. De ellos se derivan no solo las interpretaciones constitucionales sino también las ciudadanas sobre cualquier medida que afecte el orden social.

El segundo momento, el consensual-contractual de validez, se articula gracias a un principio positivo de igual participación que se concreta por medio de un consenso entrecruzado de visiones sociales omnicomprehensivas; de él se deriva la concepción política de la justicia que orienta las instituciones y la sociedad en su conjunto, y que determina el instrumento procedimental de convivencia política democrática. Este consenso se complementa con una instancia de razón pública donde el conjunto de la ciudadanía se expresa y delibera con miras a sustentar instituciones justas que garanticen un mínimo de bienes sociales primarios y libertades políticas. La razón pública se constituye en la garante de que los términos de validez del sistema jurídico-político se anclen a los de legitimidad consensualmente concertados. Ahora bien, para garantizar que la aplicación de los principios de justicia concertados filtren efectivamente las instituciones y, en general, la estructura básica de la sociedad, Rawls introduce los mecanismos de desobediencia civil y objeción de conciencia como instrumentos de supervisión, presión y resistencia de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurídico-político.

Por último, en un tercer momento social-contextual de eficacia, la racionalidad dialógico-moral se convierte en ético-contextual: los principios de justicia y sus proyecciones institucionales son contrastadas y asumidas desde las formas de vida de los individuos y los sujetos colectivos. El consenso se ve refrendado desde el disenso y, en este sentido, la estabilidad que se alcanza permite asegurar la eficacia del sistema en general. La dimensión política se articula entonces con la individual, y el equilibrio reflexivo (políticamente concebido desde la ciudada-

nía) se constituye en el auditaje subjetivo y la posibilidad permanente de cuestionar y replantear los principios concertados.

El paradigma consensual del derecho que se deduce de la concepción política de la justicia de Rawls puede ser así interpretado como un proceso consensual de construcción jurídica[7] en la concepción, concreción y ejecución de contenidos, instrumentos y productos jurídico-legales de todo orden (disposiciones ejecutivas tales como políticas públicas; o legislativas, como reformas constitucionales y leyes; o judiciales, como sentencias, conceptos, etc.). Este proceso comportaría tres momentos estructurales, a saber: uno prejurídico, uno jurídico y uno posjurídico, respectivamente.

Momento prejurídico-político (dialógico-moral)

Este primer momento estaría determinado por las perspectivas asumidas por la ciudadanía, entendida como el espectro de visiones omnicomprehensivas existentes en el seno de una sociedad, frente a todo tipo de política, ley o sentencia que afecte la estructura básica de esta.

La concepción de todo contenido legal partiría del consenso mínimo expresado por la ciudadanía en el marco de un pluralismo razonable, es decir, dándole prioridad a la justicia como equidad antes que a su propio interés o a la eficacia funcional del sistema. Tal consenso estaría determinado —sea cual sea el espacio donde se produzca— por las constricciones de la posición original, siendo el grado aplicable del velo de ignorancia determinado por la naturaleza de la cuestión por concebir.

En otras palabras, la discusión de una concepción pública de justicia exigiría un velo de ignorancia tupido, las reformas constitucionales uno menos denso, mientras que una política pública de aplicación más restringida podría permitir uno más tenue que posibilitará un juego más dinámico de intereses.

Planteado esto al interior de instituciones específicas, como las instancias ejecutivas, legislativas o judiciales, supondría la existencia, primero de procedimientos de consensualización que permitieran definir contenidos mínimos normativos que orienten los procesos subsiguientes de negociación, regateo y ejecución; y, segundo, espacios estructurales al interior de tales procedimientos donde el espectro de visiones omnicomprehensivas de la ciudadanía tuviera posibilidad de participación irrestricta y no coaccionada. En el mismo sentido podría operar en cuanto a la dimensión del derecho privado se refiere.

[7] Sobre el concepto de constructivismo jurídico, véase: Jesús Martínez García, "Constructivismo radical: la invención jurídica de los hechos", en *La imaginación jurídica* (Madrid: Debate, 1992), 17-60; y Carlos Nino, "El constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas" en *El constructivismo ético* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 91-110.

Obviamente, en este nivel debe considerarse el disenso como condición estructural en el marco de los procedimientos de consensualización, lo que no es otra cosa que asumir como *idea regulativa* la posibilidad de disentir y la necesidad de que ello sea tenido en cuenta y obligue a la subsunción de la posición alternativa en la definición del consenso mínimo final.

Este consenso mínimo que se decanta en el marco de la discusión abierta que se desarrolla en los foros de la opinión pública, públicos o privados (parlamento, cuerpos colegiados, tribunales, espacios académicos, etc.), proyectados a la ciudadanía a través de medios de comunicación masivos o focales, constituye el fundamento del consenso entrecruzado que debe servir de base para la discusión institucional del segundo momento del proceso[8].

Enseguida abordaremos los constructos que constituyen este momento dialógico-moral de legitimidad en la obra de Rawls.

La posición original

En *TJ* Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual para garantizar que los principios de la justicia, que deben orientar las instituciones sociales y los procesos legales, sean escogidos consensualmente, rodeándolo de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por juicios egoístas y se garantice la imparcialidad de estos[9].

El constructo metodológico que Rawls utiliza para ello es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios de justicia y los acuerdos fundamentales. Así como se considera razonable que no haya situaciones iniciales de ventaja o desventaja no lo es el que los principios generales sean, como en el caso del utilitarismo, proyecciones sociales de los intereses individuales de los participantes.

Con el propósito de evitar las perspectivas unilaterales en la concertación de los principios de justicia y las leyes y procedimientos jurídicos que se deriven de ellos, Rawls recurre a un modelo de reconstrucción consensual de estos, que permita la integración de las perspectivas y posiciones enfrentadas.

Hipotéticamente, Rawls concibe un procedimiento de argumentación racional-consensual que garantice que los principios sean escogidos contractualmente, rodeando esa concertación de las garantías de autonomía necesarias para que no sean contaminados por los intereses egoístas de los participantes.

Esta imparcialidad está garantizada por varios elementos que constriñen (en sentido kantiano) la deliberación de las partes, aplicable a instancias co-

[8] Véase: Jürgen Habermas, "Soberanía popular como procedimiento", *Revista Foro* 12 (1990): 47-57.

[9] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 35-40.

legiadas y foros de discusión pública, con el objetivo de garantizar el carácter universal, autónomo y consensual de la voluntad general y del interés público, siendo los más sustanciales los siguientes[10]: primero, cinco condiciones formales que deben enmarcar la discusión de los participantes, a saber: generalidad, universalidad, carácter público, jerarquía y definitividad; segundo, el objeto de las deliberaciones: estructura básica de la sociedad; tercero, la información de las partes: un velo de ignorancia garantiza el mínimo de información que deben contemplar los participantes en la discusión de los principios; cuarto, la motivación de los agentes: el desinterés mutuo; quinto, el carácter de la racionalidad de la deliberación: racionalidad instrumental-estratégica con el objeto de maximizar beneficios a partir de un mínimo dado; sexto, condiciones y cumplimiento del acuerdo: exigencia de consenso sobre las decisiones y obligatoriedad en el cumplimiento de estas; séptimo, único punto donde no hay acuerdo: el egoísmo general de las partes, con lo cual Rawls desconoce cualquier visión antropológica onmicomprehensiva que pretenda justificar la naturaleza humana en tales términos.

Rawls recurre a un mecanismo específico para asegurar esto. El velo de ignorancia es el subconstructo que permite, efectivamente, que al interior de la posición original todos sean iguales y tengan las mismas condiciones para escoger los principios de justicia.

El propósito del velo de ignorancia es representar la libertad e igualdad de los seres humanos y grupos sociales, y asegurar que los principios no estarán viciados por intereses particulares[11]. Las partes no pueden conocer determinada información que viciaría los contenidos de principios de justicia. No conocen su posición social, sus talentos o capacidades, sus rasgos psicológicos, como tampoco las condiciones políticas, económicas o culturales de su sociedad ni la generación a la que pertenecen.

Aunque no conocen esta información específica sobre sí mismos y su contexto, sí tienen acceso a cierta información general sobre cómo la estructura social debe regirse por principios de justicia, así como a teorías y leyes generales de carácter político, económico y psicológico que puedan contribuir en sus deliberaciones[12].

La posición original y el velo de ignorancia hacen posible lograr un consenso mínimo unánime (no un mero acuerdo) sobre los principios de la justicia que, de otra manera, sería difícil concertar con garantías procedimentales suficientes para asegurar el contenido universal, autónomo y consensual de estos.

---

[10] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 173-174.

[11] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 37.

[12] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 166.

La primera objeción que podría hacerse a la posición original, afirma el mismo Rawls, es que al desconocer las particularidades de su vida y de la de su sociedad, las partes no tendrían criterios sólidos para seleccionar los principios de justicia más adecuados, por lo cual caerían en el abstraccionismo en el que han caído otros modelos o concepciones de justicia, en especial el kantiano.

Con el propósito de evitarlo, Rawls introduce la noción de bienes sociales primarios[13]. Estos, fundamentales para el individuo en cuanto persona moral y ciudadano, son los siguientes:

- [L]as libertades básicas, establecidas por una lista, por ejemplo: libertad de pensamiento y de conciencia; libertad de asociación; la definida por la libertad e integridad de la persona, así como por el imperio de la ley; y finalmente las libertades políticas;

- [L]ibertad de movimiento y de elección de ocupación sobre un trasfondo de oportunidades diversas;

- [P]oderes y prerrogativas de cargos y posiciones de responsabilidad, particularmente de los de las principales instituciones políticas y económicas;

- [R]enta y riqueza;

- [B]ases sociales del respeto de sí mismo.[14]

Estos bienes primarios son necesidades que los ciudadanos, como personas integrales, necesitan para el desarrollo de sus planes racionales de vida y, por ello, hacen parte de sus razones al interior de la posición original, en cuanto saben que los principios de justicia les deben asegurar el mayor número en su vida ciudadana[15]. Estos bienes primarios constituyen, a su vez, la columna vertebral de lo que Rawls ha denominado su "concepción kantiana de la justicia como imparcialidad" que, al introducir estos elementos fácticos en la discusión sobre los principios, pretenden superar los dualismos y el abstraccionismo formalista de la filosofía moral kantiana original[16].

En conjunto, todas estas restricciones buscan mantener las condiciones procedimentales para que las decisiones sustantivas de un eventual congreso constitu-

[13] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 169-170.

[14] John Rawls, "Unidad social y bienes primarios", en *Justicia como equidad*, 190.

[15] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 289-290.

[16] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 287-294.

yente o legislativo, o, en general, la discusión al interior de los cuerpos colegiados o foros públicos, no estén contaminadas por factores e intereses particulares, es decir, para que sean efectivamente el fruto de un procedimiento racional-consensual simétrico y autónomo, que no esté prejuiciado ni contaminado por concepciones y perspectivas parcializadas y premeditadas que no permitan reflejar íntegramente el interés público y la voluntad general que dicen representar.

Rawls no descarta que los principios de justicia que intuitivamente se consideren acertados sean los que, finalmente, se asuman por consenso. Lo que sí descarta es que, antes del proceso de argumentación, estos sean impuestos como principios reguladores, como es el caso del iusnaturalismo fundamentalista.

De allí porqué, en la posición original, se deban discutir todas las concepciones de justicia que se han formulado históricamente; los principios de justicia rawlsianos son, pues, confrontados dialógicamente con concepciones de justicia diferentes, entre las que se enumeran las concepciones teológico-utilitaristas, intuicionistas, egoístas y mixtas, como las más importantes, abarcando, en ese espectro significativo de la "geometría moral", las perspectivas de justicia necesarias para lograr una discusión y un resultado consensual realmente totalizante[17].

El modelo rawlsiano, con sus complementos dialógico-argumentativos correspondientes (como, por ejemplo, los principios U y D[18] de la ética del discurso de Habermas, así como las reglas generales de la argumentación jurídica[19], de Alexy), constituye un instrumento desde el cual se pueden introducir reformas sustantivas a los reglamentos de discusión pública, parlamentaria y colegiada especialmente, los cuales, por regirse por la regla de mayoría simple, desembocan en meros acuerdos de intereses y no en consensos mínimos normativos, lo que atropella, la más de las veces, los derechos de las minorías.

Estos procedimientos formales excluyen, de hecho, el derecho de los sujetos colectivos minoritarios a ser escuchados en igualdad de condiciones, lo que hace, por tanto, de la ley, del sistema jurídico-positivo en su conjunto y, en últimas, de los foros de discusión pública, un patrimonio de la "mayoría" en el poder y un instrumento para imponer, por su intermedio, las disposiciones que más favorezcan los intereses particulares de grupos específicos, sin ni siquiera permitir la expresión ni mucho menos el "regateo" de intereses diferentes a los suyos.

Los principios de justicia

Del procedimiento de discusión dialógico-moral Rawls deriva sus dos principios de

[17] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 143-151.

[18] Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad* (Barcelona: Paidós, 1995), 97-130.

[19] Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), 90-91.

justicia, los cuales habrán de regular la estructura básica de la sociedad y dispondrán la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que lo componen.

El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, la riqueza y la posibilidad de posición de los asociados. En el marco de ellos, Rawls introduce un subconstructo, de especial importancia, que denomina orden lexicográfico consecutivo; un "orden serial" por el cual ninguna disposición sustantiva interviene mientras no hayan sido satisfechas las primeras[20]. El orden lexicográfico garantiza no solo el de aplicación de los principios sino el criterio permanente para solucionar los eventuales conflictos de interpretación y aplicación que puedan presentarse.

De esta forma, el principio de igual libertad será situado en una jerarquía anterior y con un carácter inalienable, por lo cual el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales resulta supeditado a él. En otras palabras, el sistema general de libertades tendrá siempre prioridad sobre las disposiciones económicas, por lo cual la regulación de estas últimas no podrá concebirse a costa del recorte de las primeras. En ambos casos, toda disposición política y económica debe garantizar una mejor situación de las minorías y los menos aventajados.

Los principios de justicia no solo se ven confrontados con las concepciones de justicia anotadas más arriba, sino que también sucede con las eventuales formulaciones "económicas" que puedan connotar. Rawls discute entonces con las concepciones distributivas de la aristocracia natural, la libertad natural y la igualdad liberal para concluir que la de la igualdad democrática constituye, entre todas, la más adecuada y justa.

Tras ello se da otra de las discusiones más interesantes y decisivas de la posición original: la que se plantea entre el óptimo de Pareto y el principio de diferencia rawlsiano, lo cual constituye una prueba más de carácter dialógico-moral que comporta la posición original como mecanismo de argumentación racional sobre los principios de justicia[21].

La formulación final de los principios de la justicia, una vez discutidos en la posición original y determinadas las normas de prioridad, inferidas del orden lexicográfico consecutivo, y contrastados igualmente con su potencial desarrollo institucional, los cuales se habían desarrollado ampliamente en el capítulo v, es la siguiente:

- Primer principio: cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con uno similar de libertad para todos.

[20] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 83.

[21] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 87-106.

- Segundo principio: las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: 1) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y 2) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles para todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.
- Primera norma de prioridad (la de la libertad): los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas solo pueden ser restringidas en favor de la libertad en sí misma. Hay dos casos: 1) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartido por todos; 2) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptada por aquellos que detentan una libertad menor.
- Segunda norma de prioridad (la de la justicia sobre la eficacia y el bienestar). El segundo principio de la justicia es lexicográficamente anterior al principio de la eficacia y al que maximiza la suma de ventajas; y la igualdad de oportunidades es anterior al principio de la diferencia. Hay dos casos: 1) la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos; 2) una cantidad excesiva de ahorro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esta carga.
- Concepción general. Todos los bienes sociales primarios —libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases de respeto mutuo— han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados[22].

Estos principios no solo constituyen el fundamento dialógico-moral y extra-sistémico de todo ordenamiento jurídico positivo, sino que, simultáneamente, son un criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan, pues, tanto las interpretaciones constitucionales, como las interpretaciones ciudadanas sobre cualesquiera leyes y medidas que afectan el orden social.

El procedimiento se ve así complementado por una orientación normativa sobre los criterios que deberían seguir en la elaboración de las leyes, sin caer en un procedimentalismo de principio carente de toda pauta sustancial.

Momento jurídico-político (consensual-contractual)

Este segundo momento que, eventualmente, cumple las etapas constitucional, legislativa, ejecutiva y judicial, consecutivamente, en el seno de las cuales se produce a su vez el mismo proceso de consensualización, parte del consenso mínimo prejurídico para constituirse, institucionalmente, en uno entrecruzado que debe

[22] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 340-341.

determinar la toma de decisión definitiva (política pública, ley, reforma constitucional, sentencia, etc.).

De nuevo opera aquí, ya en términos institucionales (es decir, como procedimientos de discusión institucional establecidos), la posición original como *prototipo procedimental regulatorio* que debe cumplirse como principio de legitimidad del contenido jurídico que se produzca a su interior. Si las constricciones de la posición original no son tenidas en cuenta en procedimientos preestablecidos que eviten la contaminación del proceso del diálogo simétrico y no coactivado y de consensualización respectiva, donde las visiones omnicomprehensivas sean tenidas en cuenta, el producto jurídico de tales instancias estaría validado por sí mismo.

Pero no solo el procedimiento de decisión consensual determina la validez del momento jurídico. Cuatro factores adicionales se desprenden del planteamiento rawlsiano como definitorios de un paradigma consensual del derecho. En primer lugar, la consideración de normas de prioridad que son la de la libertad y la de la justicia sobre la eficacia y el bienestar. Estas son, en el caso de la sociedad en general, la concepción pública de la justicia social reconocida en sus contenidos mínimos por todos los sectores, en cuanto distinguen lo esencial de la cultura política de una nación. En el orden institucional específico constituyen los criterios extrasistémicos que las instituciones reconocen como regulatorios normativos de su concepción, interpretación y aplicación de los contenidos jurídicos que deben procesar.

En segundo lugar, debe contemplarse un principio de resistencia ciudadana. A nivel macro-político esto está determinado por la existencia de mecanismos constitucionales que garanticen la objeción de conciencia y la desobediencia civil frente a todo proceso de discusión ejecutivo, legislativo o jurisdiccional que desconozca en su respectiva etapa el consenso entrecruzado de la ciudadanía. En el orden institucional específico constituyen los mecanismos que permitan a la ciudadanía cuestionar y confrontar las disposiciones que contravengan el consenso público asumido como mínimo normativo.

En tercer lugar, la dinámica dialógica de las visiones omnicomprehensivas que, a nivel macro-político, define los límites de la regla de mayoría, en el sentido de que la decisión mayoritaria se toma en el marco de alternativas propuestas a partir del consenso mínimo o entrecruzado predefinido, sin ser posible tomar decisiones arbitrarias a espaldas de los acuerdos mínimos alcanzados con anterioridad. En el orden institucional específico constituyen la exigencia estructural de que al interior de los espacios de decisión se parta del consenso extrajurídico alcanzado por la opinión ciudadana para la toma definitiva de decisión mayoritaria.

En cuarto lugar, el auditaje y el control públicos que tiene en la Corte Suprema de Justicia o Constitucional su principal expresión estructural, en la medida en que es la encargada de la protección constitucional y de la salvaguarda de la

concepción pública de la justicia que alienta a las instituciones, así como de la concreción de los consensos entrecruzados de la ciudadanía sobre temas particulares en los productos jurídicos respectivos, como poder constituyente primario, es la fuente de legitimidad original en una democracia constitucional.

Auditaje y control públicos que no son más que la permanente interpretación de la Constitución a la luz de la concepción pública de justicia y de los consensos entrecruzados de los diversos grupos ciudadanos sobre aspectos específicos de la vida social, y que las instancias correspondientes (en los órdenes ejecutivo, legislativo y jurisdiccional) están obligadas a tener en cuenta so pena de deslegitimarse en cuanto tales. Enseguida abordaremos los constructos que constituyen este momento consensual-contractual de validez en la obra rawlsiana.

Democracia y pluralismo razonable

Si el anterior momento constituía el resultado de una hipotética etapa constitucional de un orden social naciente, donde un supuesto congreso constituyente selecciona, bajo las constricciones de la posición original, los principios de justicia que regularán la estructura básica de la sociedad, sin consignarlos en el ordenamiento jurídico positivo, la siguiente etapa la configuran, respectivamente, las deliberaciones al interior del congreso legislativo y la aplicación jurisdiccional de las normas en casos de conflicto específicos[23].

Esta etapa, que para Rawls responde a dos momentos diferentes, viene determinada por su pretensión inicial sobre el papel de la justicia: el de regular el sistema de cooperación social forjando instituciones virtuosas que le permitan a la ciudadanía la realización imparcial de sus planes racionales de vida.

Como se mencionó anteriormente, los principios de justicia fueron concebidos no para hacer virtuosas a las personas sino a las instituciones, pues estas deben regular los conflictos e identidades de intereses de la sociedad, al garantizar con su imparcialidad el sistema de cooperación social que las rige y la estructura general bien ordenada que debe caracterizarlas. En estas etapas el velo de ignorancia también es consustancial a las instituciones, pero deviene paulatinamente más grácil en la medida en que la vida social exige de las disposiciones legislativas y jurisdiccionales una regulación específica de los casos pertinentes.

El objetivo primordial de esta etapa es garantizar que los principios de justicia vayan filtrando, en sus aplicaciones concretas, todas las instituciones y situaciones sociales que precisen su regulación, confiriéndole a la ciudadanía la posibilidad de acudir a mecanismos como la objeción de conciencia y la resistencia civil con el propósito de garantizar la correcta aplicación de estos.

[23] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 227-233.

La objeción de conciencia y la resistencia civil deben ser garantizadas plenamente por las constituciones políticas, además de ser instrumentos de supervisión, precisión y resistencia por parte de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurídico positivo, para que este cumpla en forma efectiva, a través de sus disposiciones legales, decisiones judiciales y de política pública, el sentido y el alcance de los principios de justicia.

Todo lo anterior supone y exige la necesidad de un consenso social más amplio, de carácter político, que extienda a la sociedad en general la discusión y la decisión sobre las estrategias, los parámetros y las políticas de aplicación de los principios de justicia que deban regir la estructura básica de la sociedad. Esta noción, que será desarrollada por Rawls en su último libro (*Political Liberalism*, 1993), es una visión del liberalismo político que sería un error de ligereza identificar con el liberalismo decimonónico convencional y sus ramificaciones contemporáneas, por las sustanciales diferencias de contenido y la distancia conceptual que el modelo rawlsiano plantea en todo rango con su desgastado homónimo.

Para Rawls, la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dado un contexto democrático compuesto por una diversidad de clases y grupos en su interior, es la de un pluralismo razonable de doctrinas omnicomprehensivas diferentes, en el marco de una cultura tolerante y unas instituciones libres. El fundamento normativo de este pluralismo razonable debe ser, según Rawls, una concepción política de la justicia que se oriente por los principios de justicia señalados.

Por esto mismo, un régimen democrático pleno, para ser duradero y seguro, no puede estar dividido por doctrinas confesionales y clases sociales hostiles, sino ser libre y voluntariamente respaldado por una mayoría sustancial de sus ciudadanos y grupos sociales políticamente activos[24]. En este sentido, la concepción política de la justicia que garantiza ese espacio, definiendo la naturaleza de la estructura básica de la sociedad, no puede ser totalizante ni entrar en conflicto doctrinario con las otras concepciones, sino que debe asegurar, por su imparcialidad y transparencia, los procedimientos políticos que todas las doctrinas puedan apoyar y que asegure el pluralismo razonable de una sociedad democrática.

El consenso entrecruzado

El pluralismo razonable tiene como objetivo la obtención de un consenso entrecruzado (*overlapping consensus*) que es el elemento principal de la interpretación

[24] Al respecto, véanse: Charles Taylor, "The Politics of Recognition", *Multiculturalism*, ed. de Amy Gutmann (Princeton: Princeton University Press, 1994); así como, en el mismo volumen, los comentarios de Jürgen Habermas, "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State".

rawlsiana sobre una democracia consensual-constitucional[25]. El consenso entrecruzado viene a ser el instrumento procedimental de convivencia política democrática, donde los diferentes grupos de interés o colectividades humanas son escuchados y sus visiones omnicomprensivas de justicia son tenidas en cuenta, y solo a través de él se garantiza su participación en las decisiones de política, que posteriormente incidirán en un ordenamiento jurídico, que garantice bienes sociales primarios y no solo libertades políticas.

Este liberalismo procedimental, cuya fuerza y proyección residen en la flexibilidad y en la transparencia del procedimiento político de argumentación e interrelación ciudadanas, supone la existencia, en el seno de la sociedad, de varias doctrinas onmicomprehensivas razonables, cada una con su concepción del bien, compatibles con el pluralismo que caracteriza a los regímenes constitucionales.

Solo una concepción política de la justicia puede servir de base al consenso entrecruzado, puesto que en ella los principios y los valores políticos constitucionales son lo suficientemente amplios como para integrar y superar los valores que entran en conflicto. Esos macro-principios gobiernan el marco de la vida social y especifican los términos fundamentales de cooperación social y política que este liberalismo consensual intenta sintetizar y sobre los cuales los ciudadanos, desde su plena libertad de conciencia y perspectiva omnicomprensiva, concilian con sus valores políticos y comprehensivos particulares. Estos nos conducen al objetivo cardinal de la versión rawlsiana de su liberalismo político que es lograr un consenso entrecruzado de doctrinas onmicomprehensivas razonables sobre los principios de justicia, en cuanto macro-principios reguladores de la estructura social.

Como se había sugerido en el capítulo v, la concepción política que rige la estructura básica de una sociedad no precisa que sea mono comprehensiva, ya que su estabilidad depende de visiones pluralistas. Al adoptar este marco de deliberación, los juicios convergen lo suficiente y, de esta manera, la cooperación política, soportada sobre el mutuo respeto, se mantiene como marco de deliberación para buscar acuerdos sobre cuestiones de justicia y debates constitucionales que inmiscuyan a toda la sociedad. La concepción de justicia más razonable para un régimen democrático es, por lo mismo, ampliamente liberal en sentido fáctico, no doctrinario. Cuando un consenso entrecruzado mantiene y alienta esta concepción, ella no es incompatible con los valores fundamentales, morales o psicológicos de la ciudadanía, pues las virtudes de cooperación política que posibilita un régimen constitucional son y deben ser macro-virtudes.

El consenso, fiel a su carácter constructivista, debe cumplir un determinado proceso procedimental. Una primera fase la constituye lo que Rawls denomina la

[25] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 133-172.

etapa constitucional. Esta satisface los principios procedimentales de convivencia política, autonomía y neutralidad que, como tales, se aceptan sin incluir ni suponer ideas fundamentales sobre la sociedad y la persona. Define, en últimas, los procedimientos políticos de un sistema constitucional democrático.

De esta manera, dado el hecho de un pluralismo razonable, que el trabajo de reconciliación de la razón pública hace posible, pueden concluirse dos cosas: primero, que el consenso entrecruzado identifica el rol fundamental de los valores políticos al expresar los términos de la justa cooperación social, concibiendo a los ciudadanos como personas morales, libres e iguales; y, segundo, que ello posibilita la convergencia y la concordancia entre unos valores políticos y otros vistos como razonables en un mismo consenso entrecruzado.

La segunda etapa es la del consenso entrecruzado propiamente dicho, en la sociedad en general, que se logra una vez concretado el constitucional. El contenido de este dependerá, sostiene Rawls, de que sus principios estén fundados en una concepción política de la justicia, tal como podría ser descrita por los principios de justicia.

En cuanto a su proyección, esta trasciende los principios políticos que constituyen, exclusivamente, los procedimientos democráticos para incluir principios que cubran la estructura básica como un todo. Para ello se requieren propuestas legislativas y ciudadanas que garanticen un mínimo de bienes sociales primarios y no solo libertades políticas, y, por lo tanto, los grupos políticos deben plantear alternativas que cubran la estructura básica y explicar su punto de vista en una forma consistente y coherente ante toda la sociedad.

Las fuerzas sociales que presionan para que el consenso constitucional sea entrecruzado serán los grupos que acuden al foro público de discusión y debate político, en el cual deben confluir los que son rivales para presentar sus argumentaciones. Lo anterior hará que sea necesario, en términos racional-instrumentales, romper el estrecho círculo de sus concepciones y argumentaciones específicas sobre la sociedad, y desarrollar su proyecto político como una justificación pública de sus posturas. Al realizarlo, se deben formular puntos de discusión sobre la concepción política de la justicia, lo que permitirá la difusión del debate y la propagación de los supuestos básicos de las propuestas.

Momento posjurídico-político (social-contextual)

En el tercer momento todo producto jurídico queda sometido a la refrendación última de la ciudadanía y de las diferentes visiones omnicomprehensivas que la componen. Esta refrendación ciudadana, mediante procedimientos legales preestablecidos (plebiscito, consulta, referéndum, revocatoria, etc.) garantizados constitucionalmente, o, simplemente, en el caso de resistirse a una medida, por

medio de la protesta y la presión ciudadana y popular, en toda la amplia gama en que ella pueda manifestarse, es, una vez más, el nervio vital de esta concepción política de la justicia rawlsiana y de su paradigma consensual del derecho.

El cuestionamiento o rechazo ciudadanos a las medidas que afectan su vida social o privada es un criterio definitivo e insalvable sobre la validez y la legitimidad de un producto jurídico que no puede ser impuesto haciendo abstracción de la resistencia ciudadana, so pretexto de procedimientos legales y contenidos jurídicos preestablecidos, incluso con el consenso y el aval previos de los respectivos sectores. Pues la ciudadanía siempre cuenta con la figura del equilibrio reflexivo, es decir, del derecho fundamental, extrajurídico, y nunca con el positivado ni reglamentado de rechazar el producto jurídico, incluso la totalidad del contrato social, si estos no terminan adecuándose a sus más íntimas convicciones.

Ello no es más que la evidencia de que la construcción de la constitución política de una nación es un proceso permanente y que es en la vida cotidiana de los pueblos y de la ciudadanía, no en los recintos institucional-burocráticos de los Estados, donde se renueva y se refrenda. Enseguida abordaremos los constructos que constituyen este momento social-contextual de eficacia en el planteamiento de Rawls.

El equilibrio reflexivo

Rawls querrá contrastar, finalmente, los principios de justicia y el orden social derivado de estos con tres situaciones donde se expresa el sentido de justicia que todo ser humano posee al convivir en sociedad. Estas situaciones le permitirán al individuo ir acomodando los principios contractualmente asumidos con sus propias convicciones sobre la justicia, provenientes de las condiciones sociales y psicológico-vitales donde se producen.

Rawls establece tres instancias o etapas donde se expresa ese sentido de justicia[26] (denominadas por él, respectivamente: moralidad de la autoridad, de la asociación y de los principios) y que progresivamente conducen a la persona a escoger y reconocer, en el ámbito de su existencia individual, principios de justicia afines a los seleccionados consensualmente.

Mediante estas etapas entra a operar en toda su proyección el constructo estructural introducido por Rawls en *TJ*, a saber, el del equilibrio reflexivo, con el cual la validez contractual de los principios deberá contrastarse con las propias convicciones y proporcionar orientaciones concretas, en situaciones particulares, a partir de experiencias sociales específicas. Equilibrio que Rawls no concibe como

[26] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 511-528.

algo inmutable, sino sujeto a transformaciones permanentes, fruto de exámenes ulteriores que pueden variar sustancialmente la situación contractual inicial.

Se trata de buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados. No basta justificar una determinada decisión racional sino que deben justificarse también los condicionantes y las circunstancias procedimentales. Se busca confrontar el sentido de justicia, que todo ciudadano llega a desarrollar a través de su existencia social, con los principios de justicia concertados, para lograr un proceso de ajuste y reajuste continuo, hasta alcanzar una relativa concordancia.

La racionalidad dialógico-moral se convierte, entonces, en deliberativa[27], ético-contextual, en la medida en que se enmarca en situaciones sociales concretas; y la posición original y sus principios son enjuiciados por la razón subjetiva de la persona, lo que genera la transformación de los imperativos morales abstractos en normas específicas que el individuo, en cuanto sujeto moral y ciudadano, se compromete a cumplir dado que han sido fruto de un procedimiento consensual de decisión y de su libre elección racional.

El equilibrio reflexivo se constituye en un auditaje subjetivo desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios, pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo con su desarrollo en el marco de nuevas circunstancias sociales. Esto se convierte en un recurso individual que garantiza que el ciudadano, en cuanto persona moral o sujeto colectivo, pueda tomar distancia frente a las decisiones mayoritarias que considere arbitrarias e inconvenientes. De esta manera, la "exigencia de unanimidad […] deja de ser una coacción"[28].

El equilibrio reflexivo es la polea que permite articular la dimensión política con la individual, dándole al ciudadano la posibilidad de replantear los principios de justicia y la estructura social que se deriva de ellos cuando sus convicciones así se lo sugieran. Con ello, Rawls pretende resolver la contradicción que había quedado pendiente en el contractualismo clásico entre la voluntad general y la autonomía individual, que como mencionamos anteriormente, Kant había intentado resolver. Para Rawls, la voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima solo por ser la mayoritaria. Esta tiene que ser subsumida libremente por el individuo, o la minoría como sujeto social, en todo tiempo y lugar. El contrato social tiene que tener la posibilidad de ser legitimado permanentemente, a causa del impulso del consenso mayoritario, el disenso, la conciencia individual del ciudadano o del sujeto colectivo que quieran cuestionar y replantear el orden jurídico vigente.

[27] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 460-469.

[28] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 623.

La razón pública

La idea de razón pública en el pensamiento rawlsiano se cristaliza y madura con la publicación de *Political Liberalism* en el año 1993, donde asume la posición de que la pluralidad razonable de doctrinas religiosas, filosóficas y morales será el rasgo predominante de una cultura pública democrática, donde la participación política —de la pluralidad de razones públicas— solo es justificable si se hace de acuerdo con una constitución, cuya esencia es su aceptación por parte de todos los ciudadanos a la luz de principios e ideales plausibles, considerados razonables y racionales, de los cuales deviene el principio de legitimidad liberal[29]. Rawls cierra la concepción del liberalismo político en la idea de razón pública, como se mencionó anteriormente, e introduce la figura que retoma del equilibrio reflexivo, que se abordara más adelante, pero en una proyección socio-institucional que será equivalente de aquella[30]. Es de esta manera que la razón pública, pues, es pública de tres maneras:

> como razón de los ciudadanos en cuanto tales, es la razón del público; su objeto es el bien público y cuestiones de justicia fundamental; y su naturaleza, su contenido, es público, y está dado por los ideales y principios expresados por la concepción de la justicia política que tiene la sociedad, ideales y principios desarrollados, sobre esa base, de un mundo abierto y visible.[31]

Según Rawls, toda sociedad tiene un modo de fijar sus fines en un orden de prioridades y tomar sus decisiones de acuerdo con este, que él indica como su razón, que es un poder intelectual y moral arraigado en las capacidades de sus miembros —característica de un pueblo democrático—, los cuales comparten una posición de igual ciudadanía y buscan el bien público, que será la concepción básica de la justicia. Para Rawls la prioridad de la justicia sobre el derecho, la eficacia y el bienestar es esencial para toda democracia constitucional. Esta significa que los principios de justicia imponen límites a los modelos de vida permisibles, y los planes de vida ciudadanos que los transgreden no son legítimos ni moralmente justificables. Define, igualmente, una noción de neutralidad procedimental sin acudir a valores morales legitimarios y sin ser ella misma procedimentalmente neutra.

La sociedad política posee, además, una idea civil del bien que realizan los ciudadanos en cuanto personas y cuerpos corporativos, manteniendo un régimen constitucional justo y conduciendo en el marco de este sus asuntos privados.

---

[29] John Rawls, "La idea de razón pública", *Isegoría* 9 (1994): 5-40.

[30] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 212-254.

[31] John Rawls, "La idea de razón pública", 6.

Los ciudadanos comparten así un fin común: sustentar instituciones justas que les proporcionan un bien específico como individuos[32].

Pero no es una razón abstracta y en ello reside la diferencia con la noción ilustrada de la razón. Se inviste de cuestiones y foros concretos donde la razón pública se expresa. En una sociedad democrática la razón pública se traduce en una razón ciudadana, donde sus miembros como cuerpo colectivo de ciudadanos ejercerán un poder político y coercitivo unos respecto de otros, al promulgar leyes o enmendar la constitución cuando así se requiera. Según Rawls, es importante mencionar para el proceso democrático liberal que el alcance de la razón pública no cobijará toda la política sino solo los esenciales constitucionales y las cuestiones de justicia básica de sus estructuras. Lo anterior solo significa que los valores políticos han de fijar temas esenciales tales como: "quiénes tienen derecho al voto, o qué religiones hay que tolerar, o a quién hay que garantizar una igualdad de oportunidades equitativa o tener prioridades"[33].

Además de no ser aplicable a las deliberaciones personales sobre cuestiones políticas o las reflexiones gremiales —universidades o iglesias— sobre la sociedad, ya que el ideal de la razón pública no solo gobierna el discurso público sobre estas cuestiones sino, también, las consideraciones de la ciudadanía sobre ellos. Las connotaciones establecidas en la ciudadanía democrática imponen el deber moral de explicar de qué manera los principios y políticas que se defienden bajo argumentos racionales deben ser congruentes con los valores políticos de la razón pública. Es así que la razón pública debe regir el modo en que los ciudadanos votan en asuntos esenciales de la constitución o en las cuestiones de justicia básicas.

La razón pública no se circunscribe al foro legislativo sino que es asumida también por la ciudadanía como criterio de legitimación de la constitución. El ciudadano afirma el ideal de razón pública, no como resultado de compromisos políticos, sino desde el seno de sus propias doctrinas razonables, así como su concepción sobre la justicia política, en cuanto macro-valores reguladores de la estructura social.

El contenido de la razón pública es, pues, el de los principios de la justicia o de la concepción de justicia concertada públicamente, en cuanto especifica derechos, libertades y oportunidades, asignándoles una prioridad lexicográfica y garantizándoles las medidas necesarias para cumplirlas, independientemente de todo tipo de doctrinas omnicomprehensivas de la sociedad.

Como ya se mencionó, la principal expresión de la razón pública es, en todo régimen democrático, la Corte Suprema de Justicia, como expresión de una democracia constitucional con revisión judicial, donde los jueces deben explicar y

[32] Al respecto véanse, por ejemplo: Ronald Dworkin, *Ética privada e igualitarismo político* (Barcelona: Paidós, 1993); Charles Taylor, *La ética de la autenticidad* (Barcelona: Paidós, 1994).

[33] John Rawls, "La idea de razón publica", 6.

justificar sus fallos fundándolos en la interpretación de la constitución, las leyes y los precedentes relevantes. Esta institución será la encargada de defender los dos esenciales constitucionales, a saber: primero, los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y los procesos políticos, es decir, la de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como el alcance moral y efectivo de la regla mayoritaria; y, segundo, los derechos básicos iguales y libertades ciudadanas que deben ser respetados por la mayoría en cualquier circunstancia.

La razón pública será una de las razones de existencia, aunque no la única, de la Corte Suprema de Justicia al ser la instancia superior de interpretación judicial, sin ser la máxima representación de la ley. La Corte Suprema de Justicia es la rama del Estado que ejemplarizará la manifestación de la razón pública. El rol de esta es proteger la constitución mediante el control de la razón pública, evitando que aquella sea traspasada por la legislación ordinaria, así sea expresión de una mayoría legislativa. Es importante precisar que sus decisiones deben ser congruentes con la constitución y sus mandatos y, por ello, estas decisiones no van en contravía de la mayoría. Los tribunales de justicia, al justificar sus decisiones, a diferencia del ejecutivo y el legislativo, donde sus actos no son justificados, según Rawls, se convierten en el paradigma de la *razón pública*.

El derecho y la relación consensual legitimidad-validez-eficacia

Reconociendo, con Robert Alexy[34], que el concepto y la validez del derecho suponen concebir no solo una validez jurídica sino también una social y otra ética, la teoría rawlsiana igualmente va a permitir inferir, a partir de los tres momentos descritos y del paradigma jurídico planteado, tres instancias de legitimidad, validez y eficacia correspondientes: una dialógico-moral, contractual-consensual y, por último, una social-contextual.

Esta clasificación[35] remite a criterios suprasistémicos normativos, factores intrajurídicos estructurales y elementos extrasistémicos empíricos que el derecho debe tener en cuenta, como se vio antes, en la concepción, concreción y ejecución de contenidos, instrumentos y productos jurídico-legales y sin el cumplimiento de los cuales, desde la óptica constructivista expuesta, carece de legitimidad, validez y eficacia[36].

[34] Véase, específicamente: Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 87-89 y ss.

[35] Esta clasificación se basa en la propuesta de Robert Alexy (*El concepto y la validez del derecho*, 95-122) de distinguir, en cuanto a la norma fundamental se refería, una concepción normativa (Kant), otra analítica (Kelsen) y una final empírica (Hart), que permitiría integrar —en la tónica metodológica hegeliana— las tres concepciones, lo que es posible de manera natural a partir del constructivismo rawlsiano.

[36] Consultar, adicionalmente, el ilustrativo estudio de Philippe Gerard, *Droit et démocratie: réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique* (Bruxelles: Publications des Facultées Universitaries Saint-Louis, 1995); en especial, la segunda parte, "Démocratie et légitimité du droit", 103-282.

Legitimidad consensual prejurídica

Un primer criterio de legitimidad consensual del orden jurídico positivo lo constituye el procedimiento dialógico para concretar los principios de justicia desde los cuales deben regirse las instituciones. El procedimiento de argumentación permite a la ciudadanía discutir la problemática social desde un modelo consensual que garantiza la imparcialidad de los contenidos concertados, señalándole a la perspectiva moral su horizonte político-social y permitiéndole, a través de ello, ensanchar la base ética del contrato democrático y propender por una transformación equitativa de sus estructuras sociales.

En efecto, antes que los principios de justicia en sí mismos, el procedimiento de decisión dialogal, sugerido por la posición original y sus respectivas constricciones, cuyo objetivo es garantizar la simetría en el proceso de consensualizacón para asegurar el carácter de la voluntad general y el interés público, se convierte en un modelo de participación, tanto institucional como ciudadano, que define criterios puntuales desde los cuales la ciudadanía juzgue dialógicamente la dinámica de las instituciones y compele a que estas contengan estructuralmente un espacio de concertación con la ciudadanía en la concepción de las políticas públicas.

El procedimiento consensual determina un modelo de democracia participativa que concibe al ciudadano capaz de legitimar o deslegitimar las instituciones sociales desde su concepción concertada de justicia, lo que hace de la ciudadanía el epicentro de la discusión argumentada sobre los principios jurídicos que la rigen y establece los procedimientos institucionales que permitan su participación dialogal efectiva en la gestión pública.

Un segundo criterio de legitimidad consensual lo constituye, por tanto, la discusión pública sobre la concepción de justicia que debe regir la estructura básica de la sociedad. La dinámica y estabilidad del sistema político se logra primordialmente porque los ciudadanos, los grupos sociales a que pertenecen y los sujetos político-colectivos a través de los cuales se manifiestan, afirman, así, las instituciones por considerar que estas satisfacen un ideal de justicia pública.

Es en el marco de una sociedad que satisface condiciones de publicidad y argumentación pública sobre la justicia donde la ciudadanía se constituye en fundamento de realización del sentido de justicia y, por ende, del sistema institucional mismo.

El sentido de justicia de la ciudadanía, fruto de su discusión sobre la concepción de justicia, se convierte en el garante de legitimación permanente del orden institucional. Desde este, concretado en principios de justicia, el ciudadano legitima o deslegitima la acción del Estado y la gestión pública o de cualquier sujeto colectivo, en la medida en que ello o sus eventuales propuestas de reforma satisfacen o no una estructura social equitativa.

La concepción de justicia desborda el ámbito institucional y recae en la sociedad civil que es la que debe vigilar el cabal cumplimiento de esta por parte del Estado. Toda trasgresión estatal, o de cualquier grupo que atente contra esos principios, se convierte en fuente de deslegitimación o en la posibilidad de ejercer acciones institucionales alternativas que garanticen su adecuada realización.

Finalmente, los principios de justicia, no tanto los rawlsianos como los resultados de la discusión ciudadana, de acuerdo con las especiales características de su cultura política pública y las concepciones de justicia y justicia distributiva vigentes en su interior, se convierten en un tercer criterio de legitimidad extrajurídico del orden institucional, en la medida en que el devenir de la sociedad, el Estado y el gobierno se ciñan a sus disposiciones.

En este nivel cobran especial y decisiva importancia, desde la perspectiva rawlsiana, las disposiciones contempladas por los principios de justicia y, en especial, las normas de prioridad de la libertad y de la justicia sobre la eficacia y el bienestar. La consideración de que todo recorte de libertades debe reforzar el sistema total de libertades y que aquellos que se verán afectados por tales restricciones deben convalidar tal decisión, así como la de que la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos, se constituye en criterios puntuales para evaluar el discurrir institucional en aspectos tan determinantes como el manejo político y económico de la sociedad.

Validez consensual jurídica

Un primer factor de validez consensual a nivel político-institucional lo constituye, además de la efectiva asunción de los principios de justicia por parte de las instituciones y de la garantía de que la ciudadanía pueda tomar parte activa en las deliberaciones sobre políticas públicas guiados por aquellos, el que ello se vea garantizado, constitucional y legalmente, por figuras de resistencia ciudadana como la objeción de conciencia y la desobediencia civil, cuando los principios de justicia no fueran adecuadamente desarrollados por el Estado o fueran amenazados o vulnerados por determinados grupos sociales.

La selección de los principios de justicia se justifica en la medida en que ellos alientan y determinan el discurrir institucional. En consecuencia, el orden jurídico positivo debe garantizar constitucionalmente, a través de la objeción de conciencia, cuando el individuo se sienta afectado por cualquier medida estatal o gubernamental que no se acomode al espíritu de los principios, o la desobediencia civil, cuando las mayorías impongan, contra la concepción de justicia pública concertada, medidas que afectan a sujetos colectivos minoritarios dentro de la sociedad; entonces, la ciudadanía puede oponerse a tales disposiciones, con todas las garantías legales necesarias.

La inexistencia de tales mecanismos y la posibilidad de imposiciones que, aunque mayoritarias, contravengan la concepción pública de justicia, deslegitima e invalida el orden institucional vigente. Ello conlleva un segundo factor de validez consensual adicional, en el manejo político del Estado y la sociedad. Las políticas públicas no solo son evaluadas desde el constructor hipotético de la posición original sino también supone, como condición jurídico procedimental de estas, un mecanismo de concertación política que Rawls, como lo vimos, denomina consenso traslapado o entrecruzado, en la perspectiva de garantizar un pluralismo razonable entre los diferentes sujetos colectivos sociales que le confiera un soporte firme y estable al sistema democrático constitucional y participativo.

En la medida en que la gobernabilidad del Estado y la interrelación social no se fundamente en un consenso de tales características y no se asegure, por tanto, un pluralismo razonable a su interior, la gestión de gobierno puede ser cuestionada y deslegitimada por no garantizar una base consensual suficiente en el manejo de la sociedad.

Un tercer factor de validez consensual en este nivel lo constituiría la expresión institucional de la razón pública, concretada en su tribunal supremo de justicia o constitucional, en la medida en que ella interpreta la legislación, no solo desde el marco jurídico constitucional y jurisprudencial, sino desde la concepción pública de justicia concertada.

Una institución pública de control jurisdiccional o constitucional que no interprete las disposiciones legales desde los principios de justicia y, por tanto, que no garantice la preservación de aquellos como expresión consensual de la ciudadanía en cuanto constituyente primario, quedaría igualmente deslegitimada ante el foro de la opinión pública.

El constituyente primario, a través de los diferentes espacios de deliberación pública, puede desbordar, en su reivindicación de los principios, la misma instancia de interpretación constitucional que no sepa defenderlos de los excesos legalistas de un sistema jurídico positivo.

Eficacia consensual posjurídica

Finalmente, el derecho de la ciudadanía a disentir, tanto como individuo como sujeto colectivo, es un primer elemento de eficacia consensual, definitiva e irrenunciable, en el planteamiento rawlsiano. La democracia consensual se legitima en la medida en que la posibilidad de disenso es no solo respetada sino que pueda ser subsumida por el orden institucional.

Lo anterior determina un segundo elemento de eficacia consensual, en la medida en que se acepta como un momento estructural del proceso institucional en que el individuo o el sujeto colectivo, al no refrendar la concepción pública de

justicia, pueda o marginarse del orden jurídico o criticarlo desde su perspectiva omnicomprehensiva particular. De lo cual se desprende un tercer elemento de eficacia consensual, en cuanto lo anterior compele, incluso, a un replanteamiento total del contrato social, es decir, a reconsiderar de nuevo la concepción pública de justicia concertada y a buscar un nuevo consenso social que permita contener la disidencia y reconstruir el orden institucional desde una perspectiva que la integre sustancialmente.

Todo lo anterior se sintetiza en un principio integral de eficacia para cualquier modelo de democracia constitucional: la existencia de una concepción pública de la justicia que, como fruto de un amplio proceso de consensualización, los diferentes sujetos colectivos ciudadanos utilicen para evaluar la dinámica institucional, como marco general de sus propuestas y discusión pública sobre la estructura básica de la sociedad y, finalmente, como fundamento de interpretación constitucional sobre el orden jurídico existente.

Es, en palabras de Rawls, la prioridad de lo razonable sobre lo racional, de la justicia sobre el orden jurídico, la eficacia y el bienestar, la posibilidad de valorar la realidad social desde un principio moral externo a esta pero que alienta y se entronca en la vida institucional, política y económica de una sociedad, como la "condición incondicionada"[37], de carácter moral, que siempre buscó preservar Kant para garantizar la autonomía del sujeto frente a los "cantos de sirena" del orden legal y la felicidad funcional[38].

En la línea del razonamiento anterior, puede entonces reconocerse el aporte sustancial del planteamiento rawlsiano y sus implicaciones para el desarrollo moral, político e institucional de la democracia, sea cual sea el carácter, el nivel y la latitud en que se encuentren.

Modelo de democracia consensual que está todavía por ser explorado en todas sus connotaciones. En regiones como la latinoamericana, particularmente en Colombia, sus contenidos adquieren sesgos radicales desde los cuales criticar los excesos, las deficiencias y los enmascaramientos de regímenes políticos arbitrarios, deficientes y amañados, tanto desde una perspectiva político-moral, extrasistémica al orden legal, como desde de una visión jurídico-institucional, intrasistémica al ordenamiento positivo.

No hay democracia mientras esta no sea convalidada por la participación activa y efectiva de la ciudadanía en todos y cada uno de los aspectos que conciernen su vida diaria, máxime cuando ellos afectan sus más elementales derechos de subsistencia y respeto a su dignidad humana. Porque, con Rawls, siempre podremos concluir enfáticamente que:

[37] Véase, al respecto, el insuperable estudio de Joseph Marechal, *El punto de partida de la metafísica: la crítica de Kant* (Madrid: Gredos, 1958), 250-261.

[38] Véase: Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura* (México D.F.: Porrúa, 1973), 170-172.

> […] la estabilidad de una sociedad bien ordenada no se funda meramente en el equilibrio percibido de fuerzas sociales cuyo resultado todos aceptan porque ninguno puede hacer nada por mejorar. Al contrario, los ciudadanos afirman las instituciones […] porque razonablemente creen que satisfacen su concepción de justicia pública y efectiva.[39]

De donde se desprende una nueva relación entre derecho y legitimidad determinada, no solo por una concepción pública de justicia, sino, sobre todo, por el necesario e insalvable proceso discursivo de consensualización que supone todo procedimiento jurídico para ser susceptible de aceptación universal en una sociedad determinada:

> La característica especial de un régimen constitucional es la de que el poder político es, en últimas, el poder público, es decir, el poder de ciudadanos libres e iguales en cuanto cuerpo colectivo […] ello plantea la cuestión de la legitimidad de la […] autoridad, a la cual está íntimamente conectada la idea de razón pública. El trasfondo de esto es que siempre concebimos a la ciudadanía como razonable y racional […] e igualmente contemplamos la diversidad de doctrinas razonables de carácter religioso, filosófico y moral, sobre la que se levanta una sociedad democrática, como un rasgo permanente de su cultura pública […] [En este sentido] solo una concepción política de la justicia, que todos los ciudadanos puedan endosar razonablemente, puede servir como el fundamento de la razón pública y la legitimidad.[40]

Conclusión

La propuesta de Rawls presenta tres perspectivas de la razón práctica en tres momentos de un mismo proceso de construcción que relaciona las dimensiones de legitimidad, validez y eficacia, reconociendo la autonomía onto-epistemológica de cada una, pero proyectando excesivamente la primera sobre las otras. La justificación moral está, así, en el centro del procedimiento dialógico de elaboración de los principios de justicia en cuya definición deben participar todos los miembros de la sociedad como sujetos libres y autónomos.

Constituir una sociedad como sistema equitativo de cooperación social requiere, para Rawls, recurrir a la esfera de la moral para determinar allí principios que puedan servir como ideas orientadoras de las instituciones jurídico-políticas y que, una vez aceptados por los ciudadanos, contribuyan a la eficacia del sistema

[39] John Rawls, "El constructivismo kantiano en teoría moral", 156.

[40] John Rawls, *Political Liberalism*, 136.

social. Esta última radica, según Rawls, en que todos los bienes sociales primarios —libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases del respeto mutuo— sean distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual beneficie a los menos aventajados.

En su teoría de la justicia Rawls concibe un primer momento dialógico moral de justificación moral y legitimidad, a saber, un procedimiento de argumentación de las concepciones de la justicia a partir de una posición original hipotética (asegurada con un velo de ignorancia de los participantes), lo que hace posible lograr un consenso unánime con garantías procedimentales suficientes de universalidad, autonomía e imparcialidad sobre los principios de justicia seleccionados.

Rawls introduce entonces la noción de bienes sociales primarios que los ciudadanos requieren para desarrollar sus planes de vida y, que, a su vez, constituyen la columna vertebral de lo que él ha denominado su "concepción kantiana de la justicia como imparcialidad". Al introducir estos elementos fácticos en la discusión sobre los principios, el autor pretende superar los dualismos y el abstraccionismo formalista de la filosofía moral kantiana, pues los bienes sociales primarios aseguran que los participantes cuenten con sólidos criterios para la escogencia de principios adecuados a la sociedad, con lo cual supera las limitaciones impuestas por el velo de ignorancia.

Del procedimiento de discusión dialógico-moral, Rawls deriva sus dos principios de justicia que habrán de regular la estructura básica de la sociedad y dispondrán la organización de los deberes y derechos sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. Estos principios constituyen el fundamento dialógico-moral, extra-sistémico, del ordenamiento jurídico positivo y son un criterio de legitimidad e interpretación de todas las medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan las interpretaciones constitucionales tanto como las ciudadanas sobre cualquier medida que afecte el orden social.

Un segundo momento consensual contractual de validez, derivado del primero de legitimidad y articulado a través de un principio positivo de igual participación, determina la unidad jerarquizada del ordenamiento, configura las deliberaciones al interior del congreso legislativo y la aplicación jurisdiccional de las normas en casos de conflicto específicos. Esta etapa viene determinada por su pretensión de (teniendo en cuenta el papel de la justicia como regulador del sistema de cooperación social) forjar instituciones virtuosas que permitan a la ciudadanía la realización imparcial de sus planes racionales de vida; es decir, su objetivo primordial es garantizar que los principios de justicia vayan filtrando todas las instituciones y situaciones sociales. La esfera de la validez viene estructurada, igualmente, por mecanismos como la desobediencia civil y la objeción de conciencia

dentro de la constitución política, es decir, por instrumentos de supervisión, presión y resistencia de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurídico positivo, lo cual exige, a su vez, un consenso social más amplio de carácter político.

Para Rawls, el pluralismo razonable de doctrinas sociales omnicomprehensivas es la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social, cuyo fundamento normativo debe ser una concepción política de la justicia que se oriente por los principios de justicia señalados. El pluralismo razonable tiene como objetivo la obtención de un consenso entrecruzado que constituye el principal instrumento procedimental de convivencia política democrática. Este trasciende los principios políticos que instituyen los procedimientos democráticos, para incluir principios que cubran la estructura básica como un todo. Para ello es necesaria la promoción de propuestas legislativas y ciudadanas que garanticen mínimos de bienes sociales primarios y no solo de libertades políticas. Aquí Rawls inserta su concepción de razón pública, como cuerpo colectivo donde los miembros de una sociedad democrática son quienes ejercen un poder político y coercitivo.

El contenido de la razón pública es la concepción de justicia concertada públicamente, en cuanto especifica derechos, libertades y oportunidades, asignándoles una prioridad lexicográfica y garantizándoles las medidas necesarias para cumplirlas, independientemente de todo tipo de doctrinas omnicomprehensivas. La rama del Estado que ejemplariza esta razón pública es la corte suprema de justicia como protectora de la constitución emanada del consenso entrecruzado. Allí es donde, en últimas, se garantiza la articulación entre los términos consensuales de legitimidad político-moral y de validez jurídico-política, si bien el núcleo epistemológico sigue descansando en la legitimación procedimental que se deriva del procedimiento y de los principios de justicia concertados.

Finalmente, un tercer momento social-contextual de eficacia, la racionalidad dialógico-moral, se modifica en racionalidad ético-contextual donde la posición original y sus principios son enjuiciados por el individuo o los sujetos colectivos pudiendo escoger y reconocer principios de justicia afines a los escogidos consensualmente. El equilibrio reflexivo se constituye en auditaje subjetivo como posibilidad permanente de cuestionar y replantear aquellos principios. En la medida en que los principios de justicia y sus proyecciones institucionales son contrastadas y subsumidas desde las formas de vida de las diferentes visiones omnicomprehensivas, la estabilidad de la sociedad queda garantizada. El consenso se ve refrendado desde el disenso y, en este sentido, la estabilidad que alcanza permite asegurar la eficacia del sistema en general.

TERCERA PARTE:
LA TEORÍA DISCURSIVA DEL DERECHO

CAPÍTULO VII

RECONSTRUCCIÓN GENÉTICO-ESTRUCTURAL DE LA TEORÍA DE JÜRGEN HABERMAS. DE LA RAZÓN FILOSÓFICA MONOLÓGICA AL PARADIGMA SOCIOLÓGICO COMUNICATIVO

Introducción

Generalmente se ha identificado a la primera Escuela de Frankfurt, particularmente a sus exponentes emblemáticos, Horkheimer, Adorno y Marcuse, con la filosofía, en un malentendido y desconocimiento de lo que realmente fue lo que también se denominó la "teoría crítica" cuya expresión apunta, de manera explícita, al nuevo carácter disciplinario que desde temprano tendría la Escuela[1].

El Instituto de Investigación Social, que fue la entidad académica que en la Universidad de Frankfurt aglutinó a este grupo de investigadores, constituyó un intento de crítica integral a todos los ámbitos sociales desde una perspectiva que abarcó diversas disciplinas e intereses. En efecto, un primer vistazo al trabajo llevado a cabo por estos autores revela una amplia gama de influencias, vertientes y disciplinas de trabajo, en la que convergen representantes de variados campos del conocimiento, como fueron, entre otros, la musicología (Adorno), la sociología (Horkheimer), la filosofía (Marcuse), el derecho (Neumann y Kirscheimer), la ciencia política (Pollock), el psicoanálisis (Fromm), etc.[2]

---

[1] Sobre la historia de la Escuela de Frankfurt, véase: Martín Jay, *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt* (Madrid: Taurus, 1974); Enrico Rusconi Gian, *Teoría crítica de la sociedad* (Barcelona: Martínez Roca, 1969); Rubén Jaramillo Vélez, *Presentación de la teoría crítica de la sociedad* (Bogotá: Argumentos, 1982).

[2] Véase: Carlos Thiebaut, "La escuela de Frankfurt", en *Historia de la ética*, t. III, ed. de Victoria Camps (Barcelona: Crítica, 1989), 441-480.

A pesar de tales diferencias disciplinarias, el elemento que los aglutinaba era su apuesta por un nuevo tipo de exploración teórica sobre la realidad social, lo que Hokheimer denominara la teoría crítica frente a la tradicional, cuya característica central intentaba ser la articulación del análisis conceptual con una praxis transformadora en una perspectiva emancipatoria y cuyo método de abordaje era inspirado por lo que Adorno inicialmente denominaba, en la línea de la tradición sociológica alemana, una "sociología de la reflexión"[3].

Vale la pena recordar las diferentes etapas por las que transita la Escuela, a partir de la década de los veinte, cuando se crea, hasta la muerte de sus fundadores a finales de los sesenta y comienzos de los setenta. Una primera etapa se desarrolla desde su fundación hasta el momento del suicidio de Walter Benjamin, en 1939. Este periodo constituye la organización y la consolidación del Instituto como centro de investigación, y de ahí los esfuerzos para la explicitación y articulación de los fundamentos y referentes teóricos y su interés por una renovación interdisciplinaria del marxismo. Este esfuerzo se vería coronado con el surgimiento de una teoría social reconstruida y un programa interdisciplinario de crítica social.

Una segunda etapa es jalonada por el suicidio de Benjamin y el exilio de Hokheimer, Adorno y Marcuse en Estados Unidos, lo cual tiene dos consecuencias teóricas y una metódica. Las primeras tienen que ver con el impacto que los planteamientos de Benjamin tienen en Horkheimer y Adorno y su consecuente radicalización de la lectura lukacsiana sobre el problema de la racionalización occidental que este hace desde los planteamientos de Weber, en términos de una crítica de la razón instrumental a lo largo de la historia de Occidente, desde los griegos hasta nuestros días, la cual reinterpreta la alienación como una problemática no superada, prácticamente consustancial al desarrollo occidental desde sus orígenes, y que puede rastrearse incluso en *La odisea*, que anticipa desde entonces la actitud estratégica e instrumental que alcanzaría su forma definitiva en el capitalismo moderno[4].

La consecuencia metódica es la asunción que Horkheimer y Adorno, especialmente, hacen de los métodos cuantitativos de investigación sociológica que por sus proyectos se ven obligados a implementar en Estados Unidos, lo que le proporciona a su sociología de la reflexión el piso empírico requerido para tomar distancia de la filosofía.

Una tercera etapa la constituirá, ya de regreso a Alemania a partir de los cincuenta, la consolidación de la Escuela como polo de reconstrucción conceptual

[3] Véase, H. C. F. Mansilla, *Introducción a la teoría crítica de la sociedad* (Barcelona: Seix Barral, 1970).

[4] Max Horkheimer y Theodor Adorno, "Concepto de Ilustración", en *Dialéctica de la Ilustración* (Madrid: Trotta, 1998), 59-96.

de posguerra, tanto en su país como en Europa en su conjunto, que teóricamente significa, por los lados de Horkheimer y Adorno, el intento de fundamentación de una sociología crítica y, por los de Marcuse, la denuncia de la sociedad unidimensional en que el capitalismo se estaba convirtiendo en Occidente.

En este contexto es que va surgiendo la figura intelectual de Habermas, inicialmente como asistente de Adorno, precisamente en el famoso Congreso de Sociología Alemana de comienzos de 1961 donde se desarrolla el determinante debate entre Popper y aquel sobre el método en la sociología y las ciencias sociales[5]. Heredero de sus maestros de la primera teoría crítica, Jürgen Habermas será el más representativo autor perteneciente a la segunda generación de la Escuela de Frankfurt, junto con Clauss Offe, Oskar Negt y Alfred Schmidt, entre otros.

En general, la teoría habermasiana ha sido presentada como "filosófica" lo que, de entrada, además de su densidad y complejidad, la ha alejado de la masa crítica académica en latitudes como la nuestra. Sin embargo, aunque heredero de la tradición filosófica alemana y en la línea de la teoría crítica frankfurtiana, desde la década de los sesenta Habermas inicia un lento pero radical proceso de cuestionamiento y ruptura con la filosofía que sin duda se concreta en su texto "¿Para qué aún hoy filosofía?" que claramente señala no solo el ocaso sino la impotencia del pensamiento filosófico frente al conjunto de disciplinas que por sí solas han desarrollado sus propios parámetros de reflexión y ya no requieren del ancestral tutelaje de la filosofía como "ciencia madre"[6].

Parafraseando a Nietzsche, la "filosofía ha muerto" y su retirada a una ideológica y distante filosofía analítica, preocupada solo de la "claridad del lenguaje" mientras el mundo se desmorona a su alrededor, es la muestra fehaciente de esa realidad.

Esta convicción produce en Habermas un replanteamiento, tanto temático como metodológico, íntimamente entrecruzados, que lo lleva a no proferir especulaciones filosóficas (en el mejor sentido gadameriano) que no estén sustentadas, ya en modelos sociológicos empíricos, ya en investigaciones disciplinarias especializadas. Habermas no hace filosofía: a partir de su método hermenéutico reconstructivo retoma los estudios sociológicos y especializados para, desde ahí, plantear argumentos normativos que puedan ser confrontados con la realidad misma.

Así pues, la filosofía da paso a una teoría crítica que se fundamenta o sociológica o disciplinariamente desde los estudios puntuales y consensuados de cada ciencia sin adoptar la mirada imperial de la filosofía decimonónica que las distintas disciplinas ya no precisan ni admiten.

La obra de Habermas puede interpretarse como una propuesta teórica inte-

[5] Jürgen Habermas, "Contra un racionalismo menguado de modo positivista", en *La disputa del positivismo en la sociología alemana* de Theodor Adorno et ál. (Barcelona: Grijalbo, 1972).

[6] Jürgen Habermas, "¿Para qué aún hoy filosofía?", en *Sobre Nietzsche y otros ensayos* (Madrid: Tecnos, 1982), 62-88.

gral en tres direcciones que, a su vez, constituyen tres momentos en el desarrollo de esta. En un primer momento, Habermas propugna por redefinir los nuevos términos de la problemática sociológica y política en el capitalismo tardío, derivando de ello un proyecto de reconstrucción del materialismo histórico. A continuación, su reflexión se centra en la fundamentación de una teoría de la acción comunicativa, sobre el piso de un diagnóstico sociológico sobre el derecho y, a partir de allí, la reconstrucción discursiva de la legitimidad como estrategia emancipatoria en la sociedad capitalista, que posteriormente complementa con la concepción de su ética discursiva. Finalmente, en un tercer momento, Habermas se enfila hacia una reconstrucción normativa del Estado democrático de derecho fundado en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía.

Este escrito busca dar cuenta del giro sociológico habermasiano a lo largo de su obra. Intentaré, inicialmente, mostrarlo junto con la asimilación que hace 1) de la sociología weberiana y parsoniana que culmina en su apuesta de reconstrucción 2) del materialismo histórico. Posteriormente, reconstruiré el giro comunicativo de su segundo momento otra vez poniendo de relieve el piso sociológico que conlleva y que le permite 3) plantear su agudo diagnóstico sobre el derecho en la Modernidad, al final de lo cual confío en que pueda quedar claro porqué el pensamiento de Habermas no reedita la filosofía en sus términos convencionales sino, por el contrario, le apuesta a un pensamiento posfilosófico que no solo se estructura en términos de una teoría crítica sino que adopta, además de su carácter interdisciplinario, una raigambre sociológica que determina sus condiciones de posibilidad epistémica.

La hipótesis de trabajo que para ello voy a proponer es la siguiente. El pensamiento habermasiano se consolida a partir de su rompimiento con la filosofía como matriz de interpretación societal, no solo en términos del paradigma monológico de la conciencia sino de la hegemonía imperante de la filosofía analítica de su momento. A partir de entonces adopta la sociología reconstructiva y el paradigma comunicativo como matrices de interpretación social en cuanto fundamento de una teoría discursiva, moral como política, que constituirá más tarde la base para su posterior teoría discursiva del derecho.

La segunda teoría crítica en cifrado sociológico

Lectura weberiana

El proceso de racionalización occidental se revela como un conflicto de ámbitos socio-culturales o, en otras palabras, como un choque de sociedades. Por un lado, se encuentra la sociedad tradicional, caracterizada por una economía agrícola, un Estado centralizado, una técnica incipiente, una cosmovisión unitaria y un tipo de

legitimación fundamentada en un marco institucional compuesto por el conjunto de normas, valores y tradiciones que orientan las interacciones lingüísticamente mediadas de la comunidad[7].

El ámbito socio-cultural determinante en este tipo de sociedad es el lenguaje, en la medida que la producción y reproducción espontánea de la formación económico-social depende de interacciones lingüísticamente mediadas en el marco de la comunicación cotidiana. De aquí se deriva el marco institucional de normas, valores y tradiciones cuya red intersubjetiva proporciona el fundamento de legitimidad al orden establecido. De allí que en este tipo de sociedad, el aprendizaje de reglas de comportamiento, entronizadas sobre las estructuras de la personalidad, sea el objetivo cardinal que permita asegurar la legitimación social y su consecuente producción y reproducción económica[8].

Por el contrario, la sociedad moderna, caracterizada por la economía capitalista, la innovación científico-tecnológica institucionalizada, la dominación político-legal asegurada por la dinámica de la producción económica misma y la legitimación procedimental anclada en el modelo de cálculo racional de la empresa capitalista y mediada por el derecho y su red de procedimientos jurídicos funcionales, abstractos y despersonalizados, tiene como ámbito socio-cultural determinante el trabajo, por medio del cual se articulan, simultánea y espontáneamente, la acción racional y los sistemas de acción racional con arreglo a fines.

De allí que para su producción y reproducción, garantizada en forma automática por el mismo proceso productivo, se requiera mejor el aprendizaje de reglas de acción racional que desarrollen disciplinas y habilidades en los sujetos, considerados funcionalmente, y las cuales garanticen la elección racional adecuada que la acción y los modelos de acción instrumental requieren para la integración del sistema.

Pero el desarrollo capitalista global y su penetración en el espacio geográfico de una sociedad tradicional generan dos tendencias de racionalización que horadan de manera progresiva la totalidad de estructuras de la sociedad tradicional[9]. La descomposición de la sociedad tradicional que con ello se genera, debido a esta doble tendencia de racionalización que penetra los ámbitos de la sociedad (cognoscitivo-instrumental, estético-expresivo y práctico-moral), origina un cambio cualitativo en el carácter de esta, que se expresa en dos transformaciones sistémicas en su interior.

---

[7] Jürgen Habermas, "Ciencia y técnica como ideología", en *Ciencia y técnica como ideología* (Madrid: Tecnos, 1984), 53-112.

[8] Jürgen Habermas, "Ciencia y técnica como ideología", 73.

[9] Jürgen Habermas, "Ciencia y técnica como ideología", 77-78.

De una parte, en el hundimiento del Estado interventor que conlleva que el este desregule dominios no estratégicos de la vida económica, y los deje en manos de los particulares; la repolitización del marco institucional, en términos de una resolución tecnocrática de los problemas sociales, sin participación efectiva de la comunidad; y una nueva legitimación del dominio político, sin recurrir a la presión represiva ni apelar a las antiguas tradiciones político-culturales disueltas.

De otra, en la consolidación de una ideología científico-tecnológica, la cual impone una lógica del progreso técnico a la sociedad; la disociación de su autocomprensión convencional, a partir de la deslegitimación de sus sistemas de referencia comunicativa (tradiciones vinculantes) y sus conceptos de interacción simbólicamente mediados (valores y símbolos constitutivos); y, por último, la fundamentación de la legitimidad en una conciencia tecnocrática, la cual se presenta como neutra y no-ideológica ni politizada, "garantizando" así la pureza racional-estratégica del proceso técnico de planeación social, sobre el que la comunidad no puede tener ninguna incidencia efectiva[10].

Ambos cambios suponen una radical transformación del marco institucional de la legitimación tradicional[11]. La resolución técnica de las necesidades políticas remite de nuevo, subrepticiamente, al derecho y a los procedimientos jurídico-administrativos que despliega para ello, los cuales no tienen otra fuente de legitimación que su efectividad resolutoria misma, por un lado, y, por otro, su deslegitimación de facto de las necesidades prácticas concretas del mundo de la vida que ya no logran traducirse a través de la nueva forma política[12].

Lectura parsoniana

Sistema y mundo de vida

Habermas parte desde muy temprano de una diferenciación muy interesante y decisiva entre sistema y mundo de vida. Sin duda recuperando el sentido de la teoría sistémica de Parsons[13], uno de sus grandes contradictores pero también maestro, Habermas pretenderá fundamentar un concepto de crisis social introduciendo una diferenciación entre lo que denomina sistema y mundo de vida[14],

[10] Sobre los nuevos tipos de ideología en el capitalismo tardío véase también: Jürgen Habermas, "El concepto sistémico de ideología y la teoría de sistemas como nueva forma de ideología", en *La lógica de las ciencias sociales* (Madrid: Tecnos, 1988), 380-402.

[11] Jürgen Habermas, "Ciencia y técnica como ideología", 83.

[12] Véase, igualmente: Thomas McCarthy, "Problemas de legitimación en el capitalismo avanzado", en *La teoría crítica de Jürgen Habermas* (Madrid: Tecnos, 1987), 414-445.

[13] Véase: Talcott Parsons, *El sistema social* (Madrid: Alianza, 1984).

[14] Jürgen Habermas, "Sistema y mundo-de-vida", en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* (Buenos

como dos instancias distintas de una misma totalidad social cuyas contradicciones y conflictos determinan la tipología de las crisis que se presentan al interior de la sociedad capitalista.

En la línea "[...] un concepto de crisis delineado según la teoría de sistemas. Las crisis surgen cuando la estructura de un sistema sociedad admite menos posibilidades de resolver problemas que las requeridas para su conservación"[15], entendiendo por "sistema sociedad", "un sistema de sistemas sociales" compuesto por los subsistemas económico (instituciones económicas), político-administrativo (instituciones políticas) y socio-cultural, este último que incluye, en lo fundamental, las diferentes formas y expresiones subculturales que conforman lo que se denomina mundo de vida[16].

En este punto, la crisis parece expresarse, al interior de un sistema social, en una contradicción entre los subsistemas económico y político-administrativo, cuyo objetivo sustancial es la funcionalidad del sistema, y el subsistema socio-cultural, cuya característica esencial es la justificación normativa de las correspondientes formas de vida y del sistema en general.

Existen, entonces, dos dimensiones de la dinámica social: una integración sistémica orientada a garantizar la funcionalidad del sistema y el equilibrio social a través de mecanismos impersonales, independientes de cualquier consenso normativo; y una integración social fundamentada en consensos normativos a partir de procesos comunicativo-vitales sobre el marco institucional en que se desenvuelven las diferentes formas de vida existentes al interior de una sociedad[17].

Como es de suponer, cada uno de estos tipos de integración social corresponde a una sociedad determinada: el sistémico a la capitalista y el social a la tradicional. En el primero, la integración queda supeditada al mercado y al subsistema administrativo-político, mientras que en el segundo la integración queda subordinada al marco institucional y a los consensos normativos del mundo de la vida.

Pero más allá de ser tipos ideales de modelos de sociedades determinadas, ambas dimensiones coexisten al interior de las capitalistas y de las tradicionales en transición estructural. Esa coexistencia se manifiesta en un conflicto entre dos principios de organización social opuestos: una integración sistémica cuyo principio de orden es el control; y una integración social cuyo principio de orden es el consenso.

Aires: Amorrortu, 1975), 15-23.

15 Jürgen Habermas, "Sistema y mundo-de-vida", 16-17.

16 Jürgen Habermas, "Sistema y mundo-de-vida", 20.

17 Véase: Enrique Serrano Gómez, "Racionalización social y legitimación", en *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado* (Barcelona: Anthropos, 1994), 181-214.

El diagnóstico habermasiano del análisis de ambas dimensiones apuntaba desde entonces, y así lo enfatizaría más tarde[18], a mostrar que este conflicto se resolvía momentáneamente en un desacoplamiento entre sistema y mundo de vida, es decir, entre integración social y sistémica, propiciado por la división del trabajo, en lo cual la primera quedaba supeditada a la segunda debido a la consolidación de subsistemas sociales que no requieren directamente consensos normativos del mundo de la vida para garantizar su funcionalidad.

Ello genera un cuadro de consecuencias de enorme significado para el desarrollo de las sociedades capitalistas o en transición estructural: una sustitución del lenguaje vital por medios objetivos de coordinación social (dinero y poder, por ejemplo); un aumento del control técnico y organizativo sobre la sociedad; y, finalmente, un desequilibrio entre ambos niveles de integración de la sociedad que deforma su proceso histórico de racionalización social.

Desacoplamiento sistémico

Una reconstrucción histórica del proceso de racionalización social permitiría precisar tres momentos diferentes: uno donde la integración sistémica se identifica con el marco institucional, es decir, que los procesos funcionales que garantizan la producción y reproducción de la sociedad se encuentran mediados por el marco institucional de esta o, en otras palabras, por el acervo de símbolos, valores y tradiciones socio-culturales que lo legitiman. No hay diferenciación entre sistema y mundo de vida: los componentes estructurales del sistema social, a saber, sociedad, cultura y personalidad, se encuentran adheridos entre sí.

En un segundo momento, como resultado del proceso de racionalización capitalista, se produce la separación entre los componentes estructurales de la integración social, la sociedad abandona los esquemas interpretativos tradicionales para la coordinación de la acción, la cual intenta rehacer mediante esfuerzos comunicativos. Ello aumenta la posibilidad de disentimiento y descoordinación de la acción entre los hombres y potencializa la necesidad de asumir medios de organización que eviten las discrepancias y garanticen la funcionalidad social.

Esto desemboca en un tercer momento donde surge definitivamente una sociedad diferenciada en la cual sistema y mundo de vida no solo han dejado de coincidir, sino en la que la integración sistémica prima sobre la social, y el mundo de la vida queda sometido a los imperativos de organización tecnocrática, por lo cual desecha los medios lingüísticos e intersubjetivos para garantizar la producción y reproducción social y, en consecuencia, reemplaza la búsqueda

18 Véanse: Jürgen Habermas, "El mundo de la vida como horizonte y trasfondo de la acción comunicativa", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II (Madrid: Taurus, 1990), 170-179; así como *Ciencia y técnica como ideología* (Madrid: Tecnos, 1984), 53-112.

de acuerdos y consensos normativos por mecanismos impersonales de articulación sistémica[19].

El primer momento definiría un tipo de sociedad tradicional mientras que el segundo coincidiría con lo que se ha definido antes como sociedad tradicional en transición estructural y el tercero con sociedad industrial capitalista y/o poscapitalista.

Este proceso, cuyo momento culminante, aunque no necesario, es el de la sociedad diferenciada, tiene como consecuencia el surgimiento de una serie de patologías sociales, que más tarde serán analizadas con mayor profundidad, en especial a lo que al derecho se refiere, una de las cuales, sin duda de importancia cardinal, es la sustitución de la legitimación tradicional por una procedimental, primero, y funcional, después, que al no requerir mediaciones intersubjetivas desechan tanto el lenguaje como la búsqueda de consensos como medios de coordinación social.

La integración social queda anclada a procesos sistémicos o procedimentales impersonales y cuasiautomáticos, y el mundo de la vida ve reducida y sometida su dinámica a los imperativos tecno-funcionales del sistema. En estos procesos funcionales, las conexiones sistémicas se concretan a través de procedimientos jurídico-legales con lo cual el derecho deviene el instrumento de consolidación de los subsistemas económico y político-administrativo frente al subsistema socio-cultural que representa al mundo de la vida[20].

Tipología de las crisis y legitimidad

En el libro anotado[21] y a partir de los conceptos y diagnósticos expuestos, Habermas sugiere una tipología de las crisis que afectan a las sociedades capitalistas tardías y un intento de interpretación a partir del problema de la legitimidad que sin duda será uno de los ejes de reflexión determinantes durante toda su obra[22].

Habermas concibe el sistema social como compuesto por tres subsistemas: el económico, el político-administrativo y el socio-cultural, a cada uno de los cuales corresponden determinadas estructuras y sus correspondientes funciones sociales: al económico, las instituciones económicas y las relaciones de producción, cuya principal función es la distribución del poder económico y la disponibilidad de las fuerzas productivas; al político-administrativo corresponden las instituciones políticas, cuyas funciones esenciales son la organización de la ra-

[19] Véase: Enrique Serrano Gómez, "Racionalización social y legitimación", 181-214.

[20] Véase: Enrique Serrano Gómez, "¿Crítica de la razón funcionalista?", en *Legitimación y racionalización*, 257-267.

[21] Jürgen Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, 1975.

[22] Véase, por ejemplo: Jürgen Habermas, "Problemas de legitimación en el Estado moderno", en *La reconstrucción del materialismo histórico* (Madrid: Taurus, 1981), 243-272.

cionalidad administrativa y la distribución legítima del poder; y, por último, al socio-cultural corresponden las diversas formas de vida cuya función reside en la distribución de recompensas y el desarrollo de capacidades de disposición[23].

A cada uno de estos subsistemas corresponden diferentes tipos de crisis estructurales e insuficiencias estructural-funcionales: al económico corresponde una crisis económica, caracterizada por la incapacidad del Estado para continuar siendo agente planificador del monopolio extranjero y órgano ejecutor espontáneo de la ley del valor. Al subsistema político-administrativo corresponden dos tipos de crisis diferentes: una de racionalidad, cuando la organización administrativa es desbordada por intereses individuales contrapuestos y empieza a ser horadada por la generación de estructuras pseudoinstitucionales paralelas; y una de legitimación, cuando el Estado se ve obligado a intervenir administrativamente en la tradición socio-cultural para reducir el déficit de legitimación existente, lo que origina el surgimiento de efectos secundarios no programados por sus límites sistémicos.

Y, por último, al subsistema socio-cultural corresponde una crisis de motivación por la erosión de las tradiciones pertinentes para conservar el sistema y la insuficiencia de este para satisfacer el sistema universal de valores a que se ve expuesto el mundo de la vida como producto de la globalización[24].

Cada una de estas crisis supone una interpretación diferente: la económica se origina en la intervención del Estado para remediar disfunciones del mercado y la acumulación del capital a través de compromisos cuasi-políticos; la de racionalidad surge en el desplazamiento de la crisis económica al sistema político-administrativo, lo cual transforma pero no supera el conflicto económico; la crisis de legitimación se debe a que la intervención del Estado en la economía agudiza la necesidad de legitimidad estatal si bien las formas tradicionales de legitimación han sido horadas por su propia acción; y la crisis de motivación de origina en este déficit de legitimación que pretende vanamente ser cubierto por la participación electoral, pero que solo ocasiona el refugio del individuo en su vida privada y su indiferencia política.

Estas crisis estructurales pueden derivar en sistémicas y erosionar gravemente o, incluso, propiciar una desintegración social, según el tipo de binomio en que coyunturalmente se expresen. En un primer momento, la crisis económica y la de racionalidad se pueden manifestar en una crisis sistémica de autogobierno, debido a que, como se dijo, el desplazamiento de la crisis económica al aparato administrativo no resuelve la insuficiencia estructural-funcional económica sino que la transforma en un conflicto fiscal cuyo origen inmediato es la socialización

[23] Jürgen Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, 42-49.

[24] Jürgen Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, 49-69.

de gastos frente a la privatización de las ganancias.

Pero lo interesante en la interpretación habermasiana es su afirmación de que este nivel sistémico de la crisis en las sociedades capitalistas nunca se produce porque la crisis, sin abandonar el subsistema político-administrativo, se desplaza a los límites de este con el subsistema socio-cultural, transformando las crisis de legitimación y motivación de aquellos en una crisis no sistémica de identidad, debido a que el Estado, de una parte, si bien se descarga de su exigencia de legitimación no logra que el mercado se autolegitime por no poder este autorregularse equitativamente y, de otra, al participar en el proceso de producción y distribución lo obliga a tener que legitimarse como cualquier Estado patriarcal de una sociedad tradicional[25].

De cualquier manera, como es claro, el conjunto de crisis potenciales de carácter estructural y/o sistémico conducen a un mismo punto: el déficit de legitimación en el que todas las demás insuficiencias estructural-funcionales descargan sus respectivas crisis y que hacen del problema de la legitimidad en el Estado capitalista, como en el patrimonialista, la principal y permanente fuente de conflicto de las sociedades moderna y tradicional.

Al unirse las crisis de legitimidad y motivación en los límites de los subsistemas político-administrativos y socio-cultural se produce una crisis de legitimación, que se expresa como una no sistémica de identidad, lo cual evita, gracias a ese desplazamiento, el derrumbamiento total del sistema. La crisis se desplaza de las estructuras económicas y administrativas a las normativas de la intersubjetividad de los agentes sociales, lo que impone la necesidad de una reconstrucción normativa de la legitimidad por la insuficiencia sistémica de la sociedad de autolegitimarse funcionalmente[26].

Reconstrucción sociológica del materialismo histórico

El programa de investigación habermasiano se consolida con su propuesta de una reconstrucción del materialismo histórico, ya no como un procedimiento heurístico, es decir, como una investigación, sino como una teoría de evolución social bajo una condición de tipo reflexivo. Lo que entiende por reconstrucción del materialismo histórico no es otra cosa que el desmonte de dicha teoría y una recomposición de esta, de manera que permita alcanzar la meta fijada. Desde esta perspectiva se propone analizar los conceptos y supuestos fundamentales

[25] Véase: Enrique Serrano Gómez, *Legitimación y racionalización*, 224-248.

[26] Véase, en general: William Outhwaite, "Social evolution and legitimation", en *Habermas: A Critical Introduction* (Stanford: Stanford University Press, 1994), 58-67.

del materialismo histórico para encontrar así sus dificultades más inmediatas[27].

Habermas hace referencia a dos supuestos fundamentales del materialismo histórico: primero, el teorema de la superestructura y, segundo, la dialéctica entre fuerzas y relaciones de producción. El teorema habla de una estructura fundamental sobre la que se erigen superestructuras jurídico-políticas e ideológicas.

Tal estructura está constituida por un sentido económico en el que se conjugan las relaciones de producción con las fuerzas productivas, condicionando las relaciones políticas, sociales, legales y espirituales que conforman el tejido derivado de las relaciones superestructurales. Eso quiere decir que la lectura que puede hacerse de Marx no solo se limita a lo económico sino que permite un reconocimiento de la dinámica que se establece en cada momento histórico en donde se representan de diferente manera ambos elementos.

En este sentido, la autogeneración de cada sociedad se da en términos de su base estructural buscando responder a una problemática originada desde su propio interior. En las sociedades capitalistas es claro que la base o estructura es coincidente con el sistema económico en el que las relaciones de producción regulan tanto la distribución de la riqueza social como el acceso a los medios de producción: el mercado es el ámbito en el que se realizan las diferentes transacciones o relaciones entre los estamentos e individuos de la sociedad.

Las relaciones de producción se difunden y fortalecen en los diferentes ámbitos, moldeando de tal manera una "cierta forma de integración social [...] el afianzamiento de la unidad de un mundo vital social en torno a los valores y las normas"[28]. Cuando no existe concordancia entre la forma de integración social y la respuesta a las problemáticas del sistema, la identidad social peligra.

Asimismo, la crisis en la que entra el sistema se halla en la contradicción entre fuerzas y relaciones de producción. Estas últimas son obstáculos para las primeras, que se superan en la revolución social, buscando el cambio de la base económica, y que afectan consecuentemente toda la superestructura derivada de aquella.

La dialéctica entre fuerzas y relaciones de producción puede tener un sentido tecnicista que el teorema supera, al plantear las técnicas de producción no solo en un ámbito de fuerzas organizadas y movilizadas, sino en términos de relaciones de producción coherentes con un sentido social del trabajo.

Habermas propone separar la esfera de la acción comunicativa de la acción instrumental. Con esta distinción el teorema puede entenderse como el reconocimiento de un proceso endógeno de aprendizaje que cuida del desarrollo del co-

[27] Jürgen Habermas, "La reconstrucción del materialismo histórico", en *La reconstrucción del materialismo histórico*, 131-167.

[28] Jürgen Habermas, "La reconstrucción del materialismo histórico", 146.

nocimiento, técnica y organizativamente, y permite su transformación en fuerzas productivas. Esto llevaría, según Godelier, a un modo de producción que podría equilibrarse si existiera correspondencia estructural entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción.

En ese contexto, las formas de integración que surgen de los procesos revolucionarios tienen un carácter práctico-moral más que técnico-valorativo, determinado por reglas de acción instrumental y estratégica que se materializan en la interacción social. En este orden, los problemas sistémicos se resolverían directamente desde la base económica de la sociedad, desde donde se originarían las soluciones y se materializarían, en un núcleo institucional nuevo, la acumulación de potenciales cognoscitivos que posibilitarían la superación de los problemas críticos del sistema, apoyados en la expansión de fuerzas productivas y en un nuevo contexto de integración social e institucional.

La pregunta decisiva en este punto, para el materialismo histórico, es si la solución de problemas sistémicos se logra a través de la dinámica del conflicto social, es decir, de la revolución, o si es posible lograrlo por medio de una estrategia de integración social alternativa que garantice el desarrollo económico y al tiempo reconstruya el lazo social fracturado. Habermas propone no solo un aprendizaje de lo técnico-valorable que afecta a las fuerzas productivas, sino una ampliación hacia la conciencia práctico-moral que fortalezca una dinámica propia e interactiva.

Habermas plantea, entonces, una ontogénesis de la competencia de acción, fundamentada en tres etapas de la comunicación, que permitirá una reubicación del carácter interpretativo del materialismo histórico. Tales etapas son, primera, la de la interacción simbólica donde el símbolo se enlaza con la acción de una actividad comunicativa; segunda, la del discurso propositivo diferenciado, donde se separan por primera vez el hablar y el obrar y se da un intercambio de experiencias intersubjetivas; y, tercera, la del discurso argumentativo, donde existe una consideración de las normas y roles establecidos para dar razón de las acciones realizadas.

Desde esta perspectiva sería posible realizar una nueva valoración que comprenda más claramente el desarrollo social ligado al acto comunicativo, en una interpretación que da paso al reconocimiento de los diferentes matices que puede adquirir la evolución social a través de su desarrollo. Ello supondrá, en un primer momento, una reflexión sobre el tipo de crisis que afecta al capitalismo tardío, que define el carácter particular asumido por esta, y, segundo, las estrategias, en este caso comunicacionales, que permitirían encontrar una salida. Tal es el marco desde donde debe comprenderse la propuesta de la acción comunicativa y de la ética del discurso de Habermas.

La teoría comunicativa en anagrama sociológico

Crítica a Weber y Parsons

En el libro *Teoría de la acción comunicativa*[29], Habermas acomete la reconstrucción de la teoría weberiana sobre el proceso de racionalización occidental, en el marco de la cual aborda, en particular, el papel racionalizador jugado por el derecho[30], en un estudio excepcional de sociología jurídica inadvertido por muchos jurisconsultos, del que se deriva un primer diagnóstico sistemático sobre esta disciplina con puntuales connotaciones tanto para las sociedades capitalistas convencionales como para las tradicionales o en transición estructural.

Weber: derecho racional

El proceso de racionalización occidental, descrito por Weber y reconstruido por Habermas, se caracterizó históricamente por dos factores que originan el inicio de la desaparición de la sociedad tradicional. En primer lugar, se produjo un desencantamiento de las cosmovisiones tradicionales del mundo con el cual las antiguas imágenes cosmológicas sufren un proceso de sistematización y progresivo horadamiento, por el cual pierden el poder vinculante y cohesionador que tuvieron en las sociedades tradicionales premodernas.

A lo largo de tres siglos, estas imágenes son reemplazadas por un pensamiento crítico que disocia las normas, valores y tradiciones que hasta entonces regulaban las relaciones sociales, y somete a la sociedad a nuevos imperativos derivados de la dinámica del mercado. Este proceso de racionalización cultural tiene como consecuencia el surgimiento de un tipo de acción social diferente al tradicional, caracterizado por lo que Weber y Habermas denominan la "acción racional con arreglo a fines", propia de la sociedad mercantil[31].

Pero el segundo factor es, sin duda, más importante. A través de un proceso de racionalización del derecho, por medio del cual se desacraliza y se profana, desligándose del tipo de legitimación simbólico-religiosa premoderna, el derecho deviene el "medio organizador" que posibilita la institucionalización de la acción racional individual en "sistemas de acción racional con arreglo a fines". A través de la concepción y concreción de estructuras normativas, el sistema jurídico se constituye en el instrumento que garantiza y legitima el cálculo racional-instru-

[29] Véase: Jürgen Habermas, "La teoría de la racionalización de Max Weber", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. I (Buenos Aires: Taurus, 1989), 197-350.

[30] Jürgen Habermas, "La teoría de la racionalización de Max Weber", 330-350.

[31] Véase, igualmente: Enrique Serrano Gómez, "Racionalización y desencanto del mundo", en *Legitimación y racionalización*, 65-96.

mental y la planeación estratégica, tanto de la sociedad como de los individuos que la componen, en lo que constituye el segundo momento de racionalización social del sistema capitalista.

Esto deriva en un tercer tipo de legitimidad, alternativo a la tradicional y a la carismática. La sociedad moderna fundamenta su legitimación en una dominación legal-racional, donde el derecho es estatuido de un modo racional, con arreglo a fines y no a valores, como respuesta a un universo de reglas abstractas y no personalizadas, donde el mismo soberano (príncipe o asamblea) respeta un orden legal impersonal y el dominado respeta, por ese mismo carácter, el orden institucional representado en el derecho.

Tres órdenes de consecuencias se derivarán de esto. La primera es la inevitable descomposición de la sociedad tradicional, debido a los efectos que el proceso de racionalización produce en las estructuras económicas, políticas y simbólicas que la componían, lo que origina un cambio cualitativo y cuantitativo en el carácter y en la ordenación de esta.

La segunda consecuencia, derivada también de lo anterior, es la pérdida de sentido colectivo y de libertad individual. De lo anterior se sigue la tercera consecuencia: ante el desencantamiento simbólico de la realidad y la desacralización del derecho, la fuente de legitimidad se transfiere a una legalidad reencantada, en una singular paradoja que Weber describe como la "fe en la legalidad".

La estructura de la dominación se revela así como una autoridad que se expresa a través de políticos profesionales, ejercida por cuadros administrativo-burocráticos, libres y calificados, organizados a través de una jerarquía administrativa con funciones delimitadas en el marco de un orden donde ciudadanos y funcionarios obedecen por igual a un orden jurídico-legal impersonal[32]. Ante el horadamiento de la sociedad tradicional, sus correspondientes formas de dominación y su reemplazo por una sociedad moderna, la legitimidad tradicional-carismática se transforma en una forma de legitimidad que Weber denomina *fe en la legalidad*, propia de la dominación legal-racional de esta última.

Esta paradójica figura con la que Weber describe el nuevo tipo de legitimidad se constituye gracias a dos elementos: primero, en virtud de un pacto de interesados, que, con base en un acuerdo de intereses entre los participantes, proporciona un fundamento racional-instrumental de la organización político-legal que se expresa en un consenso sobre las leyes; y, segundo, en virtud de un reconocimiento de la autoridad, gracias a la creencia en su validez como resultado de un procedimiento de acuerdo preestablecido. Ambos tipos de consensos o, mejor, de pactos o acuerdos, en cuanto no son en ningún caso norma-

[32] Véase: Enrique Serrano Gómez, "Legitimidad y dominación", en *Legitimación y racionalización*, 39-52.

tivos, confieren legitimidad al Estado en lo que Weber denominó la "democracia plebiscitaria del líder"[33].

Parsons: derecho integrador funcional

El proceso de racionalización occidental, conceptualizado por Weber en su primera etapa, no se detuvo y, por el contrario, se aceleró en el último siglo. En el puntilloso análisis de Habermas se muestra[34] de qué forma la racionalidad instrumental deviene funcional, y se constituye en una segunda etapa estructural del proceso de racionalización occidental que Weber describiera en sus orígenes.

En este nuevo marco, la dicotomía weberiana entre legalidad y legitimidad, que caracterizó a la Modernidad, se mantiene e, incluso, se reformula en una nueva dimensión: la de la sociedad organizada y concebida como sistema, que el estructural-funcionalismo ha intentado describir e interpretar, mostrando el carácter funcional que el mundo poscapitalita ha adquirido en la época posmoderna[35]. Talcott Parsons y, posteriormente, Niklas Luhmann ofrecerán versiones complementarias de ese desarrollo, en el cual el derecho deviene, definitivamente, un procedimiento funcional.

La teoría de Parsons se estructura a través de tres periodos decisivos[36]: el primero se cierra en 1937 con la publicación de "The Structure of Social Action", donde se define un concepto normativista de acción a partir del cual los patrones culturales determinan la relación entre personalidad y sociedad que da lugar a la acción social. En lo que Habermas califica como un claro determinismo cultural, la cultura proporciona los estándares desde los cuales el individuo orienta su acción personal hacia un espectro de expectativas sociales predeterminadas.

Los "Pattern Variables of Values Orientation" constituyen el puente con el periodo posterior. Estas variables describen la transición de las sociedades tradicionales a las modernas, mostrando que la acción racional con arreglo a fines se interioriza en el individuo y en la sociedad en cuanto valores culturales que orientan los patrones de decisión práctico-moral, y se constituyen en imperativos funcionales que inspiran y orientan la acción social.

El segundo periodo se completa en 1951 con la publicación de *The Social System*[37]. En esta obra Parsons renuncia a la teoría de la acción y asume la de

[33] Enrique Serrano Gómez, "Más allá del legado weberiano", *Legitimación y racionalización*, 97-111.

[34] Véase, al respecto: Jürgen Habermas, "Talcott Parsons: problemas de construcción de la teoría de la sociedad", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 281-426.

[35] En general, para lo que se refiere a la región andina, consultar: Fernando De Trazegnies, "El derecho civil como ingrediente de la Modernidad", en *Postmodernidad y derecho* (Bogotá: Temis, 1993).

[36] Renato Treves, *La sociología del derecho* (Barcelona: Ariel, 1988).

[37] Véase: Talcott Parsons, *El sistema social* (Madrid: Alianza, 1984).

sistemas como concepto guía de su teoría social. El estructuralismo funcional de su periodo anterior es reinterpretado en términos de un funcionalismo sistémico en el cual el mantenimiento del sistema constituye la función cardinal de este, siendo la integración funcional —y ya no la cultura— la base de la integración social. De igual manera se definen los tres órdenes de subsistemas, cada uno de los cuales debe ser considerado como centro interdependiente del sistema de acción, a saber: el social, el de personalidad y el cultural.

El tercer periodo alcanza su máxima expresión en 1964, con la publicación de *Economy and Society* (en coautoría con Neil J. Smelser) en el cual se define el esquema cuatrifuncional (AGIL) que explica la dinámica social. Cada subsistema garantiza el funcionamiento del sistema en la medida en que cumple una función específica y en conjunto determinan un esquema funcional de relaciones intersubsistémicas. Así, el subsistema económico cumple la función de adaptación (Función A) orientada a obtener y distribuir los recursos; el subsistema político cumple la función instrumental (Función G) encargada del logro de fines a mediano y corto plazo; el subsistema legal cumple la función de integración (Función I) que busca satisfacer las exigencias de lealtad y solidaridad, valiéndose de normas legales y mecanismos de control social; y el subsistema cultural cumple la función de mantenimiento del modelo (Función L), referida a los vínculos culturales y motivacionales y a las orientaciones de valor relevantes de la acción social (ver esquema).

ESQUEMA CUATRIFUNCIONAL

(TALCOTT PARSONS)

ENTORNO COMPLEJO

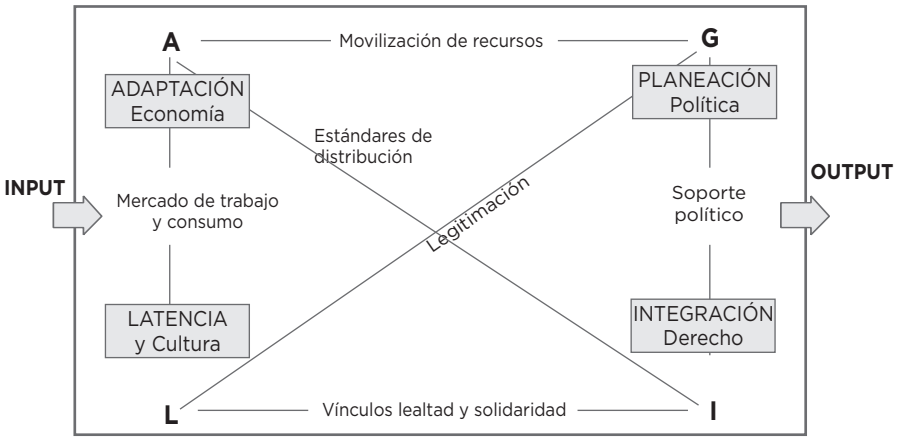


FIGURA 1. ESQUEMA CUATRIFUNCIONAL

El sistema jurídico-legal se apoya en una batería de medios de control entre los cuales figuran el dinero (medio de incitación), el poder (medio de intimidación), la influencia (medio de convencimiento), el compromiso (medio de admonición) y, en un segundo listado, Parsons incluye además la interpretación cultural, el afecto hacia la sociedad, el rendimiento personal y la capacidad intelectual, todos mecanismos a través de los cuales el sistema garantiza su funcionalidad. Como se infiere fácilmente, la pesadilla kafkiana no es nada en comparación con este engranaje de control funcional donde el derecho, en cuanto subsistema, ocupa un lugar estratégico para asegurar la integración sistémica del modelo.

Colonización del mundo de la vida

La tesis central de Habermas sobre el derecho se resume en un planteamiento sociológico sobre la colonización interna del mundo de la vida, que se efectúa a través de los procedimientos jurídicos. Una vez que la sociedad tradicional se encuentra en proceso de disolución y comienzan a consolidarse los sistemas de acción racional con arreglo a fines de la sociedad capitalista moderna, el derecho se convierte en el instrumento de los subsistemas económico y político-administrativo para someter al subsistema restante, el socio-cultural, es decir, al mundo de la vida, a los imperativos sistémicos del que aquel es medio organizador y que requieren realizarse para lograr la integración funcional del sistema. La integración social es reemplazada de esa manera por una integración sistémica.

Habermas retoma el hilo de esta problemática[38] una vez ha mostrado el desarrollo sistémico que sufre el capitalismo avanzado y del cual el estructuralismo funcional de Talcott Parsons y, posteriormente, el funcionalismo estructural de Niklas Luhmann[39] son expresiones teóricas de significativa relevancia para su adecuada comprensión[40].

En efecto, la hipótesis global es que la racionalización del mundo de la vida produce su desacoplamiento frente a los ámbitos sistémicos, sometiéndolo a la dependencia estructural y funcional de aquellos. Esta última provoca perturbaciones en la reproducción simbólica del mundo de la vida, lo cual se manifiesta en los fenómenos de frialdad y deshumanización, entre otros, que la sociedad percibe como patologías insalvables del proceso de modernización[41].

---

[38] Jürgen Habermas, "Consideraciones finales: de Parsons a Marx a través de Weber", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 427-527.

[39] Véanse: Talcott Parsons, *El sistema social*, 1984; así como Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema* (Barcelona: Paidós, 1990), y *Teoría política en el Estado de bienestar* (Madrid: Alianza, 1994).

[40] Véase: Jürgen Habermas, "Talcott Parsons: problemas de construcción de la teoría de la sociedad", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 281-425.

[41] Véase: Jürgen Habermas, "La tesis de Weber sobre la burocratización, traducida a conceptos de mundo de la vida

Habermas reinterpreta el análisis weberiano y sistémico, tanto de Parsons como de Luhmann, y analiza el fenómeno de la burocratización y sus consecuencias de la pérdida de sentido y libertad, desde la perspectiva marxista-lukacsiana de la colonización del mundo de la vida[42]. Cosificación (o colonización) que se ejerce en las sociedades modernas funcionalmente a través de los subsistemas económico y político-administrativo, sustituyendo las formas e instituciones socio-culturales sobrevivientes de la sociedad tradicional por un nuevo orden económico, de la propiedad privada, y político, de la dominación legal, a través y en la forma del derecho positivo.

La burocratización, como se mencionó anteriormente, se revela como un proceso de enajenación frente a las instituciones económicas, jurídico-políticas y sociales, y de cosificación de las relaciones personales e intersubjetivas de la sociedad en general. La realidad objetivizada se apodera de los contextos comunicativos del mundo de la vida y el derecho reemplaza paulatinamente a la ética como marco normativo de la acción social[43].

Una serie de patologías se desprende de este proceso, lo que no deben confundirse con el proceso mismo de burocratización. En primer lugar, la integración social confunde la esfera privada y la pública, y el intercambio entre sistema y mundo de la vida discurre a través de los medios de sujeto-consumidor y sujeto-ciudadano, los cuales operan como poleas despersonalizadas entre el subsistema socio-cultural y los subsistemas económico y político-administrativo.

En segundo lugar, frente al espacio de la opinión pública política, el individuo pierde capacidad de dar orientación unitaria a su vida, de lo cual surge un espectro de problemas de legitimación, de los que han sido expulsados los elementos morales por los imperativos sistémicos, y que cuestionan la legalidad de las decisiones y la observancia de los procedimientos. Es decir que cuestionan, según las categorías de Luhmann[44], la procesualidad sistémica sobre la que se autolegitima el sistema como tal.

Esto evidencia, en tercer lugar, la forma en que el proceso de burocratización deriva, en el capitalismo avanzado, en una cosificación sistémicamente inducida que enfrenta la dinámica evolutiva (mundo de la vida) con la lógica evolutiva (sistema) de la integración social[45]. Es en este contexto donde adquiere pleno sentido la tesis de Marx y Lukács sobre la reificación de los ámbitos de acción

---

y sistema", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 433-443.

[42] Jürgen Habermas, "La tesis de Weber sobre la burocratización, traducida a conceptos de mundo de la vida y sistema", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 470.

[43] Jürgen Habermas, "La tesis de Weber sobre la burocratización, traducida a conceptos de mundo de la vida y sistema", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 433.

[44] Veáse: Niklas Luhmann, "Sistema y función", en *Sociedad y sistema*, 41-107.

[45] Jürgen Habermas, "La tesis de Weber sobre la burocratización, traducida a conceptos de mundo de la vida y sistema", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 435-436.

socialmente integrados en términos de la colonización interna que el sistema, a través del derecho, ejerce sobre el mundo de la vida[46].

Esta colonización reduce las relaciones de intercambio entre ambas esferas, es decir, entre el ser humano y las instituciones o sistemas creados por la humanidad para su autosatisfacción, a una subrepticia relación de dominio en cuyos límites y a través de la cual los sujetos sociales se ven obligados a asumir una pseudorrelación con el sistema en los términos que la lógica del sistema les impone en contra de sus propias necesidades, aspiraciones y proyectos alternos, y sin posibilidades efectivas de enfrentarse a ello ni de originar cambios estratégicos sustanciales en la dinámica autorreferente de aquel.

Esto desemboca en una fragmentación de la conciencia cotidiana, la máxima expresión de la cosificación producida por la colonización sistémica ejercida sobre el mundo de la vida, que se manifiesta en una cultura escéptica y desencantada, fenómenos de frustración y un saber intersubjetivo que permanece difuso y sometido a una falsa conciencia respaldada por una cultura de expertos igualmente enajenada de los ámbitos mundo-vitales[47].

La colonización del mundo de la vida puede analizarse tanto desde una perspectiva histórica como desde una estructural. Históricamente responde a lo que Habermas denomina hornadas de juridización, es decir, las macroestructuras institucionales que a lo largo de la Modernidad han penetrado y racionalizado a la sociedad occidental y, en general, al mundo entero.

Ese aumento del derecho positivo, que no es otra cosa que la sustitución progresiva de la integración social por la sistémica, se manifiesta en dos fenómenos que caracterizan el proceso mismo de racionalización del derecho: el adensamiento y la extensión del derecho positivo y los procedimientos jurídicos. Habermas define las siguientes cuatro hornadas de juridización a partir del siglo XVI, a través de las cuales se han ido expresado y agudizando estos fenómenos, a saber: Estado burgués, Estado burgués de derecho, Estado democrático de derecho y, finalmente, Estado social y democrático de derecho[48].

Reconstrucción discursiva de la legitimidad

Racionalización del lenguaje

Para Habermas, la reconstrucción normativa de la legitimidad se fundamenta en la apelación a razones y buenos argumentos, y agota, en un primer momento,

[46] Véase: Jürgen Habermas, "Marx y la tesis de la colonización interna", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 469-527.

[47] Jürgen Habermas, "Marx y la tesis de la colonización interna", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 500-501.

[48] Véase: Jürgen Habermas, "Tendencias a la juridización", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 502-527.

la reconstrucción racional del lenguaje. La legitimidad pasa en Habermas por la determinación de las condiciones formales para la elaboración comunicativa de un consenso racional[49].

Esta reconstrucción racional del lenguaje se impone en la medida en que es el entendimiento, y no la razón, el núcleo normativo del discurso. Este es el *telos* del lenguaje y se apoya en pretensiones de validez del habla, mientras que el discurso es el medio racional del entendimiento y se sustenta en la fuerza del mejor argumento. Toda argumentación racional presupone una situación racional del habla que satisface las pretensiones de validez y las funciones pragmáticas definidas por el concepto de pragmática universal en Habermas.

El lenguaje está compuesto por actos de habla y estos, también conocidos como ilocutivos, poseen una fuerza ilocutiva que define su modo ilocucionario, es decir, una afirmación, una pregunta, una orden o un deseo, de donde se desprende un efecto perlocucionario orientado al éxito (imperativo sistémico) o al entendimiento (imperativo mundo-vital). La pragmática universal, condición de posibilidad para una reconstrucción racional del lenguaje, parte de la consideración de que el lenguaje racional debe cumplir pretensiones de validez y funciones pragmáticas del habla.

Las pretensiones de validez establecen que todo argumento debe cumplir una serie de requisitos: 1) de entendimiento, es decir, ser inteligible; 2) de verdad, o sea, que su contenido sea cierto; 3) de veracidad, es decir, que sea sincero; y 4) de corrección o rectitud moral. Ello permite satisfacer, de otra parte, las funciones pragmáticas del habla, a saber: la constatativa o representativa (verdad), la expresiva (veracidad) y la regulativa o interactiva (rectitud), fundamentales para nuestro modo de ser social en el mundo.

La situación ideal del habla constituye la condición de una argumentación plenamente racional, que permitirá encontrar el principio de legitimidad en el acto del diálogo. Este principio será el mismo de la democracia, el cual se define por un principio dialogal de legitimación. El diálogo, como anteriormente se mencionó, viabiliza la reconstrucción normativa de la legitimidad, la cual se encuentra en la comunicación y en la argumentación, libres de coacción externa, en el marco de condiciones que permitan el entendimiento, como objetivo central del lenguaje. Se puede decir que en la democracia los procedimientos adquieren fuerza legitimadora al estar mediados por un procedimiento de consensualización, el cual ha definido previamente su dimensión normativa. Esta comunicación no coaccionada, que se realiza a través del diálogo, llega a un entendimiento que

[49] Véanse, en general: Enrique Serrano Gómez, "Legitimidad y racionalidad comunicativa", en *Legitimación y racionalización*, 137-214; igualmente, William Outhwaite, "The Theory of Communicative Action: An Assessment", en *Habermas: A Critical Introduction*, 109-120. Una perspectiva más amplia en Thomas McCarthy, "Fundamentos: una teoría de la comunicación", en *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, 315-413.

produce la formación discursiva de la voluntad colectiva. Es aquí donde la democracia se fundamenta normativamente en el principio consensual de legitimación.

Ética del discurso

La garantía de constitución de la voluntad colectiva será vista por Habermas en una ética procedimental del discurso práctico. Esta ética del discurso establecerá dos principios, el Principio U o de universalidad y el Principio D o de argumentación moral, cuya satisfacción permite fundamentar el consenso racional normativo que caracteriza a la acción orientada al entendimiento, propia del mundo de la vida, diferenciándola de la acción orientada al éxito, propia de los subsistemas económico y político-administrativo y de sus objetivos estratégico-instrumentales[50].

El Principio U reza que "toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se derivan, previsiblemente, de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada particular, pueda ser aceptada libremente por cada afectado". La justificación de este principio de universalidad solo puede llevarse a efecto dialógicamente a través de un principio de argumentación, el Principio D: "[…] únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen (o pueden conseguir) la aprobación de todos los participantes de un discurso práctico" [51].

Estos principios no predeterminan ningún contenido normativo previo sino que solo establecen las condiciones dialógicas para la formación racional de la voluntad colectiva. Es la ética del discurso, expresada en tales principios, la que determina las condiciones de posibilidad de una racionalidad comunicativa democrática. Se trata, en últimas, de diferenciar dos tipos de acción social: la que está orientada al éxito y la que lo está al entendimiento.

La acción social orientada al éxito define un tipo de acción instrumental o estratégica, ambas determinadas por la observación de reglas de acción técnico-eficaz o reglas de elección racional. Por el contrario, la acción social orientada al entendimiento busca el entendimiento de los sujetos comprometidos en la acción a través de un proceso dialogal de consensualización[52].

En efecto, para Habermas el modo original del lenguaje es el orientado al entendimiento y no al éxito. En el primero el lenguaje es utilizado para conciliar proyectos de acción mediante un entendimiento comunicativo mientras que en el segundo es utilizado solo para almacenar y transmitir información. Esto se ex-

[50] Véase: Jürgen Habermas, "Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación", en *Conciencia moral y acción comunicativa* (Barcelona: Península, 1985), 57-134.

[51] Jürgen Habermas, "Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación", 62.

[52] Véase, igualmente: Jürgen Habermas, "Racionalización vs. tecnificación del mundo de la vida", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 253-261.

plica a partir de la teoría de los actos de habla de Austin y Searle[53]. El habla posee una doble estructura: por una parte, el sujeto se refiere a algo en el mundo y, por otra, de manera simultánea se establece una relación con el otro.

Los actos de habla están definidos por un acto locutivo que determina su contenido proposicional, de lo que se deriva su fuerza ilocutiva o modo ilocucionario que, a su vez, define el modo de uso de su contenido. Estos modos de los actos de habla son la afirmación, la pregunta, la orden o el deseo. De aquí se produce un resultado que se denomina efecto perlocucionario[54]. Cuando los efectos perlocucionarios desbordan el acto de habla para proyectarse a un contexto teleológico-instrumental, apoyándose en el manejo de disposiciones técnicas y no en el entendimiento intersubjetivo, el lenguaje se halla ante un uso estratégico de sí.

Por el contrario, cuando los efectos perlocucionarios tienen por causa un entendimiento intersubjetivo, a partir de la fuerza ilocutiva del acto locutivo, el lenguaje se halla ante un uso comunicativo de sí. En la acción orientada al entendimiento el lenguaje es utilizado para conciliar planes de acción mediante coordinación intersubjetiva. La función de coordinación propia de la acción comunicativa supone tres planos de reacción de un oyente frente a un acto locutivo: 1) entiende el significado; 2) toma postura ante ello; y, 3) orienta su acción según su aceptación o rechazo.

Ante esto se plantean dos posibilidades: la primera es que el hablante impone su propuesta mediante mecanismos de sanción preexistentes; la segunda es acudir a pretensiones de validez respaldas racionalmente. Solo en esta última se accede a un entendimiento intersubjetivo que buscará refrendarse en la satisfacción de las pretensiones de validez (verdad, rectitud y corrección moral) anotadas antes.

De cumplirse estas en el marco de las funciones pragmáticas del habla (constativas, regulativas y expresivas) y reguladas por los principios de la ética del discurso, se sientan las condiciones comunicativas para lograr un entendimiento intersubjetivo y, por su intermedio, una fundamentación consensual desde la cual emprender la reconstrucción normativa de la legitimidad desde el mundo de la vida[55].

Conclusión

En este apartado se buscó dar cuenta del giro sociológico habermasiano a lo largo de su obra. Como queda claro, desde mediados de los sesenta Habermas inicia un proceso de asimilación sistemática del discurso sociológico, en especial a partir

[53] Véanse: John Searle, *Speech Acts* (London: London University Press, 1969); J. L. Austin, *How to Do Things with Words* (Oxford: Oxford Clarendon Press, 1962).

[54] Véase: Jügen Habermas, "Excurso sobre las raíces de la acción comunicativa", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, 91-111.

[55] En general, consultar Albrecht Wellmer, *Ética y diálogo* (Barcelona: Anthropos, 1994).

de Weber y Parsons, en la perspectiva de articularlo como constructo de interpretación crítico, lo que lo conduce, inicialmente, a tomar distancia definitiva de la filosofía ("¿Para qué aún hoy filosofía?") y comenzar a aplicarlo al análisis de la problemática del capitalismo tardío ("Problemas de legitimación del capitalismo tardío") y la reconstrucción del materialismo histórico.

La *Teoría de la acción comunicativa* constituye la consolidación del constructo metódico que más tarde Habermas denominará "hermenéutica reconstructiva" y que, en lo esencial, su fundamenta en estudios empíricos, disciplinarios y sociológicos desde los cuales poder proyectar consideraciones normativas, más que "filosóficas" en el sentido decimonónico.

Su diagnóstico sobre el derecho como colonizador interno del mundo de la vida tiene un piso sociológico explícito, los planteamientos de Weber y Parsons, y tanto su teoría comunicativa como su ética del discurso se basan en la teoría del lenguaje como estudio psicológico-clínico de las implicaciones del lenguaje, más que en la filosofía del lenguaje en sí misma.

Habermas, además, reitera su distancia de la filosofía convencional y muestra que el pensamiento posmetafísico ("El pensamiento postmetafísico") abandona el carácter imperial que hasta hace dos siglos poseyera, y se concibe mejor como un acompañante de procedimientos de racionalidad al interior de los discursos especializados y la hermenéutica de la cultura ("La filosofía como vigilante e intérprete").

Su giro jurídico, como veremos, aplicará la misma perspectiva metódica. Su reivindicación del derecho como *médium* de la integración social no es una apuesta filosófica: se basa en un reexamen de Parsons. Su reconstrucción del concepto de derecho es la constatación histórica y sociológica de que el Estado democrático de derecho se deriva del consenso, tal como situacionalmente se presentó en Filadelfia y París a finales del siglo XVIII.

Sus teorías del derecho y constitucional se derivan de la reconstrucción especializada de los diferentes paradigmas teórico-jurídicos hermenéutico, positivista y realista, así como de los de adjudicación constitucional en la Corte Suprema de Justicia estadounidense liberal y republicana, en lo que podríamos denominar "sociología de la jurisprudencia constitucional".

Su propuesta de un paradigma de derecho reflexivo, hoy por hoy alternativa al de derecho formal del positivismo liberal y al de derecho material del Estado de bienestar, no es una elucubración filosófica sino la inferencia de la investigación sociojurídica de Gunter Teubner. Por último, su modelo de democracia radical se basa en un "modelo sociológico de política deliberativa de doble vía" que no deja espacio a la prescripción normativa de carácter filosófico.

Esa óptica de Habermas quizás sea su mérito para haber superado el pesimismo filosófico de la primera Escuela y sus deslindes hacia una metafísica materialista, como lo plantea Wellmer, pero también puede ser su debilidad al

haber perdido la dimensión de utopía que quizás solo la filosofía puede proyectar racionalmente. De ahí porqué sus discípulos, sin olvidarse de las condiciones de posibilidad que la sociología le ofrece a la teoría crítica, parezcan querer volver a recuperar ese horizonte emancipatorio que solamente las ideas regulativas del idealismo alemán parecen revelarnos.

CAPÍTULO VIII

EL PARADIGMA DISCURSIVO DEL DERECHO DE JÜRGEN HABERMAS. HACIA UN MODELO DELIBERATIVO DE ADJUDICACIÓN CONSTITUCIONAL

Introducción

Sin duda la teoría del derecho de Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (1992, en adelante *FV*), constituye uno de los clásicos más significativos del pensamiento jurídico de finales y comienzos de siglo. Junto a Kelsen, Pashukanis, Radbruch, Hart, Rawls, Dworkin, Alexy, Kaufmann y Kennedy, entre los que para mí constituyen la "biblioteca mínima" iusfilosófica y teórico-jurídica, la obra de Habermas se inscribe como una de las más representativas y significativas, no tanto de la filosofía del derecho como de la teoría jurídica contemporánea.

Habermas carga el estigma, entre los abogados especialmente, de ser en esencia un "filósofo" en general, y ni siquiera uno del derecho y mucho menos un teórico jurídico. Ignoran que desde la década de los setenta Habermas cambia la filosofía como esquema de interpretación societal por el de una sociología reconstructiva, en la línea de la sociología reflexiva de la primera Teoría Crítica, precisamente para obviar el argumento simple y descalificador de que sus planteamientos respondían a un deber ser irrealizable y no al ser de la realidad. Al contrario, las propuestas de Habermas se fundan en estudios sociológicos, empíricos y especializados, no en pretensiones imperiales de un "deber ser" filosófico que hace mucho dejó de tener vigencia vinculante para las ciencias sociales y empírico-analíticas, como lo fue hasta el siglo XIX.

Pero, además, la comunidad jurídica en general desconoce que desde *Teoría de la acción comunicativa* (1981), Habermas no solo reconstruye lo más distintivo de la sociología jurídica de Weber a Parsons, sino que, a partir de ello, traza

uno de los diagnósticos más demoledores sobre el derecho moderno después del planteado por Hegel en el ámbito filosófico: el del derecho como colonizador interno del mundo de la vida. Asimismo, se ignora que su teoría del derecho es la respuesta a la crítica que Robert Alexy le formula a mediados de los ochenta, en *Concepto y validez del derecho*, cuando le dice que su teoría de la acción comunicativa, precisamente por su implacable diagnóstico sobre el derecho, no puede resolverse sino como una teoría jurídica.

Ese "guantazo", como diríamos coloquialmente, lo recoge Habermas —no sin dolor— y procede a estudiar el derecho, ya no desde el "punto de vista externo", de acuerdo con la clásica distinción del profesor Hart, sino desde el "punto de vista interno" durante varios años. De ahí que *FV* sea el fruto de un seminario permanente de expertos europeos y norteamericanos sobre derecho privado y constitucional, cuya estrategia de investigación y estructura teórica cumple los cánones requeridos de todo texto teórico-jurídico.

En efecto, el libro presenta inicialmente una noción de validez jurídica que ilustra con la metáfora de la doble cara de Jano: la validez del derecho tiene que garantizar no solo una integración sistémica, procesada jurídicamente, sino, de manera simultánea, una integración social, democráticamente mediada.

Planteada esta hipótesis valorativa, Habermas procede, en la línea de los textos clásicos, reitero, primero —como espero mostrarlo más adelante— a reconstruir un concepto de derecho que le permite inferir la proyección normativa que las revoluciones democráticas angloamericana y francesa del siglo XVIII definieron —en los términos político-morales que un proceso constituyente dispone—; y, segundo, proceder a contrastar este concepto de derecho con el carácter que la decisión judicial asume en las escuelas teórico-jurídicas dominantes de nuestro tiempo: el iusnaturalismo o hermenéutica, el realismo y el positivismo.

En este punto, exactamente, es donde se presenta la discusión que este escrito quiere abordar y que Habermas define de manera puntual como el dilema histórico que enfrenta el derecho en los tiempos actuales: el carácter deontológico o axiológico que la decisión judicial tiene que perseguir en términos de "decisiones justas para todos" o de "decisiones buenas para algunos".

Para ello zanja una discusión entre Dworkin y Alexy, que en Colombia ha tomado ribetes caricaturescos, al mostrar que los dos representan soluciones opuestas y enfrentadas a esta disyuntiva histórica, en la medida que el primero —en la línea de Rawls— encarna la perspectiva deontológica y el segundo, por el contrario, la axiológica del derecho. Esto opone y clarifica las diferencias y distancias entre la teoría de la respuesta correcta dworkiniana y la teoría de la ponderación de Alexy, que en el contexto criollo hemos querido, erróneamente, identificar en la misma corriente.

La discusión entre Dworkin y Alexy contrasta con las posiciones de Habermas y sus cotejos sobre los paradigmas de adjudicación constitucional que en el Tribunal Constitucional alemán y en la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos se confrontan, y que le permite sugerir un tercer paradigma constitucional sustentado sociológicamente, como el que mejor garantizaría la perspectiva deontológica de decisiones justas para todos, frente a decisiones buenas para algunos que deslegitiman al sistema jurídico y político, en el nivel más alto que la justicia constitucional representa para la sociedad en su conjunto.

En ese orden de ideas, la hipótesis de trabajo que este capítulo buscará desplegar es la siguiente. Frente a la indeterminación del derecho y la irracionalidad de la justicia que el iusnaturalismo, el realismo y el positivismo propician, adoptando así cada una de ellas una perspectiva axiológica de decisiones judiciales "buenas para algunos", Habermas apuesta por una vía deontológica de decisiones judiciales "justas para todos" que reivindica a partir de la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, en línea con Rawls. Esto frente a la propuesta de la ponderación de Alexy, igualmente axiológica, y que en todo caso complementa con un modelo alternativo de adjudicación constitucional que, en contraste con los modelos dominantes tanto en el contexto alemán (ponderación) como en el angloamericano (liberal y republicano), propone a la opinión pública —basado en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía—, en la dialéctica de públicos dominantes y contrapúblicos contrahegemónicos de Nancy Fraser, como alter ego del tribunal constitucional, que le permita a este garantizar decisiones justas para todos y no buenas para algunos.

Para ilustrar ello seguiré el siguiente itinerario: en una primera parte retomaré a Rawls para mostrar de qué forma en la jerarquización de los principios de justicia, que este recoge en la figura del orden lexicográfico, se encuentra el origen de la perspectiva deontológica del derecho que Dworkin desarrolla y Habermas reivindica. Posteriormente, abordaré las teorías de Dworkin y Alexy para exponer sus principales elementos y señalar, en especial, las diferencias sustanciales que sus dos modelos teóricos entrañan frente a la cuestión del balanceo y la ponderación los principios, como dos metodologías contrapuestas de adjudicación constitucional. En la tercera parte, reconstruiré la teoría del derecho de Habermas en función de esclarecer su concepto de derecho, la reivindicación que hace, a partir de Dworkin, de la perspectiva deontológica del derecho y la decisión judicial frente a la axiológica de Alexy y su modelo alternativo de adjudicación constitucional que, en últimas, remite a un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía. Para finalizar, bosquejaré la discusión constitucional en Estados Unidos que Habermas recoge para sustentar su paradigma de adjudicación alternativo y, por último, retomaré, para contrastarla, tanto su concepción de validez jurídica como su perspectiva deontológica en el campo del derecho privado, como lo trae a colación en el último capítulo de *FV*.

No quisiera terminar la introducción sin aclarar expresamente la ubicación de este trabajo en el terreno de la teoría jurídica, incluso si se quiere de la filosofía del derecho, nunca en el de la hermenéutica y la interpretación constitucional. Su objetivo no es confrontar los cánones hermenéutico-constitucionales criollos sobre los que discurren sus altas cortes —aunque ganas no le falten—, sino plantear una discusión de la teoría transnacional del derecho, como diría el profesor Diego López, con el propósito de dar claridad sobre los términos originales de la problemática, tal como se ha llevado a efecto en el ámbito central y su singular recepción periférica, específicamente en Colombia, la cual, a juicio del suscrito, no ha recogido fielmente sus planteamientos sino que ha estado además sustancialmente desenfocada. Pero reconociendo, como dirán Rawls y Dworkin, que la última palabra en un sistema jurídico no la tienen los profesores de filosofía y teoría del derecho, ni los académicos en general, sino los jueces en sus decisiones judiciales.

Rawls: la jerarquización de los principios

La posición original

Como hemos visto anteriormente, Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual como instrumento para garantizar que los principios de justicia social que deban orientar la sociedad sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad normativa de estos[1]. El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad en su interior.

Vale la pena aclarar que la posición original no es sino el consenso político que se produce al interior de un congreso constituyente, como quedará claro al inicio de la segunda parte de *Teoría de la justicia* (en adelante *TJ*), en "Instituciones" de justicia, específicamente en el apartado sobre la "secuencia de cuatro etapas" donde queda en evidencia que el recurso contrafáctico de la posición original alude realmente al consenso sobre los mínimos fundamentales que se produce al interior de un proceso constituyente.

Del procedimiento de discusión consensual, como ya se expuso, Rawls deriva los dos principios de justicia que buscarán regular la estructura básica de la sociedad y disponer la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen.

[1] John Rawls, *Teoría de la justicia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1978), 35-40.

El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, de la riqueza y de la posibilidad de posición de los asociados.

Estos principios no solo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un criterio de legitimidad, validez y eficacia de las diferentes medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan, pues, en general, tanto las interpretaciones constitucionales y las decisiones legales como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y las medidas que afectan el orden social.

Jerarquización de los principios

En las condiciones formales de lo justo, ya al interior de la posición original, Rawls había planteado las cinco características que tendrían los principios que, consensualmente en su interior, se concertarían, a saber: universales, generales, públicos, jerarquizados y definitivos. El cuarto rasgo, precisamente, plantea que los principios no pueden ser aplicados en un orden discrecional, sino que su disposición deviene del consenso en esa posición original, en otras palabras, es fruto del acuerdo político al interior del congreso constituyente.

Aquí se introducen tanto una constricción moral y política como una constitucional que será clave para la hipótesis que quiero ilustrar en este trabajo: a los principios se les confiere una jerarquía especial, un orden en su aplicación, interpretación y adjudicación que no puede ser cambiado ni por los legisladores ni por el ejecutivo ni por los jueces. Estos últimos tendrán en sus manos la defensa de los principios, frente a las mayorías legislativas que siempre buscarán cambiarlos en su provecho o frente al ejecutivo que querrá aplicarlos de acuerdo con las necesidades del momento, pero no podrán cambiar su jerarquización.

En este sentido, de la discusión consensual se derivan los dos principios de justicia, que buscarán regular la estructura social y, de esta manera, disponer la organización de los derechos y deberes de la población al interior del grupo social, así como las medidas económicas que rigen a los individuos. El primer principio, en términos rawlsianos, precisa el ordenamiento constitucional de la sociedad y, el segundo, la distribución concreta del ingreso, la riqueza y la posibilidad de posición de los asociados al interior de la sociedad.

En el marco de estos principios, Rawls introduce un nuevo subconstructo denominado orden lexicográfico consecutivo, un "orden serial" en el cual ningún principio se interpone mientras no se haya satisfecho los primeros[2]. Es así, que el principio de igual libertad para todos los asociados se situará en un grado ante-

[2] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 83.

rior, por lo cual el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales queda supeditado a él. Este orden lexicográfico consecutivo garantiza el orden de aplicación de los principios, así como también el criterio permanente de solución a los fortuitos conflictos de interpretación y aplicación que se puedan presentar en la sociedad.

La formulación final de los principios de la justicia para Rawls, como se ha mencionado en los acápites anteriores, es la siguiente: primer principio, "cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos". Segundo principio, "[l]as desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: 1) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y 2) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades".

El orden lexicográfico define igualmente las dos normas de prioridad. En primer lugar, la de la libertad, y, segundo, la de la justicia sobre la eficacia y el bienestar. Estos principios (y los correspondientes subprincipios ya expuestos) no solo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un criterio de adjudicación sobre todas las normas que pretendan regular la estructura básica de la sociedad.

Dworkin vs. Alexy: peso vs. ponderación de los principios

En nuestro contexto ha hecho carrera una interpretación totalmente errada de las teorías de Dworkin y Alexy, sin duda al tenor de las necesidades adjudicativas que la Constitución del 91 tuvo desde sus comienzos. Interpretación que terminó maridando a Dworkin y a Alexy en la figura de la "ponderación", sosteniendo, por tanto, que en las teorías de ambos autores, frente a la colisión de estos, los principios eran "ponderados" de acuerdo con la "optimización" que se hiciera entre ellos en la perspectiva de resolver "casos concretos".

En lo sucesivo quisiera mostrar las dos posiciones divergentes de Dworkin y Alexy que, más adelante, Habermas terminará de dilucidar cuando contraste las posiciones antagónicas que los dos representan en cuanto al dilema histórico de la decisión judicial. Esta divergencia se presenta básicamente en que para Dworkin, en la línea de Rawls, los principios tienen un peso específico, en el caso de Estados Unidos dado por el Constituyente de Filadelfia inicialmente, y es ese balanceo (*balancing theory*) el que debe ser interpretado adecuadamente por el juez, en el ejercicio adjudicativo, para darle al principio en conflicto el peso correspondiente. El juez debe desentrañar y justificar en los tres momentos, preinterpretativo, interpretativo y postinterpretativo, el peso correspondiente de un principio frente a otro.

Por el contrario, Alexy operará partiendo de principios aparentemente horizontales cuyo conflicto tiene que ser resuelto en función de optimizar la aplicación del uno o del otro frente a un caso concreto particular, gracias a subreglas que permiten determinar el grado de optimización práctica entre ellos, con lo cual se lograría afinar un criterio pragmático de implementación en la aplicación de los derechos.

Dworkin: teoría del balanceo de los principios

Derecho como concepto interpretativo

Dworkin parte de lo que denomina una concepción interpretativa del derecho que le confiere al juez, como el principal protagonista del proceso judicial, una importancia decisiva en el desarrollo del derecho[3].

Superando la dicotomía entre derecho y moral, establecida por el utilitarismo, el positivismo y la filosofía analítica del derecho, Dworkin muestra su estrecha correspondencia y la necesidad de establecer entre ambos nexos sólidos, manteniendo, por supuesto, la autonomía de sus respectivas esferas.

La pregunta por el derecho remite, entonces, a un cuestionamiento sobre la interpretación:

> Pero si el derecho es un concepto interpretativo, cualquier jurisprudencia digna de tener debe ser construida sobre algún punto de vista sobre qué es la interpretación [...] La forma de interpretación que estudiamos, la interpretación de una práctica social, es como la interpretación artística [...] Denominaré ambas formas como formas de interpretación "creativa" para distinguirlas de la interpretación científica y la conversación.[4]

El derecho, como práctica social, es una interpretación creativa de la realidad que Dworkin denomina, además, como "constructiva". Como tal, cumple determinadas etapas: una preinterpretativa, donde se esclarecen las reglas y las normas de una práctica dada; una etapa interpretativa, donde el intérprete establece una hipótesis de trabajo, en el marco de las reglas y normas anteriores, y la justifica; y una etapa postinterpretativa donde evalúa y eventualmente reforma o no los resultados previos de su interpretación[5].

Obviamente, el derecho no está sujeto a una sola interpretación, precisamente por la existencia de determinados paradigmas dominantes:

---

[3] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1992), 76.

[4] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 47.

[5] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 57-58.

> Ciertas soluciones interpretativas [...] son muy populares durante una época, y su popularidad, ayudada por la inercia intelectual normal, alienta a los jueces para que las adopten para todo propósito práctico. Son los paradigmas y los cuasiparadigmas de su época [...] De repente, lo que parecía inobjetable es objetado, se desarrolla una interpretación nueva [...] de la práctica legal [...] Los paradigmas se rompen y surgen nuevos paradigmas.[6]

Lo que en últimas permite que, tras la multiplicidad de interpretaciones de esas "minorías progresivas", que en forma permanente introducen nuevos esquemas de interpretación, el derecho no explote en multitud de fragmentos es la interpretación de los jueces articulada a través del precedente. Estos, no como meros técnicos jurídicos, sino en la medida en que producen, a diferencia de los "filósofos de la justicia", reglas semánticas útiles para el derecho:

> Es así como la opinión de cualquier juez es en sí una filosofía del derecho, aun cuando esa filosofía se encuentra escondida y el argumento visible esté dominado por citas y listas de hechos. La jurisprudencia es [...] [un] prólogo silencioso a cualquier decisión en derecho.[7]

El juez introduce un principio de orden en la discusión iusfilosófica determinando, con su interpretación de las prácticas y normas legales, un "acuerdo inicial suficiente" que pueda ser tenido en cuenta por los abogados —los otros participantes del y en el sistema jurídico— para que "discutan sobre la mejor interpretación de lo que, a grandes rasgos, es la misma idea".

Paralelo a las discusiones de los filósofos del derecho, el juez, como un filósofo de hecho, al interpretar como principal protagonista del proceso jurídico las normas legales y determinar con ello sus reglas de juego, establece con su práctica y su jurisprudencia justificadora un parámetro que ordena el proceso jurídico y el cual es tenido en cuenta por los otros actores.

El juez integra los tres momentos interpretativos en la decisión judicial que toma ateniéndose, en los casos difíciles, a la prioridad del principio adjudicativo sobre el legislativo en el marco de lo que Dworkin denomina el "derecho como integridad" que, en contraste con el "pragmatismo legal" y el "convencionalismo", permite tomar una "respuesta correcta":

> [El derecho como integridad] sostiene que los derechos y responsabilidades provienen de decisiones anteriores y por lo tanto tienen valor legal [...]

[6] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 73-74.

[7] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 74.

> [no solo] cuando están explícitas en estas decisiones sino también cuando provienen de principios de moralidad personal y política que las decisiones explícitas presuponen a través de la justificación.[8]

En efecto, el juez abarca en su interpretación un espectro de elementos hermenéuticos para tomar una decisión en derecho que complementa —desde la dimensión de los principios— el marco de las reglas legales. Su objetivo no es solo el funcionamiento del aparato jurídico y la aplicación de las normas legales, sino de la justicia, en el más amplio y profundo sentido del término:

> El mal juez [...] es el juez rígido y "mecánico" que hace cumplir la ley para beneficio de esta, sin importarle la miseria, la injusticia o la ineficiencia que provoque. El buen juez prefiere la justicia a la ley.[9]

El juez Hércules

A partir del análisis de casos difíciles, como, en general, de todas las prácticas del derecho consuetudinario, Dworkin llega a la conclusión de que para resolverlos el juez necesita operar con una especie de razón hermenéutica, que denomina "imaginación interpretativa"[10], con el objeto de interpretar un amplio espectro de intenciones individuales, contextos sociales e históricos, normas legales vigentes y jurisprudencia, perspectivas del legislador, entre tantos otros. Solo así puede su decisión final, en derecho, ser íntegra y justa.

Semejante tarea, que solo el juez puede realizar y que realiza, además, a diario, supone concebirlo como un "super juez", cuyo método debe garantizar también la integridad de su interpretación:

> El derecho como integridad requiere que un juez que decide un caso de derecho consuetudinario [...] se considere como un autor en la cadena del derecho consuetudinario [...] La decisión del juez (sus conclusiones postinterpretativas) debe provenir de una interpretación que se adapte y justifique lo que ha sucedido anteriormente, hasta donde sea posible. Por tanto en derecho como en literatura, el juego entre adaptación y justificación es complejo [...] La interpretación [...], en derecho, es un delicado equilibrio entre convicciones políticas de diferentes tipos [...] Debo tratar de mostrar esa compleja estructura de la interpretación legal y para ello utilizaré un juez

[8] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 78.

[9] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 20.

[10] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 237 y ss.

> imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad. Llamémoslo Hércules.[11]

La interpretación del juez es desbordada al intentar comprender esa amplia estructura socio-jurídica, incluso la intención primigenia del legislador, y aplicarla a un nuevo contexto, que lo convierte, de hecho, en un supra-legislador que, por encima de las circunstancias que le dieron origen, preserva el espíritu de la ley a costa de superar su letra muerta. Y aunque hay restricciones a esa interpretación integral que debe hacer el juez, a la hora de la valoración final pesan más sus criterios de justicia, equidad y las convicciones políticas que considera que mejor interpretan y realizan el significado de una ley en cuestión:

> Su interpretación debe ser sensible no solo a sus convicciones acerca de la justicia [...], sino también a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad política y el debido proceso en cuanto a que estos se aplican en forma específica a la legislación en una democracia.[12]

Esto coloca al juez en el vórtice de los conflictos doctrinarios y socio-políticos en la medida en que siempre su decisión final estará mediada por su interpretación personal del derecho, tomando, en ocasiones, una dirección iusfilosófica en lugar de otra. De allí que el juez Hércules sea susceptible a todo tipo de objeciones y críticas, señala Dworkin, como la que lo acusa de jugar a la política, y dice de él que es un fraude, que es arrogante, que es un mito, lo cual es refutable ante la necesidad misma de lograr y mantener la necesaria integridad del derecho por cuyo fin existe[13].

Incluso la constitución es susceptible de tales interpretaciones por parte del juez Hércules, quien no se detiene ante nada en la pirámide de normas legales:

> La Constitución tiene una gran diferencia con los estatutos ordinarios. La Constitución es fundamental […] de modo que la interpretación de Hércules [...] también deba ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política [...] En la teoría constitucional, la filosofía está más cerca de la superficie del argumento y, si la teoría es buena, se hace explícito en ella.[14]

---

[11] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 173.

[12] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 239.

[13] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 186 y ss.

[14] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 267.

El balanceo de los principios

Pero la esencia de la propuesta dworkiniana reside en la *balancing theory*, en la teoría del balanceo, en la explicitación que el juez debe hacer del peso de los principios. En nuestro contexto, la recepción de Dworkin ha tenido varios tropiezos. El primero fue el paleopositivismo (como lo denominaría Ferrajoli) para el que todo principio es externo al ordenamiento: de ahí que para ellos Dworkin sea "iusnaturalista"[15]. Por supuesto, quienes así opinan no lo han leído cuando sostiene que:

> Un principio pertenece a un orden jurídico si figura en la teoría o concepción del derecho más sólida o mejor fundada que pueda formularse como justificación de las reglas sustantivas e institucionales que explícitamente integran dicho orden jurídico.[16]

Un segundo tropiezo ha sido el desconocimiento de *TJ* (1971) de John Rawls como puente en la discusión entre Hart (*El concepto de derecho*, 1961) y Dworkin (*Los derechos en serio*, 1977). Ello ha permitido que prolifere la interpretación errada de que en el debate Hart-Dworkin[17], la postura rawlsiana no tuvo nada que ver cuando, en realidad, en el punto de los principios que se articulan con la moralidad política en el marco de un consenso constituyente, no solo Rawls confronta a quien fuera su profesor en la pasantía de doctorado en Oxford, H. L. A. Hart, sino que Dworkin retoma de Rawls tanto la mencionada categoría como la noción del peso diferenciado de los principios:

> Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso […] Cuando los principios se interfieren […] quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber una mediación exacta y el juicio respecto de si un principio […] es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar […] qué peso tiene. Las normas no tienen esta dimensión.[18]

---

[15] Véase: Pablo Bonorino y Jairo Iván Peña, "Iusnaturalismo moderno", en *Filosofía del derecho* (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2002), 58-66.

[16] Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Gedisa, 1992), 128.

[17] Véase: César Rodríguez, Estudio preliminar en *El debate Hart-Dworkin* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1997).

[18] Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 77-78.

En efecto, siguiendo lo que fue la discusión constituyente de Filadelfia, Dworkin muestra —en la línea de Rawls— los principios moral-políticos subyacentes a la deliberación (igualdad e igual tratamiento y respeto), que posteriormente se constitucionalizan *qua* principios y derechos explícitos del ordenamiento (debido proceso y tratamiento equitativo), precisamente en la consideración rawlsiana de un orden lexicográfico de los principios, así determinado por el constituyente.

Lo anterior tiene varias implicaciones relevantes. La primera es que es el juez es encargado por el constituyente de defender los principios frente a las mayorías legislativas que siempre querrán cambiarlas a favor de las mayorías electorales que las han elegido, en desmedro de las minorías. Pero precisamente por esa razón el constituyente deja en manos de los jueces la defensa del consenso: porque estos no van a estar sometidos a las presiones políticas del momento y tienen el deber, no solo constitucional, sino moral y político, de defender el consenso constituyente frente a la "tiranía de las mayorías".

El supuesto argumento contramayoritario de las decisiones judiciales queda así desvirtuado: los jueces defienden el consenso de todos frente a la voluntad de muchos. El consenso universal prima sobre la voluntad de las mayorías, con lo cual el juez garantiza a las minorías la plenitud de sus derechos, en concordancia con la disposición consensual constituyente que así expresaba su decisión de igualdad para todos y tratamiento equitativo para las minorías.

La segunda, que es la que preocupa a Dworkin, es sustancialmente la restricción de la discrecionalidad judicial. La "respuesta correcta" se entiende en dos sentidos: primero, es la decisión que en los casos difíciles se atiene al peso de un principio sobre otro, de acuerdo con una serie de factores que el juez Hércules debe tener en cuenta: el consenso político constituyente que definió los términos de equidad en su momento (en la línea del Rawls de *TJ*), la historia constituyente y legislativa, el historial de precedentes. Segundo, como quedará después ratificado por Habermas, en el sentido de "decisiones justas para todos" y no de "decisiones buenas para algunos".

El modelo normativo de decisión judicial propuesto por Dworkin (juez Hércules-respuesta correcta) garantiza la propia seguridad jurídica al constreñir la discrecionalidad de los jueces y explicitar y/o restablecer en un proceso interpretativo de tres etapas (pre, interpretativo y post) que puede ser racionalmente acompañado, el peso de un principio frente a otro que, como veremos más adelante, no se trata de escoger uno, en función del caso concreto y la optimización pragmática.

Alexy: argumentación jurídica y ponderación

Tres momentos quisiera destacar en la obra de Alexy. El primero, en la línea de Habermas, la aplicación de los principios de la ética discursiva habermasiana, en

el marco de la tradición kantiana, a las reglas de argumentación jurídica, con lo cual logra lo que más tarde llamará, la "estabilización del punto de vista moral en los procedimientos jurídicos". Este, sin duda, constituye un avance fundamental en la reconsideración del paleopositivismo y la democratización de los procedimientos jurídicos.

El segundo, su reflexión sobre la norma básica que le permite destacar, de una parte, la importancia que esta tiene para el análisis de un sistema jurídico en cuanto es a partir de ella que se define la validez del sistema en general y de las normas aisladas en particular. Y, de otra, las debilidades de las tres teorizaciones en torno a esta: la normativa (Kant) por cuanto amarra la norma básica a un contenido predeterminado difícilmente aceptado socialmente sin un procedimiento democrático preestablecido. La analítica (Kelsen) por cuanto su vaciedad y supuesta neutralidad desarma al sistema jurídico de sus posibilidades de corrección frente a casos de injusticia extrema. Y la empírica (Hart) porque fácilmente puede caer en un círculo vicioso al establecer criterios meramente empíricos de validez que suponen, sin embargo, contenidos sustantivos no explicitados.

El tercero que quiero destacar es la teoría de la ponderación, íntimamente ligada a su propia teoría de los derechos fundamentales. Aquí, sin embargo, como más adelante lo mostraremos con Habermas, Alexy se aleja de la tradición deontológica kantiana y adopta, por el contrario, una posición axiológica más en la línea de Aristóteles y Hegel, lo cual resulta paradójico dado que es esta tradición, a través de Perelman, la que había confrontado en su primer momento. En lo que sigue expondré sucintamente los dos momentos anotados, que, junto con la teoría dworkiniana, serán finalmente rescatados por Habermas en su teoría del derecho y de la decisión judicial.

Reglas de la argumentación jurídica

El concepto de racionalidad práctica es sumamente vago y a eso se suma la multiplicidad de interpretaciones que han surgido sobre ella. Básicamente hace referencia a los patrones de orientación que asumimos en la vida cotidiana. En este conflicto de interpretaciones resaltan tres tradiciones constituyentes que, más tarde, darán pie a la proliferación de posiciones actuales: la aristotélica, la hobbesiana y la kantiana. De estas derivarán más tarde autores como MacIntyre en el comunitarismo, Buchanan y Gauthier en la teoría de la elección racional y Habermas en la kantiana[19].

Alexy problematiza su fundamentación de la razón práctica a partir de la tradición kantiana, cuyo principio de universalidad es la clave, en contraste con

[19] Robert Alexy, "La polémica acerca del concepto de razón práctica", en *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), 132-135.

la línea aristotélica (centrada en la vida buena) y la hobbesiana (enfocada en la elección estratégica):

> En la discusión actual compiten sobre todo tres conceptos de la razón práctica o de la racionalidad práctica que, tomando como punto de referencia los modelos históricos, pueden ser llamadas la "aristotélica", la "hobbesiana" y la "kantiana" [...] Intentaré defender la concepción kantiana en una variante teórico-discursiva [...] La base de toda concepción kantiana de la racionalidad práctica es la idea de la universalidad. Esta idea puede ser interpretada de muy diversas maneras. Aquí habrá de interesar solo la interpretación de la teoría del discurso.[20]

En efecto, Alexy es muy claro en cuanto a defender una teoría normativa del discurso práctico, en la línea general de la filosofía kantiana y, específicamente, en la de la teoría del discurso de Habermas, que más adelante se abordará. Su intención es sustentar una teoría procedimental universalista a partir de un procedimiento de argumentación cuyo concepto nuclear es el del juicio racional.

Un discurso práctico es racional si cumple dos tipos de reglas de argumentación práctico-racional: una primera que se refiere a la estructura de los argumentos y una segunda al procedimiento del discurso.

Las primeras reglas que se refieren a la estructura de los argumentos exigen

> […] la no contradicción, la universalidad en el sentido de un uso coherente de los predicados utilizados, la claridad lingüístico-conceptual, la verdad de las premisas empíricas utilizadas, la completud deductiva de los argumentos, la consideración de las consecuencias, ponderaciones, el intercambio de los roles y el análisis del surgimiento de las convicciones morales. Todas estas reglas son también monológicamente utilizables y [...] ninguna teoría de la argumentación práctico-racional [...] puede renunciar a ellas.[21]

Las segundas reglas son de tipo no-monológico:

1. Todo el que pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

2. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.

2.1. Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.

[20] Robert Alexy, "La polémica acerca del concepto de razón práctica", 133.

[21] Robert Alexy, "La polémica acerca del concepto de razón práctica", 137.

2.2.. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades.

3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de sus derechos fijados en 1 y 2, cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza.[22]

Y enseguida puntualiza: "Estas reglas expresan, bajo un ropaje teórico-argumentativo, el carácter universalista de la concepción teórico-discursiva de la racionalidad práctica".

De donde se deduce, para Alexy, el siguiente principio, en una disgregación de los principios de la ética del discurso de Habermas: "AU: Una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso solo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos"[23].

Al atenerse una norma a estas condiciones logra una aprobación universal ideal y, por tanto, se constituye en moral e idealmente válida, por lo que asume, señala Alexy, el principio del poder legislador kantiano: "De ahí que solo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre uno, por consiguiente, solo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora"[24].

Aplicada al sistema jurídico, esta fundamentación kantiana de racionalidad práctica, sustentada en la pretensión de universalidad, tal como Habermas la ha mediatizado en su ética discursiva, posibilita una democratización de los procedimientos jurídicos que logra estabilizar el punto de vista moral, es decir, el consenso al interior de estos, lo que garantiza una dimensión de corrección discursiva, no axiológica ni estratégica, en el derecho en general.

Validez tríadica del derecho

En un segundo momento que quisiera destacar de su obra, Alexy aborda los tres tipos de normas fundamentales de acuerdo con las propuestas de Kant, Kelsen y Hart respectivamente, en la perspectiva de justificar un concepto de derecho que integre una validez no solo jurídica, sino social y moral simultáneamente, con el propósito de superar las debilidades de aquellos sobre la norma básica[25].

---

[22] Robert Alexy, "La polémica acerca del concepto de razón práctica", 137-138.

[23] Robert Alexy, "La polémica acerca del concepto de razón práctica", 138.

[24] Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten* (Berlin: Real Academia Prusiana de Ciencias, 1907), 313 y ss.; citado por Robert Alexy, "La polémica acerca del concepto de razón práctica", 138.

[25] Robert Alexy, "La norma fundamental", en *El concepto y la validez del derecho*, 95-130.

Para Alexy, Kant define un tipo de norma fundamental normativa cuya obligatoriedad es conocida a priori por la razón[26]. La legislación positiva debe estar precedida por una ley moral que fundamenta la autoridad del legislador. La norma que precede a las leyes no es solo un presupuesto epistemológico sino una ley natural. Pese a que la norma fundamental es de derecho racional y tiene carácter iusnaturalista existe una prioridad iusracional del derecho positivo sobre aquel, lo que desemboca en que no se admita el derecho de resistencia, con lo que Kant sucumbe a la perspectiva autoritaria de obediencia absoluta al derecho.

Kelsen, por su parte, define un tipo de norma fundamental analítica[27]. La norma fundamental cimienta la validez de todas las normas de un sistema jurídico con tres características sustanciales. Es necesaria, por cuanto el cumplimiento de la constitución supone en el participante su aceptación. Es posible, pese a que no puede ser identificada conforme al orden social y a su eficacia. Su contenido es neutral, pues no se identifica con ningún valor moral.

Sus tareas son, esencialmente, la transformación de categorías del ser en deber ser, la determinación de los criterios de hechos creadores de derecho, así como el ser fuente de unidad del sistema jurídico en general, siendo su estatus la de ser presupuesta, hipotética, solo pensada y no fundamentada. Como queda claro, se presenta una contradicción irresoluble entre las características y las tareas de esa pretendida norma fundamental.

Hart, finalmente, plantea un tipo de norma fundamental empírica denominada "regla de reconocimiento" que se diferencia de la kelseniana en cuanto a su estatus[28]. La regla de reconocimiento contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas. Tanto en la cuestión de su contenido como en la de su validez, se trata siempre de asuntos empíricos. Hart infiere la aceptación de la regla de reconocimiento de su existencia y en ella fundamenta la validez de las demás reglas jurídicas. Esta se deriva de su existencia como criterio de práctica jurídica con lo que el argumento deviene circular y la concepción empírica fracasa.

A partir de las debilidades de las tres propuestas, Alexy propone como alternativa un tríadico concepto de validez del derecho. Una dimensión sociológica que define que una norma vale socialmente si es obedecida o, en caso de desobediencia, que se aplica una sanción gradual. Una dimensión ética que define que una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada y se basa exclusivamente en su corrección, es decir, en su justificación moral. Finalmente, una dimensión jurídica que incluye las anteriores pero supone también que la norma

[26] Véase, en general: José Luis Colomer, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995).

[27] Robert Alexy, "La norma fundamental", en *El concepto y la validez del derecho*, 96 y ss.

[28] Robert Alexy, "La norma fundamental", en *El concepto y la validez del derecho*, 121-130.

sea dictada por un órgano competente y según el procedimiento previsto[29].

Para los sistemas de normas la validez jurídica depende más de la validez social que de la moral, pues el sistema puede subsistir aunque no sea moralmente justificable. Los sistemas de normas que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son jurídicos y no valen jurídicamente. La injusticia, aunque se aplica solo a las normas aisladas, puede invalidar el sistema en general cuando se extiende a tal número que no existe el mínimo de normas justas para conservarlo como tal.

En cuanto a las normas aisladas, la derogación corresponde a la pérdida de un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia, lo que origina la carencia de validez jurídica de una norma debido a la pérdida generalizada de su eficacia. Las normas aisladas pierden su carácter y su validez jurídicos cuando son extremadamente injustas con lo que la validez social y la moral son estructuralmente iguales cuando se trata de normas aisladas. La norma fundamental debe ser entendida, en últimas, como los principios del ordenamiento y es allí donde reside la posibilidad de corrección que el sistema jurídico puede esgrimir frente a normas aisladas o prácticas parcial o extremadamente injustas.

Teoría de la ponderación

Las colisiones de validez que se presentan en los tres órdenes anteriores y que remiten en última instancia al concepto de derecho que se defienda y, en su marco, a la noción de norma fundamental que se articule con ello, conducen a la dimensión donde aquellas colisiones tendrían que resolverse y que consigna, precisamente, para Alexy, el problema de la ponderación.

> Si acepta lo hasta aquí dicho, hay que partir del hecho de que en todo sistema normativo justificable existen tanto derechos individuales como bienes colectivos con fuerza propia. La experiencia muestra que cotidianamente se producen colisiones entre ambos. La cuestión de la solución conduce al problema de la ponderación.[30]

Efectivamente, para Alexy el ámbito que justifica la ponderación es la colisión permanente que se presenta entre derechos individuales y bienes colectivos en cuanto estos últimos son, igualmente, bienes individuales. Sin embargo, "[s]olo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si

[29] Robert Alexy, "La norma fundamental", en *El concepto y la validez del derecho*, 87-94.

[30] Robert Alexy, "El problema de la ponderación", en *El concepto y la validez del derecho*, 203.

[…] tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización"[31]. Por el contrario, si tienen carácter de reglas es solo un conflicto de estas y no precisan ponderación: simplemente se resuelve declarando la invalidez o introduciendo una excepción a alguna de ellas.

La ponderación define un procedimiento que pretende garantizar la realización más amplia posible, jurídica y fáctica, de los principios, en cuanto mandatos de optimización. Según Alexy, cuanto mayor es el grado de no satisfacción de un principio tanto mayor es la satisfacción del otro que lo confronta. En la necesaria justificación que tiene que hacerse, el modelo de ponderación vincula la ley de este procedimiento a la teoría de la argumentación jurídica racional.

> Ponderación es un procedimiento cuyo resultado es un enunciado de preferencias condicionado que, según la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. No se trata de una cuestión de todo o nada sino de una tarea de optimización [...] Modelo de fundamentación del enunciado de preferencia conduce a la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias entre valores y principios.[32]

Finalmente, Alexy concibe una regla de proporcionalidad para regular la ponderación de un principio frente a otro y el cual a su vez está mediado por tres subreglas, a saber: proporcionalidad (cuál derecho es más beneficioso al ser aplicado), idoneidad (qué beneficio se deriva de la aplicación del derecho) y necesidad (si alguna acción o medida puede ser mejor al aplicarse) que tendrían que ser suficientes para la adecuada elección de un principio frente a otro.

Habermas: teoría discursiva del derecho y decisión judicial

En su último libro, *Facticidad y validez*, Habermas ha planteado un nuevo paradigma discursivo-procedimental del derecho[33], así como un modelo normativo de democracia

[31] Robert Alexy, "El problema de la ponderación", en *El concepto y la validez del derecho*, 204.

[32] Robert Alexy, "Concepto de ponderación", en *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 157 y ss.

[33] Sobre la última obra de Habermas consultar, en castellano, a: Guillermo Hoyos, "Ética discursiva, derecho y democracia", en *Ética y conflicto*, ed. de Cristina Motta (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1995), pp. 49-80; así como, del mismo autor, *Derechos Humanos, ética y moral* (Bogotá: Viva la Ciudadanía, 1994), 69-81; y José Estévez Araujo, *La Constitución como proceso* (Madrid: Trotta, 1994). En inglés, véanse: William Outhwaite, "Law and the State", en *Habermas: A Critical Introduction* (Stanford: Stanford University Press, 1994), 137-151; Kenneth Baynes, "Democracy and the Rechsstaat", en *Habermas*, ed. de Stephen White (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 201-232; James Bohman, "Complexity, Pluralism, and the Constitutional State", *Law and Society Review* 28, n.° 4 (1994): 897-930; Michel Rosenfeld, "Law as Discourse: Bridging the Cap Between Democracy and Right", *Harvard Law Review* 108 (1995): II63-II89; y Frank Michelman, "Between Facts and Norms", *The Journal of Philosophy* XCIII, n.° 6 (1996): 307-315. En francés, véase: Philippe Gerard, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du Droit dans la société*

deliberativa. En lo que sigue voy a reconstruir integralmente la teoría del derecho de Habermas en función, primordialmente, de su teoría de la decisión judicial que, como intentaré mostrar, está íntimamente ligada al conjunto de su propuesta.

Retomaré paso por paso su fundamentación sociológica inicial en la que propone su concepción dual de validez jurídica. Enseguida, realizaré una reconstrucción de su concepto de derecho —inferida normativamente, en términos político-morales, de los procesos constituyentes del siglo XVIII, en especial de la Revolución francesa— que le permite inferir la proyección normativa, en términos político-constitucionales, que la justicia tiene en los ordenamientos democráticos contemporáneos.

A partir de esto, mostraré cómo Habermas, confrontando la indeterminación del derecho que las principales escuelas jurídicas propician y la irracionalidad de la justicia que ello acarrea en la decisión judicial, es superada por Dworkin y su modelo de respuesta correcta que concreta, precisamente, la aspiración normativa, de carácter deontológico, de la justicia en los ordenamientos democráticos, frente a la teoría de la ponderación de Alexy que, por el contrario, representa para Habermas, la perspectiva axiológica del derecho. Por último, retomaré la propuesta de Habermas tanto en lo concerniente a los paradigmas de adjudicación constitucional como al derecho privado, para enfatizar en la aspiración totalizante de su teoría jurídica.

Derecho, integración y validez

Derecho e integración social

En un primer planteamiento estratégico (capítulos 1 y 2, Habermas problematiza la relación entre el derecho y la moral en la perspectiva de fundamentación del Estado constitucional. Ambos proveen una solución para superar la tensión interna y externa entre hechos y normas, entre la dimensión coercitiva y la legitimadora de la ley, y entre la comunicativa y la sistémica de la integración social.

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

La racionalización del derecho y la colonización del mundo de la vida pro-

démocratique (Bruxelles: Publications de Facultés Universitaires Saint-Louis, 1995).

ducen la relativización de las estructuras convencionales de legitimación que, ante la desaparición del marco institucional existente, dejan a la sociedad en su conjunto sin elementos de legitimación adecuados. La fórmula weberiana de "fe en la legalidad" no es suficiente para satisfacer los enormes déficits de legitimación de la sociedad contemporánea[34].

Por su posición omnimediadora en la sociedad moderna, el derecho sigue siendo el único instrumento y el ámbito social exclusivo desde el cual replantear la integración social y reconstruir los presupuestos de legitimidad que fundamenten de nuevo el lazo social desintegrado. El derecho será concebido como la categoría de mediación social entre hechos y normas o, en términos habermasianos, entre el mundo de la vida y los subsistemas funcionales económico y político-administrativo. La tensión entre facticidad y validez, entre legalidad y legitimidad, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos que se producen en el sistema social, solo puede resolverse, en un mundo desencantado postindustrial, a través del derecho[35].

El derecho es concebido como la categoría de mediación social entre los hechos y las normas o, en otras palabras, entre el mundo de la vida y los subsistemas funcionales económico y político-administrativo. La tensión entre facticidad y validez, entre legalidad y legitimidad, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos solo se puede resolver, en un mundo desencantado postindustrial, a través del derecho, exclusivamente. Esta tensión, propia del desencantamiento social del derecho, entre mundo de la vida y sistema se ha puesto de manifiesto en la sociología jurídica en una dicotomía casi insuperable entre los subsistemas socio-cultural, económico y político-administrativo, en la medida en que el primero queda supedidato a los impulsos funcional-sistémicos de los segundos. Ello no es sino la prueba de la sobredimensionalización burocrática del Estado y las economías modernas, por encima del potencial participativo y democrático de la sociedad, como ya Weber lo había anticipado[36].

Habermas señala frente a Rawls, Dworkin y Alexy que tampoco se trata de un regreso al iusnaturalismo racional ni a la proclama kantiana de la moral del deber desde donde se puede refundamentar normativamente la legitimidad de la sociedad moderna, si bien hay que saber desprender de estas propuestas los impulsos posconvencionales de relegitimación de un mundo desencantado como el contemporáneo[37]. El déficit de legitimación que no alcanza a satisfacerse en la variante weberiana de "fe en la legalidad" del derecho moderno, en todo caso desacralizado, logra, sin embargo, encontrar en la teoría de Talcott Parsons la

[34] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, 26 y ss.

[35] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, 37 y ss.

[36] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, 42.

[37] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, 56 y ss.

dirección de su eventual solución: el derecho como tal, antes que la legitimación procedimental o la autolegitimación sistémico-funcional, debe proporcionar la clave de la relegitimación de las sociedades contemporáneas, entendidas como tradicionales en transición estructural o posliberales.

Por eso, frente a Weber y Marx, Habermas considera que Parsons intenta corregir las desviaciones conceptuales de la teoría jurídica de aquellos, concibiendo al derecho como la esfera central de la integración social, capaz no solo de garantizar la funcionalidad sistémica sino también, por su intermedio, de fundamentar normativa e intersubjetivamente las relaciones abstractas e institucionalizadas de la sociedad[38].

De esta manera, la pluralidad de culturas y subculturas, de clases y fracciones de clase, de visiones omnicomprehensivas, cuya fragmentación exacerba la gobernabilidad de las sociedades contemporáneas, tanto tradicionales en transición como modernas, se ve conciliada mediante un mecanismo común, el derecho, que recoge en su normatividad el mínimo consenso normativo de la ciudadanía y lo plasma en regulaciones sistémico-funcionales que, al emanar de su dinámica intersubjetiva, permite reconstruir y consolidar el lazo social desintegrado por la racionalización moderna del derecho.

Validez jurídica: la doble cara de Jano

A partir de lo anterior, en una autocrítica, aunque sutil, de hondo calado a su teoría de la acción comunicativa, Habermas plantea, en la línea de las teorías del derecho clásicas, el concepto de validez que pretende fundamentar[39]. Aunque se mantiene críticamente arraigado en la tradición de la filosofía práctica kantiana y, en menos intensidad, del contrato social en la línea de Rousseau, Habermas replantea las dos ópticas jurídicas por la necesidad de encontrar parámetros contrafácticos que permitan una reconstrucción adecuada del derecho. De ambas tradiciones iusfilosóficas rechaza la construcción no intersubjetiva de su planteamiento.

Además, ninguna de estas ha logrado concebir la dualidad estructural que posee la validez del derecho y que evidencia la tensión interna entre hechos y normas, entre legalidad y legitimidad. La validez legal relaciona las dos caras de esta tensión en una interrelación que hace del derecho, por una parte, en cuanto hecho social, forzosamente coercitivo, con el propósito de garantizar los derechos ciudadanos y, por otra, en cuanto procedimiento para conformar la ley, abierto a una racionalidad discursiva legitimadora y democráticamente organizada. El procedimiento legítimo de hacer leyes es válido cuando convoca el acuerdo de los ciudadanos a

[38] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, 56.

[39] Jürgen Habermas, "El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez", en *Facticidad y validez*, 63-104.

través de procesos participativos legalmente constituidos e institucionalizados[40].

Habermas descarta a Rawls —un tanto injusta y contradictoriamente, lo que quedará en evidencia unos años más tarde en la polémica sobre el liberalismo político[41]—, reivindica la dimensión deliberativa de Hobbes, retoma elementos de Kant pero, sobre todo, fiel a su giro societal antes que filosófico, una vez más acude a la reconstrucción sociológica de Parsons para mostrar que si en el esquema cuatrifuncional parsoniano el derecho puede amarrar los subsistemas por arriba, al estar estos montados sobre plexos mundo vitales, también puede entonces amarrarlos desde abajo[42].

Planteada su hipótesis de trabajo, la de una validez dual a la vez sistémica y social, Habermas emprende el largo y tortuoso camino de ilustrar esta, la columna vertebral de su teoría del derecho, en una reivindicación del derecho, además, tanto como categoría de la integración social, a nivel epistemológico, como *médium* de la integración social a nivel ontológico-social. Pero la reivindicación del derecho no será la del convencional ni la de sus paradigmas tradicionales sino, por el contrario, una audaz reinterpretación de la proyección normativa que los procesos democrático-constituyentes del siglo XVIII, en especial el de París, tendrán para los ordenamientos jurídico-políticos contemporáneos. La fundamentación en este orden, antes que filosófica, será histórica y sociológica.

Así pues, el derecho válido, acudiendo a la figura mítica de la doble cara de Jano, tiene que garantizar no solo la integración sistémica sino también la social (ver figura 1).

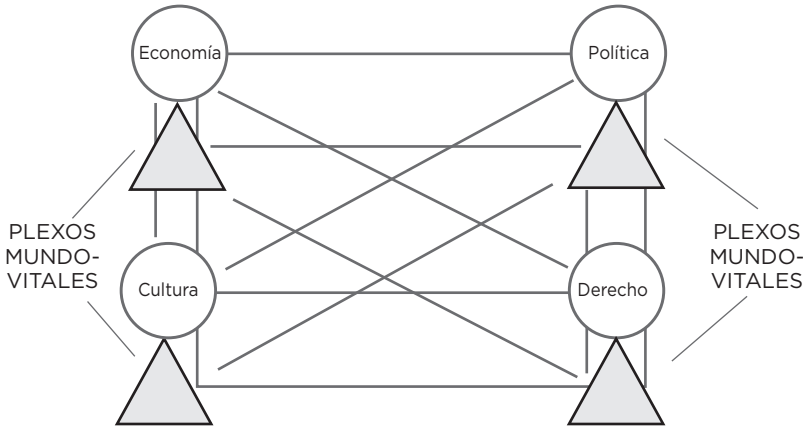


FIGURA 1. INTEGRACIÓN SISTÉMICA Y SOCIAL

[40] Jürgen Habermas, "El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez", 83 y ss.

[41] Jürgen Habermas y John Rawls, *Debate sobre el liberalismo político* (Barcelona: Paidós, 1998).

[42] Jürgen Habermas, "Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia", en *Facticidad y validez*, 105-146.

Reconstrucción discursiva del derecho

El primer paso a partir de aquí será la reconstrucción del concepto de derecho. En los siguientes capítulos Habermas procede inicialmente en dos sentidos: de una parte, muestra que el principio consensual de su ética del discurso responde al *factum* histórico constituyente de Filadelfia y de París, si bien el primero, como Hannah Arendt lo sugiere, pudo responder al esquema de una revolución conservadora —lo cual es discutible— y el segundo a una revolución plenamente moderna y al concepto normativo de democracia radical que Habermas busca sustentar como criterio prescriptivo del Estado democrático y social de derecho contemporáneo[43].

Y de otra, en un *tour de force* muy original, eleva su principio D, de la argumentación moral al consenso político-jurídico que, inmediatamente, matiza en un principio democrático que le permite moderar la aplicación del consenso, a partir de la recuperación kantiana de los tres usos de la razón pública, lo que le posibilita —a diferencia de Rawls— no solo moderar la pretensión de consenso, que él no logra matizar convirtiendo toda discusión institucional prácticamente en un plebiscito moral, sino justificar normativamente, a partir de aquel, la arquitectura de los Estados democráticos de derecho contemporáneos.

El sistema de derechos

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

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

[43] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (I): el sistema de derechos", en *Facticidad y validez*, 147-198.

compromiso y negociación y los políticos por la regla de mayoría[44].

Habermas, a diferencia de Rawls, distingue el criterio consensual del principio participativo: el principio de democracia, aunque es supeditado al consenso mínimo normativo y no a la regla de mayoría, tiene una autonomía relativa. El consenso mediado democráticamente es una condición para la realización de la ley. El principio de legitimidad supone, pues, un consenso de la ciudadanía, de acuerdo al principio discursivo, en el marco de procedimientos legalmente institucionalizados[45]. Derecho y política son co-originales.

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

Este procedimiento posconvencional, que no puede ser limitado al procedimentalismo sustancial del derecho sacro tradicional y al iusnaturalismo, como tampoco al procedimentalismo procesal de la Modernidad y al iuspositivismo, pero que, sin embargo, los integra en una nueva dimensión, es necesariamente crítico y se fundamenta en un listado de derechos básicos, garantizados en y por los mismos procedimientos institucionalizados, y cuyo objetivo esencial debe ser la plena realización de la autonomía política de la ciudadanía, como fuente original de aquellos[46].

Los derechos fundamentales emergen como condiciones extrajurídicas jurídicamente institucionalizadas que hacen posible a la ciudadanía la conformación de la ley. Habermas sintetiza así este catálogo de derechos básicos:

1. Derechos básicos que resultan de la elaboración políticamente autónoma del *derecho a la más amplia expresión posible de iguales libertades individuales*. Estos derechos requieren los siguientes corolarios necesarios:

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

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

[44] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 105.

[45] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 108.

[46] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 120-121.

> Estas tres categorías de derechos son el producto, simplemente, de la aplicación del principio discursivo al procedimiento del derecho como tal, esto es, a las condiciones de la forma legal de una asociación horizontal de personas libres e iguales [...] Los anteriores derechos básicos garantizan lo que se llama la autonomía *privada* de los sujetos legales, en el sentido de que esos sujetos recíprocamente reconocen a cada otro en su rol de *destinatarios* de leyes [...] Solo con el siguiente paso pueden los sujetos legales convertirse en *protagonistas* de su orden legal, a través de lo siguiente:
>
> 4. Derechos básicos a igual oportunidad para participar en procesos de opinión y formación de voluntad en los cuales los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y a través de la cual generen derecho legítimo.
>
> Esta categoría de derechos está reflexivamente aplicada a la interpretación constitucional y a adelantar el desarrollo político o la elaboración de los derechos básicos abstractamente identificados de (1) a (4), para derechos políticos fundamentados en el estatus de ciudadanos activamente libres e iguales [...] Este estatus es autorreferente, hasta el punto de que capacita a los ciudadanos a cambiar y expandir su variedad de derechos y deberes, o "estatus legal material", así como a interpretar y desarrollar, simultáneamente, su autonomía privada y pública. Finalmente, con la mirada en ese objetivo, los derechos designados atrás *implican* los siguientes:
>
> 5. Derechos básicos a la provisión de condiciones de vida que sean social, tecnológica y ecológicamente seguras, hasta el punto de que las actuales circunstancias hagan ello necesario para que los ciudadanos estén en igualdad de oportunidades para utilizar los derechos civiles consignados de (1) a (4).[47]

Los derechos fundamentales, como lo evidencia Habermas, surgen como condiciones extrajurídicas jurídicamente institucionalizadas que hacen posible a la ciudadanía —en cuanto individuos libres e iguales— participar en la conformación de la ley. Este sistema de derechos, de carácter y validez universales no define solo derechos subjetivos: hacen parte, en la aplicación e interpretación que cada pueblo haga de ellos, de la cultura política a través de la cual su ciudadanía los incorpora a su vida cotidiana. La ley tiene su génesis en el poder comunicativo de la multiplicidad de sujetos colectivos que conforman el mundo de la vida. El sistema de

[47] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 122-123.

derechos, discursivamente concertado, democráticamente aprobado y legalmente concretado, concilia, a través del derecho comunicativamente concebido, la tensión entre la autonomía pública y privada de la ciudadanía[48].

Proyección normativa de la justicia

En el marco de su reconstrucción del concepto de derecho, Habermas analiza el tipo de relación que se establece entre el poder comunicativo y la génesis del derecho. La interpenetración de la producción legal discursiva y el poder comunicativo se explican en la fuerza motivacional que la acción comunicativa de las comunidades posee en sus razones. El derecho, a diferencia de la moral, opera como un medio de auto-organización legal de la comunidad, en determinadas condiciones sociales e históricas. A través de él, tienen una proyección que relativiza muchas convicciones morales fundidas con proyecciones teleológicas específicas.

Esto lleva a la necesidad de diferenciar tres órdenes, diferentes pero concatenados, que son relevantes para la formación de la voluntad política: además del moral, el ético y el instrumental. Los tres se articulan desde los procesos de formación de opinión de la voluntad pública, lo que significa que el derecho, pese a su relativo grado de concreción, no solo concierne al contenido moral sino también al sentido legal de su validez y al modo de su legislación. Es decir, en y a través de él se combinan tres diferentes facetas de la razón práctica, tres maneras distintas de justificación y aplicación del discurso relativo a las cuestiones sociales: el moral, el ético-político y el pragmático[49].

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

Esto define tres niveles de discurso, argumentación y decisión legislativa: en el primero se estudian los aspectos pragmáticos, técnicos, específicos e

[48] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 130 y ss.

[49] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 162 y ss.

instrumentales de los diferentes sujetos colectivos sociales; en el segundo se consideran las diversas perspectivas ético-políticas alternativas de estos actores; y en el tercero se contrastan las diferentes opciones con un hipotético marco normativo universal.

Lo anterior definiría un proceso de decisión legislativa regulado por dos tipos de compromisos argumentativos: el regateo, en los dos primeros niveles, y el consenso, en el tercero. El primero se hace necesario para balancear intereses en conflicto, aunque Habermas es claro en condicionarlo al marco normativo del consenso moral, regulado por el principio discursivo[50]. Todo este procedimiento legislativo de formación discursiva de la voluntad pública culmina en resoluciones acerca de programas legales que deben ser formulados en el lenguaje del derecho, lo que obliga a una revisión jurídica desde el punto de vista del sistema legal, y cierra el proceso en su conjunto[51].

Lo anterior lleva a precisar, desde la perspectiva de la teoría del discurso, los principios del Estado constitucional y la lógica de la separación de poderes. Tales principios (de la soberanía popular, del pluralismo político, de la legalidad de la administración y de la separación entre Estado y sociedad), productos de una opinión y voluntad públicas discursivamente estructuradas, materializan una simple idea: la arquitectura organizacional del Estado constitucional está hecha para la auto-organización autónoma de la voluntad política de una comunidad constituida por un sistema de derechos que garantiza la asociación igual y libre de coasociados bajo la ley[52].

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

[50] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 166-167.

[51] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 168.

[52] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (1): el sistema de derechos", 176.

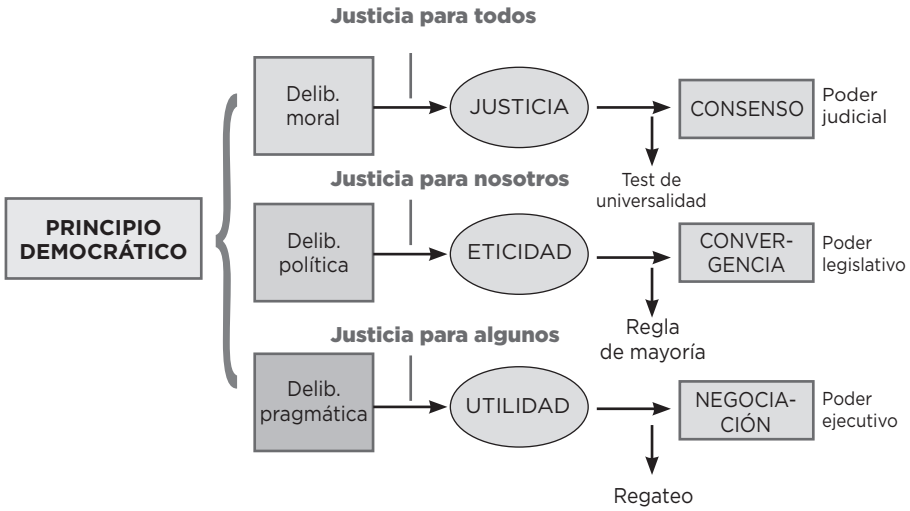


FIGURA 2. ARQUITECTURA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

De lo anterior, Habermas infiere una conclusión determinante: las deliberaciones morales conducen, institucionalmente, a que el poder judicial se oriente normativamente por una pretensión de "justicia para todos", no de "justicia para nosotros" y tampoco solamente de "justicia para algunos". El concepto de derecho, en general, y la administración de justicia, en particular, tienen que orientarse por esta exigencia normativa (en términos morales y jurídico-constitucionales)[53].

Derecho, justicia y tribunales constitucionales

Indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia

En un tercer planteamiento estratégico (capítulos 5 y 6), Habermas, recogiendo estudios sociojurídicos sobre el impacto que las escuelas teórico-jurídicas dominantes (hermenéutica, realismo y positivismo) han tenido en los campos jurídicos respectivos, aborda sus consecuencias en términos de la indeterminación del derecho y la irracionalidad de la justicia que han propiciado a nivel de la decisión judicial, contrastando sus criterios prescriptivos y sus implicaciones prácticas con

[53] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del Estado de derecho", en *Facticidad y validez*, 199-262.

la exigencia normativa, en términos moral y jurídico-constitucionales, del poder judicial en cuanto tiene que orientarse por un criterio regulador de "justicia para todos", no de "justicia para nosotros" ni de "justicia para algunos"[54].

Habermas adopta aquí, críticamente, el diagnóstico de los *critical legal studies* en cuanto a la indeterminación del derecho que ha sido siempre esgrimido, en general, por las teorías críticas del derecho pero, contrario a su argumento de que ello potencia eventualmente medidas favorables a los sectores desfavorecidos gracias a la discrecionalidad del juez, Habermas pone de presente que esta discrecionalidad sobre el carácter que la decisión judicial tiene en cada una de ellas, genera efectos perversos en cuanto a la posibilidad de supervisar racionalmente sus efectos en términos de qué tan justas pueden ser sus respectivas decisiones. El cuadro siguiente resume las falencias de cada una de ellas (ver figura 3):

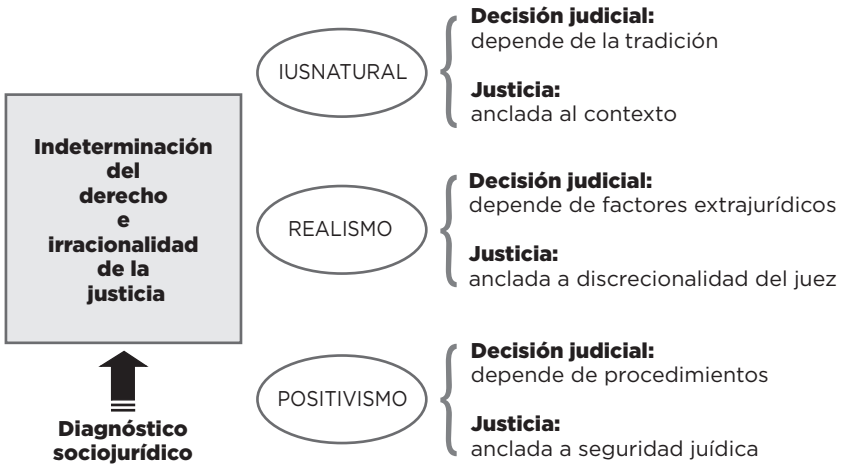


FIGURA 3. TEORÍAS DEL DERECHO

En este punto, Habermas confronta estas teorías de la discrecionalidad, propiciando con ello una alta indeterminación de la decisión judicial y, consecuentemente, una enorme irracionalidad de la justicia, que origina decisiones que no cumplen con el ideal regulativo de la decisión judicial. Habermas introduce aquí lo que constituiría el dilema histórico e ideal-regulativo de la decisión judicial en nuestros tiempos: o el derecho defiende una perspectiva axiológica de

[54] Jürgen Habermas, "Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia", 263-310.

decisiones buenas para algunos o, por el contrario, una deontológica de *decisiones justas para todos*. Habermas rechaza la primera y adhiere a la segunda como la única legítima en una sociedad pluralista.

En la teoría del derecho contemporánea esta última está representada por Ronald Dworkin y su teoría de la respuesta correcta, la cual tendría que ser leída precisamente como la pretensión de reducir la discrecionalidad del juez y tomar decisiones justas para todos y no buenas para algunos, si bien la metáfora del súper juez Hércules de Dworkin se revela como una figura monológica antes que dialógica, pese a su bien intencionada visión deontológica.

La perspectiva monológica de Dworkin solo puede superarse a través de una teoría discursiva del derecho. Habermas retoma críticamente la teoría de la argumentación de Robert Alexy para mostrar que solo una interpretación dialógica del derecho, como la que esta supone, permite superar el "solipsismo" del súper juez Hércules dworkiniano y fundamentar, argumentativamente, "las presuposiciones y procedimientos" del discurso legal como tal.

Pero la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, si bien corrige dialógicamente el exceso monológico dworkiniano, y permite estabilizar el punto de vista moral al interior de los procedimientos jurídicos, representa para Habermas —en el espectro de las teorías jurídicas contemporáneas— la perspectiva axiológica del derecho que busca confrontar, en la medida en que su teoría de la ponderación, derivada de aquella, propicia "decisiones buenas para algunos" y no "justas para todos".

En efecto, con la ponderación de principios, Alexy propicia una alta discrecionalidad del juez en la medida en que, al escoger un principio frente a otro con el propósito de optimizar su aplicación para la solución de un caso concreto, el momento de selección que excluye a uno y asume el otro, primero, no puede ser acompañado racionalmente en la medida en que, pese a las subreglas de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, constituye un criterio profundamente subjetivo y arbitrario del juez y, segundo, introduce con ello patrones axiológicos particulares que ambientan una decisión buena para quienes compartan tal abanico de valores pero no justa para quienes no la hacen.

Para Habermas, por tanto, contrario, además, a un pensamiento posmetafísico, los derechos fundamentales interpretados como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en medio de realización de patrones de vida buena[55].

> [L]os derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto

[55] Jürgen Habermas, "Normas vs. valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del tribunal constitucional", en *Facticidad y validez*, 326-339.

> que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y la forma de vida de una comunidad jurídica particular […] Quien hace agotarse una constitución en un orden concreto de valores desconoce, su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles.[56]

Y más adelante enfatiza:

> Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad general* y no *una preferabilidad particular o especial*, poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquías a los que se está acostumbrado.[57]

La ponderación favorece "decisiones buenas para algunos" y no "justas para todos", lo cual crea a largo plazo una gran inseguridad jurídica, pero también propicia una deslegitimación progresiva del sistema jurídico. Esto en la medida en que las decisiones judiciales van a estar signadas por un alto grado de discrecionalidad y, en cuanto no son compartidas sino por las formas de vida cuyos valores se ven en la decisión representados y defendidos, son confrontadas por las formas de vida que se sienten discriminadas con esta. La sociedad pierde confianza en las decisiones judiciales porque percibe que no responden a una regla cierta y confiable.

Adicionalmente, el derecho parece adolecer de una debilidad tangencial: su énfasis absoluto en el dominio jurídico y su toma de distancia frente a una concepción pública de justicia para todos y no para algunos le hace olvidar el papel que la política deliberativa juega en todo el proceso jurídico-político y constitucional y de qué manera es a través de ella, es decir, de la expresión comunicativa plural e institucionalizada de la sociedad civil, que le es posible al juez constitucional inferir discursivamente los contenidos normativos del derecho. Esto, en sentido moral, jurídico-político y constitucional, y de la decisión judicial desde

[56] Jürgen Habermas, "Normas vs. valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del tribunal constitucional", 329.

[57] Jürgen Habermas, "Normas vs. valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del tribunal constitucional", 332.

una perspectiva deontológica de "igualdad para todos" y no axiológica de "buenas para algunos".

Con esto Habermas deja en claro varios puntos: primero, que es un error identificar, como lo hemos hecho en Colombia, a Dworkin con Alexy. Mientras que el primero (en la línea del orden lexicográfico de Rawls) busca balancear los principios en términos de explicitar el peso de uno frente a otro, para generar un nuevo precedente que garantice "decisiones justas para todos", Alexy pondera los principios excluyendo uno frente al otro para el caso concreto y generando, por el grado de discrecionalidad ética (no moral) que en ello se involucra, "decisiones buenas para algunos". Segundo, que el dilema histórico que el derecho se juega en general en nuestros tiempos, y que en particular el juez (ya constitucional, ya de cualquier área dogmática) se plantea es esa disyuntiva: ¿cuál criterio regulador debe orientar la decisión judicial: el axiológico o el deontológico? En eso —se infiere de Habermas— se juega su suerte el sistema jurídico.

Democracia y adjudicación constitucional

Pero Habermas no se queda en la teoría del derecho. Intenta justificar su propuesta directamente desde los modelos normativos de adjudicación constitucional. Aborda, inicialmente, la metodología de trabajo del tribunal constitucional alemán al que critica por lo que considera una falsa autocomprensión de esta, en cuanto que, a través de las figuras de la ponderación y el caso concreto, se asimilan valores morales a principios jurídicos, con lo que las decisiones judiciales pierden su carácter deontológico, justo para todos, y adquieren un peligroso sesgo teleológico, bueno para algunos[58].

La crítica teórica a Alexy se convierte aquí en una crítica institucional al tribunal constitucional alemán e, indirectamente, a todos los tribunales que han adoptado su metodología de trabajo, basados en la ponderación y en el caso concreto, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana. Como lo vimos, la interpretación de los derechos fundamentales como bienes jurídicos optimizables, en vez de principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en un medio de realización de patrones éticos, tomando partido por unos frente a otros, con lo que las decisiones judiciales pierden progresivamente su base de legitimidad e, incluso, de eficacia y, a largo plazo, por su discrecionalidad e indeterminación, ponen en entredicho de manera paulatina su propia validez.

De ahí que Habermas considere mejor y más ilustrativa la lectura de la constitución que se ha adelantado en el contexto norteamericano. En efecto, en los Estados Unidos se ha mantenido históricamente una tensión entre dos inter-

[58] Jürgen Habermas, "Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional", en *Facticidad y validez*, 311-362.

pretaciones de la Constitución por parte de dos paradigmas dominantes[59]. De una parte, el modelo liberal y, de otra, el republicano y sus respectivas concepciones de democracia. Aquí Habermas parece adoptar, de nuevo, la postura de los *critical legal studies* en cuanto toda decisión jurídica es, en los casos difíciles que van más allá de la mera interpretación técnico-jurídica o técnico-constitucional, una decisión igualmente política.

El estudio jurisprudencial de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia estadounidense muestra, en efecto, la prevalencia de dos paradigmas de adjudicación constitucional: uno liberal que defiende, en últimas, un modelo de democracia formal; y uno republicano que defiende un modelo de democracia directa. Hay que aclarar que este último no debe confundirse con las posturas del Partido Republicano, aunque sin duda tenga raíces históricas comunes, sino que se restringe estrictamente al ámbito de la adjudicación constitucional. Reitero, no es una "propuesta" iusfilosófica ni teórico-jurídica de Habermas: es un estudio empírico, si se quiere sociojurídico, de las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Cada uno de los paradigmas defiende una concepción de democracia a la cual van estrechamente ligadas una interpretación del ciudadano, de las libertades y de la relación Estado-sociedad. El paradigma de adjudicación liberal y su modelo de democracia formal propician un modelo pasivo de ciudadanía, sustentado en la prioridad de las libertades individuales, donde el ordenamiento jurídico-político se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de un Estado no interventor de la economía.

Por el contrario, el paradigma de adjudicación constitucional republicano y su modelo de democracia directa defienden una concepción activa de la ciudadanía, fundamentada en la prioridad de las libertades políticas, que pone el acento en los procesos deliberativos que la permitan y la sustenten, y que concibe el ordenamiento jurídico-político como soporte de procesos de deliberación pública. Sin embargo, este último paradigma, pese a suponer un concepto altamente protagónico de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equilibrio y la integración social de sus diferentes comunidades entre sí, al forzar una etización de la vida pública desde su particular concepción de vida buena.

Si estos paradigmas de adjudicación constitucional defienden, en últimas, modelos de democracia, la alternativa consistirá, para Habermas, en sustentar

[59] Cass R. Sunstein, *After the Rights Revolution* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990); Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal* (Barcelona: Ariel, 1995) y *La política del diálogo liberal* (Barcelona: Gedisa, 1998). Véanse, entre otros: Michael J. Perry, *Morality, Politics and Law* (Oxford: Oxford University Press, 1998); y Michelman Frank I., "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument", *Florida Law Review* 41 (1998): 443-490.

un modelo de democracia alterno que permita sustentar un paradigma de adjudicación constitucional que sepa interpretarla en los términos sociológicos en que aquella se viene presentando en las sociedades complejas; pues, indudablemente, la gran debilidad de los dos consiste en que ignoran la dinámica societal que en las últimas décadas viene caracterizando los procesos democráticos en el mundo entero. Habermas intentará mostrar cómo tienen que concebir sociológicamente la democracia los tribunales constitucionales con el objetivo de garantizar la perspectiva deontológica de "decisiones justas para todos" y no "buenas para algunos".

Adjudicación constitucional y democracia deliberativa

La única forma de superar el dilema al que parecen condenados los tribunales constitucionales contemporáneos, en su defensa implícita de los modelos de democracia formal o directa, reside, para Habermas, en el reconocimiento de un modelo sociológico de democracia deliberativa, directamente relacionado con un paradigma alternativo de adjudicación constitucional, que articule las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida. Con ello se concilian las dicotomías de los paradigmas liberal y republicano, en lo que constituye un cuarto planteamiento estratégico (capítulos 7 y 8).

En una discusión paralela, en la teoría política, a nuestro hilo conductor pero relevante y definitiva para esta, la traducción sociológica que recoge Habermas permite superar, simultáneamente, tanto la definición minimalista de Norberto Bobbio[60] sobre la democracia, como la interpretación tecnocrática de Robert Dahl, en orden a confrontar ambas desde una concepción alterna de política deliberativa[61]. En efecto, las dos desconocen las condiciones societales para un procedimiento democrático-deliberativo de toma de decisiones que integre la esfera comunicacional de la opinión pública como protagonista central del proceso. Aunque, a diferencia de Bobbio y su definición minimalista, Dahl logra capturar el sentido deliberativo de los procedimientos democráticos, sus conclusiones abogan, no por la profundización deliberativa de la democracia sino, por el contrario, por un monólogo tecnocrático contrario a esta[62].

Frente a este espectro de posiciones, tanto en el campo de la adjudicación constitucional como en el de las concepciones de democracia, Habermas adopta entonces un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía que

[60] Norberto Bobbio, *The Future of Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987).

[61] Robert Dahl, *Democracy and Its Critics* (New Haven: Yale University Press, 1989).

[62] Jürgen Habermas, "Sobre la traducción sociológica del concepto normativizante de política deliberativa", en *Facticidad y validez*, 393-405.

le permita rodear las objeciones de unos y otros a su propuesta, al pretender descalificarla de ideal y meramente teórico-prescriptiva, sin consideraciones empíricas. De ahí su interés en fundar sociológicamente el modelo de democracia que viabilice, plausiblemente, las condiciones de posibilidad reales del paradigma de adjudicación alternativo que busca sustentar. La pregunta clave es ¿en qué sentido este modelo de democracia deliberativa sirve para garantizar "decisiones justas para todos" frente a las "buenas para algunos" que propiciaban los otros modelos?

Democracia deliberativa y opinión pública

Habermas articula a su modelo sociológico de democracia el de espacio político público, concebido como una estructura de comunicación que, a través de la base que para ella representa la sociedad civil, queda enraizada en el mundo de la vida[63]. Este espacio se convierte en una caja de resonancia que permite el desplazamiento de los problemas del mundo de la vida a la esfera de discusión del sistema administrativo, jurídico-político.

Para Habermas, los problemas son detectados por una serie de sensores, al servicio del espacio político público, que cumplen características básicas, una primera, la de no ser especializados; lo cual favorece su distribución a lo largo del conjunto de subsistemas sociales y, una segunda, la de tener la capacidad de transmitir sus impresiones a lo largo y ancho de toda la red. Con el apoyo de estos sensores, el espacio político público capta el lugar y las causas que originan los problemas significativos y los organiza para que representen un elemento de presión para las instituciones que operan en el espacio administrativo.

El espacio político público tiene sus raíces en la esfera de la opinión pública. La opinión pública no puede entenderse como una serie de instituciones u organizaciones que operan sistémicamente. Por el contrario, es una red comunicacional espontánea de opiniones diversas, amarradas a temas específicos, y dirigida hacia cuestiones socialmente relevantes. Su origen se encuentra en la acción comunicativa, ejercida por medio del lenguaje natural.

Los agentes en su interior no son actores estratégicos, concebidos para el logro de determinados fines, sino que son generados comunicativamente, constituidos a través de sus interpretaciones y posiciones. Esto genera un proceso discursivo de inclusión que impone nuevas condiciones a la dinámica comunicativa en cuanto supone mayor explicitación de los temas a discutir, poniendo de presente su importancia y forzando a la política a hacer uso de lenguajes asequibles a todos los individuos.

[63] Jürgen Habermas, "Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública", en *Facticidad y validez*, 407-468.

El papel de la opinión pública es proporcionar una serie de discursos que permitan valorar las disposiciones tomadas por el poder administrativo y, en caso de no estar de acuerdo con alguna de ellas, ejercer presión, incluso a través de la desobediencia civil, para obligar a su reevaluación. Todos estos elementos se ponen de manifiesto en el modelo sociológico de política deliberativa de doble vía que Habermas ilustra con su "metáfora hidráulica de esclusas"[64] (ver figura 4).

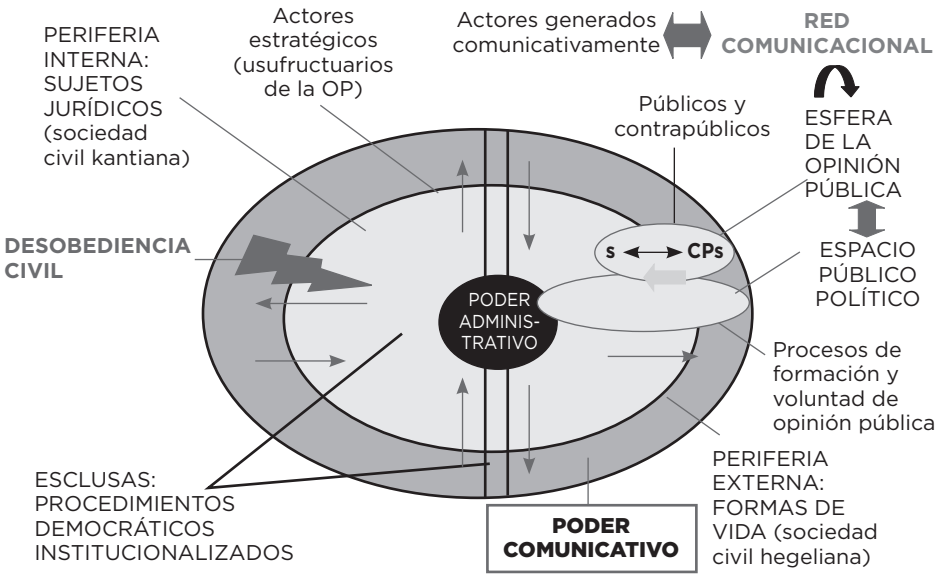


FIGURA 4. MODELO SOCIOLÓGICO DE POLÍTICA DELIBERATIVA DE DOBLE VÍA

Para Habermas, la sociedad se concibe sobre un modelo de esferas concéntricas, comunicadas a través de un sistema de esclusas que permiten que la presión que se da en las esferas más alejadas del centro se pueda transmitir a este. De igual manera, las reacciones y respuestas que el centro produce se comunican con la periferia. Dentro del modelo, el Estado está ubicado en el centro, rodeado por sucesivos círculos que comprenden la sociedad civil kantiana, periferia interna, con toda la formalización que posee, y la sociedad civil hegeliana, periferia externa, compuesta por las diferentes formas de vida, donde se generan las posiciones propias de los sujetos colectivos particulares.

De aquí se infiere el tipo de estrategias de iniciativa exógena frente a lo político que aplica cualquier grupo fuera de la estructura de gobierno y, reivindicando

[64] Jürgen Habermas, "Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública", 440-441.

lo que eventualmente se presente como una vulneración de sus intereses, propenda por involucrar en el problema a otros actores para introducir el tema en la agenda pública, con lo cual crea una presión sobre quienes toman las decisiones[65].

La sociedad civil periférica posee mayor sensibilidad ante los problemas porque está imbuida en ellos. Por su parte, quienes actúan en el escenario político deben su influencia al público en general. Y aunque los temas, sostiene Habermas, cobran importancia solo cuando los medios de comunicación los propagan al público, eventualmente son también necesarias acciones de protesta masiva para que los temas sean reconocidos en el ámbito político. De esta manera, se genera una conciencia de crisis vehiculizada a través de movilizaciones ciudadanas que, por medio de una comunicación pública informal, se mueve por vías que impiden la formación de masas adoctrinadas, lo que refuerza los potenciales críticos del público.

Opinión pública posburguesa

Fraser hace un análisis del triunfo relativo de la democracia liberal en 1989 cuando se comienza a hablar del "fin de la historia". Frente a ello, el reto para el pensamiento crítico postsocialista es construir una teoría crítica de la democracia, urgente en países antes socialistas o con anteriores dictaduras o regímenes de dominación racial. En esa línea, Fraser reconstruye críticamente el concepto de esfera pública y muestra que la confusión que se generó en el socialismo en la relación entre Estado y movimientos sociales, espacios públicos y asociaciones ciudadanas impulsó formas estatistas autoritarias en lugar de mecanismos democráticos participativos[66].

Para Fraser, el concepto de esfera pública de Habermas supera en parte las anteriores dificultades. Es un espacio institucionalizado de interacción discursiva, distinto al Estado, donde se producen y circulan discursos. Es diferente a la economía porque hay relaciones discursivas no estratégicas donde se debate y se delibera.

La autora propone una alternativa matizada sobre la esfera pública que complementa el planteamiento habermasiano y de cuya problematización se concluye que el modelo de opinión pública liberal no es el adecuado para sociedades complejas y de ahí la necesidad de concebir y propender por un modelo posburgués de esfera pública que piense en públicos fuertes y débiles, hegemónicos y contrapúblicos subalternos, así como en sus eventuales formas híbridas que permitan concebir una democracia deliberativa más allá de la liberal existente. La multiplicidad de públicos es preferible a un público hegemónico y a una sola esfera pública dominante.

---

[65] Jürgen Habermas, "Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública", 460-466.

[66] Nancy Fraser, *Iustitia interrupta* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997), 115-117.

Fraser introduce el concepto de "contrapúblicos subalternos" para referirse a los "espacios discursivos paralelos donde los miembros de los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contra-discursos, lo que a su vez les permite formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades", y añade:

> […] en las sociedades estratificadas, los contrapúblicos subalternos tienen un doble carácter. Por un lado, funcionan como espacios de retiro y reagrupamiento; por el otro, funcionan también como bases y campos de entrenamiento para actividades de agitación dirigidas a públicos más amplios. Es precisamente en la dialéctica entre estas dos funciones donde reside su potencial emancipatorio.[67]

Tal exploración sobre los contrapúblicos conduce a una esfera pública posburguesa, que nunca debe identificarse con el Estado. Hoy se puede reconocer la aparición de esferas públicas no estatales surgidas de iniciativas de la sociedad civil. Del rechazo a una concepción hegemónica de los públicos aparece un modelo pedagógico orientado hacia la experimentación de formas de auto-organización y auto-aprendizaje. Su objetivo es producir nuevas estructuras que puedan dar lugar a formas inéditas (en red, desjerarquizadas, descentralizadas, deslocalizadas) de articulación de procesos culturales y sociales, que agencian el surgimiento de nuevos públicos y contrapúblicos[68].

Adjudicación y democracia deliberativa

La pregunta en este punto es, primero, en qué medida tanto el modelo sociológico de política deliberativa de doble vía de Habermas como la teoría de los públicos y contrapúblicos de Fraser pueden articularse a la discusión sobre adjudicación constitucional que venía dando Habermas y, segundo, en qué sentido ello contribuye a la perspectiva deontológica de lograr "decisiones justas para todos", contrario a la perspectiva axiológica de "decisiones buenas para algunos".

La apuesta de Habermas es para que el juez constitucional deje de adoptar, la más de las veces de manera no explícita, los modelos de democracia que en últimas viene asumiendo, el liberal de democracia formal y el republicano de democracia directa, y reconozca, de acuerdo con este tercer modelo sociológico, que la democracia hoy por hoy discurre en términos de lo que podemos denominar una democracia deliberativa o de opinión pública. El alter ego del

[67] Nancy Fraser, *Iustitia interrupta*, 118.

[68] Michael Warner, *Publics and Counterpublics* (Boston: Zone Books, 2002), 65.

tribunal constitucional no son los meros procedimientos democráticos (democracia formal) ni la voluntad de las mayorías (democracia directa) sino la deliberación ciudadana que se manifiesta en la dinámica comunicativa de la esfera pública.

Pero incluso adoptando la óptica de este tercer modelo no queda claro cómo ello garantiza la perspectiva deontológica de la decisión judicial que, en la línea de Rawls y Dworkin, Habermas reivindica frente a la metodología de la ponderación de Alexy. Ahí es donde Fraser media y puntualiza: la decisión del juez constitucional debe considerar dos elementos estructurales, incluso yendo más allá del modelo normativo de Dworkin que pretende ignorarlo: primero, la deliberación entre públicos y contrapúblicos que le permita formarse un juicio integral sobre los discursos e interpretaciones en discusión en la esfera pública. Y, segundo, especialmente debe tener en cuenta la voz de los contrapúblicos como públicos débiles a los que tiene que escuchar y favorecer como minorías.

En el primer factor no se trata, por tanto, ni de recoger la mera voz procedimental de las mayorías formales, legislativas o electorales (democracia formal) ni tampoco la voz activa de supuestas mayorías sociales, militantes y beligerantes por alguna causa (democracia directa). Se trata —segundo factor— de escuchar, en la medida en que la esfera pública, como caja de resonancia, hace eco de sus voces, a los que no tienen voz, a los públicos débiles, a los públicos subalternos, a los públicos minoritarios. Solo al escucharlos y tenerlos en cuenta puede el juez constitucional garantizar una defensa de sus derechos y expectativas frente a meros procedimientos formales o al activismo de las mayorías y, de esa manera, garantizar decisiones justas para todos y no solo buenas para algunos, en este último caso, a favor de las mayorías formales o hegemónicas.

El juez constitucional es intérprete de textos jurídicos y de contextos socio-políticos. Habermas recoge a Peter Häberle para poner de presente que los ciudadanos son también intérpretes constitucionales y que sus reivindicaciones, sus reclamos al Estado, sus voces de protesta, no solo tienen que ser tenidos en cuenta por las autoridades sino que son, en su expresión política, interpretaciones sobre sus derechos, sobre el ordenamiento jurídico-político, sobre la constitución que los rige y, por tanto, los tribunales constitucionales deben considerar también ello como posiciones legítimas y exigencias de facto sobre sus derechos que también deben ser tenidas en cuenta[69].

Pero se trata también de la consideración de que la constitución no es solo un texto abierto sino que también es falible y que el juez constitucional, como los ciudadanos en sus expresiones de confrontación o apoyo diarios, la complementan

[69] Peter Häberle, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales", en *Constitución como cultura* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 109-152.

y reescriben día tras día[70]. El presupuesto formalista de que la constitución es un texto intocable por ser la voluntad prístina de un constituyente sin conflictos ni tensiones simplemente hipostasia la voluntad popular en una letra muerta que ahoga el espíritu innovador que le dio vida, como ya Negri lo había mostrado y lo retoma Habermas en su famoso opúsculo "Soberanía popular como procedimiento" (1988).

Excurso. La discusión constitucional en Estados Unidos

Habermas reconstruye la discusión constitucional estadounidense a partir de la propuesta de J. H. Ely quien desarrolla una teoría del control constitucional en términos procedimentalistas[71]. Su finalidad es blindar al tribunal constitucional de toda orientación por principios de origen moral o ético, alentado por un profundo escepticismo de la actividad judicial.

La única opción posible es que el tribunal se rija, no por regulaciones materiales sino formales (como las de igual protección o debido proceso) que en últimas definen la esencia de la constitución americana. La revisión judicial debe propender, antes que todo, por liberar el proceso democrático de todo tipo de impedimentos que no permitan la plena formación de la voluntad pública, particularmente, en lo que tiene que ver con la manifestación y garantías comunicativas de las minorías. De ahí su desconfianza frente a las "mayorías tiránicas" y la necesidad de que se las constriña procedimentalmente[72].

Sin embargo, para Habermas, solo si se retoma la cuestión de la jurisdicción constitucional desde un punto de vista republicano puede articularse la propuesta de Ely, en la medida en que solo la comprensión republicana de la política pone en primer plano la conexión interna del sistema de derechos con la autonomía ciudadana. De modo que el tribunal constitucional ha de operar procurando que el proceso de producción de normas se efectúe en condiciones de una política deliberativa que esté ligada a exigentes presupuestos comunicativos[73].

Una práctica de la autodeterminación deliberativa solo puede desarrollarse en las interacciones entre la formación de la voluntad parlamentaria y la construcción política de la opinión, cuando los temas provienen de la periferia. El modo deliberativo de producción legislativa puede estar amenazado por la autonomización de la burocracia y por el influjo del poder social privado. En Estados Unidos el problema adicional es el influjo que ejercen grupos de

[70] José Antonio Estévez, *La constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid: Trotta, 1994), 41-90.

[71] John Hart Ely, *Democracia y desconfianza* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1997).

[72] Jürgen Habermas, "Normas vs. valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional", en *Facticidad y validez*, 337 y ss.

[73] Jürgen Habermas, "El papel de la jurisdicción y jurisprudencia constitucional en la comprensión liberal, en la comprensión republicana y en la comprensión procedimental de la política", en *Facticidad y validez*, 340-361.

intereses que imponen sus objetivos. De ahí que la tradición constitucional republicana sostenga que el papel del tribunal constitucional es el de defender la democracia deliberativa.

Cass R. Sunstein[74] discute las consecuencias que para la política deliberativa tiene este papel de vigilancia, partiendo de procesos de control constitucional en los que el tribunal ha rechazado leyes por ser discriminatorias. Sunstein apunta así a una articulación discursiva del proceso de producción de normas a nivel legislativo asumiendo como criterio heurístico la formación de opinión pública e intentando elucidar si en las decisiones han influido intereses privados.

La Corte Suprema hace valer más el requisito de análisis razonado frente a las disposiciones de la administración que a las del legislativo, pues el tribunal no puede atribuirse frente al último el papel de un crítico ideológico. Pero no deja de ser interesante que, en opinión de Habermas, el republicanismo abogue por un activismo constitucional porque la jurisdicción tendría por fin compensar el desfase que se produce entre el ideal republicano y la realidad constitucional.

Bruce Ackerman, por su parte, afirma Habermas, reacciona a esta tensión entre facticidad y validez poniendo al tribunal constitucional en el papel de mediador entre ideal y realidad[75]. Retomando a Kuhn, al igual que la normalidad de la ciencia solo se ve interrumpida por revoluciones que imponen nuevos paradigmas, algo similar ocurre en el curso del proceso político: solo en momentos extremos de carácter político el pueblo sale de la normalidad. Pero durante los intervalos de estabilidad, los jueces del tribunal constitucional son los guardianes de la práctica de autodeterminación.

Así, la tradición republicana parece posibilitar tal excepcionalismo ligando la práctica política al *ethos* de la comunidad: la política solo puede ser ejercitada por ciudadanos virtuosos. Por contraste, una interpretación articulada en términos de teoría del discurso insiste en que la formación democrática de la voluntad extrae su fuerza legitimadora de presuposiciones comunicativas. La teoría del discurso rompe con esa concepción de la autonomía ciudadana puesto que la política deliberativa no está reservada para estados de excepción.

Los rasgos excepcionales del proceso democrático se explican porque, en opinión de Habermas, los comunitaristas entienden la ciudadanía en términos éticos. Solo la pertenencia a una forma de vida intersubjetivamente compartida y el tornarse conscientes de un contexto de tradición explicarían porqué los ciudadanos alcanzan consenso. Sin embargo, esta eticidad sustancial no se compadece con las condiciones de pluralismo cultural y social que caracterizan a las sociedades modernas.

La discusión acerca del activismo del tribunal constitucional, sugiere

[74] Cass R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, 1990.

[75] Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*, 1995; y *La política del diálogo liberal*, 1998.

Habermas, no puede efectuarse en abstracto. Si se entiende la constitución como interpretación de un sistema de derechos, una jurisprudencia militante viene normativamente exigida. El tribunal constitucional no puede adoptar el papel de regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante una minoría de edad de la ciudadanía. Ante el espacio público politizado el tribunal puede adoptar a lo sumo el papel de tutor, sostiene Habermas.

Estas razones se proyectan a la interpretación que se hace del discurso político. Por ello Michelman y Perry[76] entienden la política como una reflexión acerca del acto de fundación de la constitución y como repetición de este en momentos clave. Con ello, Michelman eleva esa forma de política simbólica a modelo de la política. La tensión entre facticidad y validez estalla entre el ideal de una república ética y la indigna realidad constitucional. Solo la forma de una argumentación ético-política constituye el puente entre la política original y la caída.

Para ser legítimo, el derecho tiene que estar en consonancia con principios morales, pero bajo condiciones de un pluralismo cultural se esconden intereses que no pueden considerarse ingredientes de la identidad de la comunidad. Estos han de equilibrarse, cosa que no puede conseguirse mediante discursos éticos. Dicho equilibrio se efectúa con una formación de compromisos entre las partes. Así pues, el modo deliberativo de la práctica de la legislación ha de cuidarse no solo de la validez ética de las leyes. La pretensión de validez de las leyes debe entenderse como la pretensión de conjugar el bien común con los intereses y con los principios universales de justicia.

El concepto de política deliberativa solo recibe referencia empírica cuando se toman en cuenta la pluralidad y la diversidad de las formas de comunicación. De modo que en los discursos jurídicos se hacen oír también razones morales, éticas, pragmáticas y empíricas. En la política legislativa, anota Habermas, el suministro de informaciones queda entrelazado con el arreglo entre intereses y la formación de compromisos.

De esta manera se imbrican de forma racional los dos tipos de política que Michelman contrapone. Por ello, Sunstein reconstruye una concepción integrada que él llama "republicanismo madisoniano". Esta concepción fundamenta el modo deliberativo del proceso legislativo como condición necesaria de la producción legítima de derecho sin perder la conexión con teorías empíricas.

Derecho privado y decisión judicial

En el último capítulo, quinto planteamiento estratégico, Habermas aborda, desde el derecho privado, los paradigmas jurídicos que, en las decisiones judiciales,

[76] Véase, entre otros: Michael J. Perry, *Morality, Politics and Law* (Oxford: Oxford University Press, 1998).

pueden detectarse en el último siglo[77]. El apartado cobra especial interés desde dos ópticas: la primera, dado que Habermas ha venido desarrollando su reflexión en el contexto del derecho público, particularmente el constitucional, aventurarse en los dominios del derecho privado muestra la aspiración totalizante de su teoría del derecho. Segunda, porque la pregunta que se impone aquí es si, análogamente, la perspectiva deontológica de la decisión judicial de "decisiones justas para todos", frente a la axiológica de "decisiones buenas para algunos", también se corrobora en este nivel del derecho privado.

En este apartado Habermas recaba en la proyección metodológica de la categoría de "paradigma" que ha venido utilizando a través de su libro, explicitando el origen y el alcance que la figura tiene en su estudio. Los paradigmas no son elaboraciones teóricas externas, tipos ideales en la línea de Weber, por decir algo, ajenas a la práctica judicial misma. Al contrario, asumiendo el argumento realista que posteriormente retoman los *critical legal studies*, se infieren de las decisiones judiciales que se consideran ejemplares y expresan, por tanto, la imagen tácita que de la sociedad tienen los jueces.

Básicamente, los paradigmas son las ideas implícitas que los jueces poseen en torno a sus consideraciones generales sobre la sociedad, en especial sus concepciones socio-políticas, y las cuales constituyen el contexto, explícito o implícito, desde donde aquellos fundamentan sus decisiones:

> Un paradigma jurídico es algo que en primera línea se infiere de las decisiones judiciales que, en virtud de los criterios que fuere, se consideran ejemplares, y las más de las veces suele equipararse a la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces […] [a su] visión social. Esta constituye el contexto cuando los jueces, al fundamentar sus decisiones, establecen hechos y refieren los hechos a las normas.[78]

Y más adelante sentencia, sin duda adelantándose a las objeciones de ese sector de la conciencia jurídica convencional, que conciben el derecho —como antaño el positivismo científico— prácticamente como un sistema normativo puro, recogido en los laberintos conceptuales de su propia lógica y absolutamente aislado de las influencias de su contexto social, estableciendo además una frontera insalvable entre sociedad y dogmática:

> […] el fenómeno de esa inevitable comprensión de su fondo, de esa subyacente teoría de la sociedad, ya no constituye solo el objeto de una historia del

[77] Jürgen Habermas, "Paradigmas del derecho", en *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1998), 469-534.

[78] Jürgen Habermas, "Paradigmas del derecho", en *Facticidad y validez*, 473-474.

> derecho que proceda en términos descriptivos, sino que de él se han vuelto también conscientes la dogmática jurídica y la práctica jurídica. Hoy la jurisprudencia ya no puede comportarse ingenuamente respecto a su propio "modelo social". Y porque la comprensión paradigmática del derecho ha perdido la inocencia de un saber orientador que actuase solamente a espaldas de los implicados en la práctica jurídica, tal comprensión de fondo exige una justificación en términos autocríticos. Tampoco la dogmática jurídica […] puede eludir ya la cuestión del paradigma correcto.[79]

Así como anteriormente, en el ámbito del derecho constitucional, Habermas retoma los paradigmas de adjudicación constitucional que en el contexto del primer mundo se han constituido en los modelos dominantes en los dos últimos siglos para proponer uno alternativo, sociológicamente sustentado, de forma similar retoma los paradigmas que, tanto en Europa como en Norteamérica, han determinado la decisión judicial a nivel del derecho privado.

A partir de los estudios clásicos de Franz Wieacker[80] en derecho privado, Habermas muestra el contraste que, frente al paradigma de derecho formal dominante en la Modernidad temprana, y que llega a su máxima expresión en el siglo XIX, se opone un paradigma de derecho material, derivado del Estado de bienestar, a partir de la crisis mundial del capitalismo en la primera mitad del siglo XX. Este último consolida su presencia, precisamente, hasta la crisis del Estado de bienestar en la década de los sesenta, donde además asistimos a un cambio de régimen de acumulación capitalista de carácter fordista a uno de tipo posfordista, en lo que inaugura el inicio del Estado mínimo neoliberal/neoconservador pero que aceleró, también, el proceso de lo que hoy reconocemos como globalización[81].

En este contexto de la globalización que, por supuesto, connota elementos tanto negativos como positivos, se ambienta lentamente un nuevo paradigma que ha sido registrado sociológicamente en las decisiones judiciales a nivel del derecho privado y que Gunther Teubner ha recogido en sus estudios sociojurídicos, para contrastarlo con los dos anteriores (ver tabla 1)[82]. En la tabla quedan claras las características que cada uno de los paradigmas ha connotado históricamente pero, sobre todo, en qué sentido el paradigma de derecho reflexivo, que básicamente ha surgido en el contexto de la globalización, logra consolidar una nueva

---

[79] Jürgen Habermas, "Paradigmas del derecho", en *Facticidad y validez*, 474.

[80] Franz Wieacker, citado en Jürgen Habermas, "Paradigmas del derecho", en *Facticidad y validez*, 471.

[81] Véase: David Harvey, *La condición de la Modernidad* (Buenos Aires: Amorrortu, 1998), 141-222.

[82] Véase: Gunther Teubner, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", en *La fuerza del derecho* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 2000), 81- 152.

tendencia en las decisiones judiciales que los jueces han tomado en el marco del derecho privado.

PARADIGMAS JURÍDICOS			
Dimensiones	**Derechos formal**	**Derecho material**	**Derecho reflexivo**
Justificación del derecho	Condiciones de individualización y autonomía para el actor privado.	Regulación colectiva, actividad social y económica. Compensación fallas del mercado.	Control de autorregulación. Coordinación de formas alternativas de cooperación.
Funciones externas del derecho	Premisas de movilización y distribución de recursos.	Modificación instrumental del mercado y pautas de comportamiento.	Estructuración y reestructuración de procesos internos y externos.
Estructuras internas del derecho	Orientación normativa: reglas aplicadas por lógica deductiva	Orientación finalista: programas de acción a través de políticas públicas.	Orientación procedimental: estructuras y procesos orientados relacionalmente.

TABLA 1. PARADIGMAS JURÍDICOS

No vale la pena volver sobre lo que puede ser mejor comprendido en el estudio de Teubner y que, posteriormente, ha sido complementado por él mismo, así como por otros autores, dándole alcance a sus planteamiento iniciales[83]. Quizás lo que quisiera enfatizar es en que este nuevo paradigma concreta la propuesta habermasiana, como había dicho, en dos direcciones: una primera, en cuanto muestra en qué sentido su concepto de validez dual efectivamente se realiza, no solo en el campo de la justicia constitucional, donde se podría suponer es más fácilmente plausible, sino en el del derecho privado donde parecería razonablemente irrealizable. Y una segunda, en que, además, por su carácter igualmente concreta la proyección deontológica del derecho de decisiones "justas para todos" más que "buenas para algunos".

Comprender el significado pleno del derecho reflexivo remite a una tradición sociológica que no solo es la luhmanniana, de carácter sistémico, con la que sin duda Teubner, como sociólogo, comparte una caracterización descriptiva de la sociedad actual, sino igualmente a una interpretación crítica de esta que podemos encontrar en autores como Ulrich Beck y Zigmunt Bauman, entre otros. Esta nos remite a una consideración que reconoce la dinámica sistémica que la globalización ha catalizado —imposible de negar— pero que la asume de manera

[83] Véase: Gunther Teubner, "Regímenes globales privados: ¿derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?", en *Estado, soberanía y globalización* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 2010), 65-102.

crítica, desnudando sus patologías y, como Bauman lo muestra, sus ambivalencias y que connota efectos tanto proactivos como perversos que deben ser evaluados en ambas direcciones.

El concepto de Modernidad reflexiva de Beck trata de mostrar el conflicto entre Modernidad simple y globalización, que esta última exacerba, y cuyo resultado, más allá del análisis simplista de descalificar a la segunda y reivindicar eventualmente a la primera (también atravesada por tensiones y conflictos irresolubles), pone de presente la existencia en esta última de tendencias progresistas y profundamente transformadoras, así desde una lectura bastante limitada de la primera parezcan reaccionarias y conservadoras[84].

De manera análoga, en el derecho, en especial el privado, lo que parecería ser inicialmente una mera expresión mecánica de la dinámica de la globalización y, por tanto, criticable en cuanto convalida jurídicamente sus procesos, se revela desde un análisis crítico más profundo, como una tendencia democratizante en su interior que, al mismo tiempo que potencia la globalización —incluso en su orientación funcional y sistémica eventualmente más conflictiva— logra simultáneamente, a través de las decisiones judiciales, articular formas de vida en términos proactivos que moderan y equilibran sus consecuencias perversas[85].

Las decisiones judiciales que hace dos siglos ratificaban pasivamente el capitalismo liberal, concretando con ello el paradigma de derecho formal que Teubner reconoce, y que durante el Estado de bienestar es confrontado, en sentido contrario, por un paradigma de derecho material que intenta moderar socialmente los efectos de un capitalismo insensible a sus costos sociales, finalmente logra, en el marco de la globalización, un paradigma de derecho reflexivo —a través siempre de decisiones judiciales—. Este, a su vez, respetando el marco procedimental, garantiza la coordinación de circuitos sistémicos de carácter transnacional altamente complejos al tiempo que concilia con ellos las expectativas de las formas de vida potencialmente afectadas.

La doble cara de Jano que Habermas reclamaba para la validez jurídica parece así concretarse en este nuevo paradigma, pero también, al lograr balancear las expectativas, tanto sistémicas, de coordinación de sistemas sociales altamente complejos, como de formas de vida que logran morigerar socialmente estos procesos a través de un marco institucional democrático, se logra igualmente concretar la aspiración deontológica de decisiones justas para todos (tanto de los sistemas como de las formas de vida) y no solamente buenas para algunos (en especial, desde la perspectiva única de los sistemas sociales).

---

[84] Véase: Josexto Beriain, *Las consecuencias perversas de la Modernidad* (Bogotá: Anthropos, 1996).

[85] Véase: Helmut Dubiel, *La teoría crítica ayer y hoy* (México: Plaza y Valdés, 2000), 105-128.

Conclusión

Tal como se planteó, el presente escrito siguió el siguiente itinerario: en la primera parte se retomó a Rawls para poner de presente, en el marco de la posición original, de qué forma los principios de justicia son jerarquizados y en qué sentido en esa jerarquización, que Rawls recoge en la figura del orden lexicográfico, se encuentra el origen de lo que más tarde, con Dworkin, vendrá a ser, de una parte, la teoría del peso balanceo y, de otra, la perspectiva deontológica que Habermas reivindica.

Enseguida se expusieron las teorías de Dworkin y Alexy para presentar sus principales elementos y señalar, en especial, las diferencias sustanciales que sus dos modelos teóricos entrañan. Reconstruyendo la posición dworkiniana se recabó, especialmente, en su teoría del balanceo, evidenciando que ella se sustenta en el peso que le corresponde a los principios y que el juez tiene que explicitar en su modelo de la "respuesta correcta". En contraste, se presentó la teoría de Alexy mostrando la mecánica de la ponderación frente a principios considerados en el mismo nivel, y de qué forma, en función del caso concreto, se escoge uno frente al otro. A partir de esto se concluye, en su contrastación, cómo las dos metodologías constituyen propuestas contrapuestas de adjudicación constitucional.

En la tercera parte se abordó, finalmente, la teoría del derecho de Habermas, primero esclareciendo los supuestos sociológicos de su concepto de derecho, enseguida su concepción de derecho como tal, que contrasta con las teorías de derecho contemporáneas en cuyo marco precisa la reivindicación que hace, a partir de Dworkin, de la perspectiva deontológica del derecho y del tipo de decisiones judiciales justas para todos, frente a la axiológica de Alexy y su perspectiva de decisiones judiciales buenas para algunos. Esta última es confrontada por Habermas con los paradigmas de adjudicación constitucional del tribunal constitucional alemán y de la corte suprema estadounidense que le permiten ambientar su modelo alternativo de adjudicación constitucional, sustentado en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía.

En ese contexto se presentó su teoría de la opinión pública, que las críticas de Nancy Fraser complementan, y que permiten determinar con precisión el alcance que su paradigma de adjudicación constitucional alternativo puede tener frente a determinados casos difíciles donde el juez constitucional necesariamente involucra una visión del sistema político que, tal como los *critical legal studies* lo han planteado, constriñe políticamente —incluso en términos axiológicos y no deontológicos— las decisiones judiciales.

Por último, se complementó el estudio desarrollado con algunos elementos que Habermas recoge sobre la discusión constitucional en Estados Unidos, así como con los paradigmas jurídicos que, en el ámbito del derecho privado, igualmente permiten corroborar, tanto su concepción de validez jurídica como la

perspectiva deontológica de la decisión judicial que ha buscado reivindicar para el conjunto del derecho.

No me cabe duda de que nos encontramos, tanto a nivel global como local, en un momento de fractura epistémica entre dos visiones opuestas del derecho que, recogiendo la distinción de Duncan Kennedy, enfrenta una mirada conservadora y otra progresista sobre el ámbito de lo jurídico. Una confrontación que además de jurídica es igualmente política, en cuanto se refiere tanto a lo que es el derecho normativamente, desde su punto de vista interno, como a lo que se supone es su papel en la sociedad, desde una perspectiva externa, retomando la famosa distinción hartiana.

Habermas es consciente de que, por estas razones, esta no es solo una discusión jurídica al interior del derecho:

> La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de una sociedad, es en su núcleo una disputa política. En el Estado democrático de derecho esa disputa concierne a todos los implicados, no puede efectuarse solamente en las formas esotéricas de un discurso de expertos desligado del espacio público-político.[86]

Dije al principio, y lo reitero, que esta es una discusión, antes que de filosofía del derecho, de teoría jurídica e incluso de teoría constitucional. Ese es el terreno en que Habermas expresamente la plantea, una vez más para obviar el simplón argumento de que esto es un "deber ser" filosófico que poco tiene que ver con la realidad. El debate lo ha dado Habermas todo el tiempo en el ámbito del derecho, tanto del público como del privado, frente a cuyas dimensiones ha confrontado su propuesta.

Asimismo, queda claro que el amalgamiento que se ha hecho en Colombia entre Dworkin y Alexy es una falacia criolla, sin duda originada en las necesidades de un campo jurídico que tiene en la cúspide de su ordenamiento, no principios que pueda jerarquizar y balancear, en la línea de Rawls y Dworkin, sino más bien un conjunto de principios horizontales —que la sentencia T-406 del 92 de la Corte Constitucional reconoció— y para los que la ponderación resulta más efectiva como metodología de trabajo constitucional.

Sin embargo, estas necesidades pragmáticas no justifican confusiones teóricas como las que han hecho carrera en nuestro contexto (justificar la ponderación desde Dworkin, además de declararlo iusnaturalista, ignorar a Rawls, desconocer la contundencia teórico-jurídica de Habermas, etc.) y que la acade-

[86] Jürgen Habermas, "Paradigmas del derecho", en *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1998), 477.

mia crítica, por lo menos, tiene la obligación de abordar, profundizar y sobre las que debe hacer claridad, respetando, por supuesto, la dinámica práctica de los operadores y hermeneutas constitucionales, si bien esa es también una virtud cívica de toda ciudadanía.

CAPÍTULO IX

RAZÓN PÚBLICA, PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL Y ETICIDAD DEMOCRÁTICA. EL DERECHO COMO DELIBERACIÓN PÚBLICA

Introducción

En el apartado "¿La muerte del derecho?" de su libro *El derecho como razón pública*[1] el profesor Owen Fiss, de la Universidad de Yale (Estados Unidos), hace una corta pero muy sugestiva semblanza histórica y analítica del desarrollo del derecho en el último medio siglo en los Estados Unidos, fácilmente extensible al mundo occidental y, en cierta forma, por el efecto catalizador de la globalización neoliberal, al mundo entero, allí donde el derecho funge como medio de organización social.

El argumento de Fiss es que el derecho se ha polarizado por la influencia de dos corrientes en Estados Unidos, una es la del análisis económico del derecho (*law and economics*) que lo concibe como eficiencia y la otra es la de los estudios críticos del derecho (*critical legal studies*) que lo asume como política. Ambas, sin embargo, coinciden en no reconocer que el derecho puede estar sustentado en un tercer término, no absoluto ni excluyente de los anteriores, a saber: como razón pública.

En Colombia, guardadas proporciones por supuesto en la medida en que ninguna de estas escuelas ha logrado afianzarse en nuestro medio, asistimos a una lectura análoga donde el derecho se ve desgarrado entre el binomio que, en los albores de la Constitución del 91, algunos colegas llamaron el viejo vs. el nuevo derecho, que más tarde se redujo a formalismo vs. antiformalismo, y que con el paso de los años se ha venido decantando, en el campo de la filosofía del

[1] Owen Fiss, "¿La muerte del derecho?", en *El derecho como razón pública* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 249-266.

derecho y la teoría jurídica, por lo menos, en una tensión cada vez más aguda y polarizante entre una amalgama iusnaturalista-positivista-autoritaria (donde caben las lecturas eficientistas neoliberales) y una garantista-interpretativista-crítica (donde caben también las posturas feministas, marxistas moderadas y posmodernas).

El texto de Fiss, quien toma distancia de ambas posturas, no da, sin embargo, claves para comprender qué es lo que podríamos considerar "derecho como razón pública" y aunque sus alusiones a una moralidad pública, sin referencia a autores específicos, nos darían licencia para relacionarlo con Dworkin o Rawls, su análisis en este punto es más de tipo histórico y social, sin dar pistas, insisto, que nos permitan definir conceptualmente tan particular propuesta.

Quisiera aprovechar este vacío para intentar precisar los linderos conceptuales y la proyección de este planteamiento, para lo cual exploraré, inicialmente, la noción rawlsiana de razón pública, dado que fue Rawls no solo quien introdujo la categoría en su libro *Liberalismo político* (1993), sino que posteriormente la habría de profundizar (*The Idea of Public Reason Revisited*, 1997) en lo que sería el último texto que prácticamente escribiera antes de su muerte.

Pero la idea de razón pública tiene una proyección inmediata que es la de la deliberación pública y la legitimación constitucional. En el artículo mencionado Rawls lo sugiere, pero quien ha desarrollado la noción ha sido Jürgen Habermas con su propuesta del patriotismo constitucional como única forma de vinculatoriedad intersubjetiva en las sociedades complejas contemporáneas (siendo Colombia, especialmente, una de ellas). Esto nos remite a una reveladora discusión —adelantada por la tercera generación de la Escuela de Frankfurt— sobre el lugar desde el cual se sustenta ese patriotismo constitucional cuando no hay —ni tiene que haber— un *ethos* hegemónico que pueda respaldarlo.

Pero en toda esta discusión gravita el papel que juega la filosofía práctica (entendida como moral, política y jurídica) en los procesos de deliberación pública. Aunque Habermas ha definido el papel de la filosofía como "vigilante e intérprete", creo que la propuesta rawlsiana interpretó mejor la proyección social e institucional que una filosofía del derecho podría tener a la que, por tanto, me aproximaré para mostrar su rol de soporte crítico de esa razón pública y ese patriotismo constitucional que no solo requieren un *ethos* democrático sino una filosofía práctica militante y deliberativa.

En ese orden, la hipótesis de trabajo que este capítulo buscará ilustrar es la siguiente. El concepto de derecho como razón pública que, a manera hegeliana, conciliaría los momentos que han polarizado al derecho reduciéndolo, ya a su dimensión de eficacia (escuela del análisis económico del derecho) ya como mera política (estudios críticos del derecho) requiere, para su reconstrucción normativa iusfilosófica y teórico-jurídica, sustentarse en el diseño rawlsiano del con-

senso entrecruzado y la razón pública que permitan comprender la mediación constitucional entre política y derecho, en el marco de un modelo de democracia deliberativa, y cuya fundamentación de vinculatoriedad intersubjetiva y proyección social solo puede ser proporcionada por la noción de eticidad democrática y patriotismo constitucional, tal como Habermas y la tercera generación de la Escuela de Frankfurt la ha desarrollado. Esto remite al papel público que la filosofía política, como reflexión crítica, debe acometer en procura de acompañar y dar sustento conceptual a tales procesos, para afianzar una cultura política sustentada en una sólida *paideia* constitucional.

Como debe ser obvio —aunque no sobra advertirlo— quiero concebir esta propuesta de un derecho como razón pública como inscrita en la línea de una teoría crítica del derecho, nunca como una apología de la concepción de derecho dominante y hegemónica hoy en nuestro medio. Propuesta que busca potenciar los flujos contrahegemónicos que al interior del campo jurídico colombiano se vienen dando y que en un primer momento la Corte Constitucional catalizó en tal sentido pero que, posteriormente, ha sido rabiosamente confrontada por la reacción que los paradigmas convencionales, iusnaturalista y positivista, han tenido contra la Constitución del 91, a la sombra de una oscura tendencia política autoritaria que ha venido consolidándose en el país desde hace más de una década.

Rawls: la idea de razón pública

La idea de razón pública en Rawls está inicialmente formulada en el marco de lo que denomina *overlapping consensus* o consenso entrecruzado, categoría clave para comprender el énfasis sociológico que le confiere a lo que denomina liberalismo político que solo así puede ser diferenciado del procedimental que rechaza enfáticamente. Liberalismo político en ese sentido es un *factum* sociológico que se impone en las sociedades complejas para ser administradas consensualmente por las diferentes formas de vida que deseen comprometerse en su manejo.

Ese consenso entrecruzado, que culmina con la noción de razón pública, muestra el entramado político —en últimas democrático-deliberativo— que soporta posteriormente los procesos constitucionales, tanto en su dinámica como en sus marcos de interpretación. La razón pública se articula directamente con esa dinámica deliberativa, tanto en un primer nivel político (los foros ciudadanos de la razón pública) como en un segundo nivel constitucional (los términos de razonabilidad a los que el tribunal se atiene en su deliberación e interpretación constitucional).

De aquí se inferiría que la consideración del derecho como razón pública tiene un anclaje profundamente deliberativo y democrático antes que meramente legal y formalista, tanto en sus insumos básicos en las fuentes previas de la elabo-

ración normativa como en la interpretación y adjudicación constitucional, por lo menos, e incluso en la misma decisión judicial de los procesos legales.

Liberalismo político y pluralismo razonable

Liberalismo político[2] representa, como hemos visto, la asunción crítica de los argumentos comunitaristas y la crítica al liberalismo clásico[3], mediado por la lectura tanto de Hegel y sus conceptos de reconciliación y eticidad, como de Marx y su concepción del capitalismo como un sistema injusto, al igual que de la tradición republicana y su concepto de deliberación ciudadana, lo que le permite a Rawls su ruptura definitiva con el liberalismo doctrinario y su concreción de un modelo de sistema político normativamente incluyente[4].

En efecto, para Rawls la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dado un contexto social compuesto por una diversidad de clases y grupos en su interior, es la de un pluralismo razonable de doctrinas omnicomprensivas razonables en el marco de una cultura política y de instituciones que garanticen mínimamente procesos de consensualización.

El fundamento normativo de este pluralismo razonable debe ser, según Rawls, una concepción política de la justicia consensualmente concertada por el conjunto de sujetos colectivos comprometidos con esa sociedad. El pluralismo razonable tiene como objetivo la obtención de un consenso entrecruzado (overlapping consensus), el cual constituye el constructo principal de la interpretación rawlsiana sobre una democracia consensual. El consenso entrecruzado viene a ser el instrumento procedimental de convivencia política democrática a través del cual esta puede ser garantizada5.

Este liberalismo consensual, que Rawls califica como político en oposición al liberalismo procedimental, formalista y de mayorías, cuya fuerza y proyección reside en la flexibilidad y transparencia del procedimiento político de deliberación e intersubjetividad ciudadanas, supone la existencia en el seno de la sociedad de varias doctrinas omnicomprensivas razonables, cada una con su propia concepción del bien, pero compatibles con el pluralismo que caracteriza a los regímenes constitucionales.

---

[2] John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993).

[3] Otfried Höffe, "Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne?", en *Individué et justice sociale* (Paris: Éditions Du Seuil, 1988).

[4] John Rawls, *Liberalismo político* (Barcelona: Crítica, 1996).

[5] John Rawls, *Liberalismo político*, 165-205. Véase, igualmente: "Un consenso entrecruzado no utópico", en *Justicia como equidad: una reformulación* (Barcelona: Paidós, 2002), 254-258.

Overlapping consensus

Aunque la formulación rawlsiana, como vimos, del *overlapping consensus* establece dos etapas, leído integralmente puede ser discriminado en cinco momentos diferentes. El primero es el del *modus vivendi* que Rawls advierte no debe ser confundido con el consenso entrecruzado, en la medida en que este es siempre el final y no el comienzo del proceso. En tal sentido, el *modus vivendi* correspondería a lo que podríamos llamar un "acuerdo de mayorías" donde, como tal, persisten desacuerdos y conflictos con las minorías discriminadas, conflictos que precisamente tienen que ser resueltos pacíficamente, a través de medios constitucionales.

De ahí que el segundo momento, primera etapa para Rawls del *overlapping consensus*, sea la que denomina consenso constitucional, que en cierta forma evoca, por contraste, al famoso "contrato constitucional" de Buchanan donde los vencedores imponen sus términos a los vencidos en el marco de un "pacto" constitucional que simplemente convalida lo logrado en el estado de naturaleza por la fuerza[6]. Por el contrario, este momento es concebido por Rawls como la etapa en la que los actores del conflicto logran ser incorporados a la vida social a través de mecanismos constitucionales que moderan la radicalidad de las hostilidades, abriendo el poder constitucional y democráticamente a los grupos que luchan por él.

Esto origina un tercer momento intermedio de convivencia ciudadana donde, ya moderado el conflicto, se ambienta y genera un espectro de virtudes cívicas que al propiciar un clima de razonabilidad, de espíritu de compromiso, de sentido de equidad política y de reciprocidad sienta las condiciones mínimas de deliberación pública necesarias para la etapa subsiguiente, que es la vertebral del proceso.

El cuarto momento, segunda etapa para Rawls, es el del consenso entrecruzado (en adelante OC), el consenso de consensos, que fija el contenido de la concepción política de justicia que determinará a la sociedad. Fruto de la más amplia deliberación ciudadana, incluye para su determinación la forma en que bienes sociales primarios y libertades políticas van a ser repartidas socialmente y, por tanto, los diversos grupos políticos deben plantear propuestas en tal sentido que precisen su regulación en la estructura básica de la sociedad a nivel económico y político.

Este OC define lo que Rawls, en la línea kantiana, denomina concepción política de la justicia, es decir, el consenso que las diferentes visiones razonables —las que quieren participar en la administración de la sociedad— tienen sobre el proyecto societal que las identifica, obviamente sin desmedro de sus propias

[6] James Buchanan, *The Limits of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1975).

concepciones de vida buena, definiendo principios y valores políticos constitucionales suficientemente amplios como para consolidar el marco común de la vida social y política, así como especificando los términos de cooperación social que este liberalismo consensual intenta concretar y sobre los cuales los grupos ciudadanos, desde su absoluta libertad de conciencia y perspectivas omnicomprehensivas, concilian con sus propios valores morales y políticos particulares.

Por supuesto, el espacio donde este OC se consolida es el foro público de la deliberación política —de ahí porqué ello constituya la esencia misma de la democracia deliberativa que Rawls propone—, donde los diferentes grupos y sujetos colectivos presentan sus correspondientes propuestas a la sociedad en general. Solo una dinámica política tal puede sustentar hoy en día la convivencia en las sociedades complejas y heterogéneas constituidas por una pluralidad de formas de vida.

La razón pública

Podríamos decir que con el momento de la razón pública culmina el proceso del OC en una figura que en parte recuerda el equilibrio reflexivo de la *Teoría de la justicia*, en cuanto no solo acompaña todo el transcurso deliberativo del consenso entrecruzado que viene desencadenándose, especialmente desde la etapa del consenso constitucional, sino que, llegado a este punto, recoge el acuerdo político tanto en los esenciales constitucionales que el tribunal supremo debe inferir de este, así como marco de razonabilidad, es decir deliberativo, de sus propias interpretaciones.

En una primera formulación, la razón pública no es concebida en términos esencialistas, análoga a la noción ilustrada de razón: se articula estrechamente con procesos políticos, en primer lugar, si se quiere constituyentes, que desembocan, en segundo lugar, en estructuras constitucionales orientadas al diseño institucional de la sociedad y al establecimiento de criterios de justicia constitucional general, siempre inspirados en el espíritu de la dinámica deliberativa que les da su origen y razón de ser.

En una segunda formulación, Rawls hace más evidente la íntima dialéctica permanente —de ahí el paralelo con la figura del equilibrio reflexivo— entre el poder constituyente y el constituido, con lo cual el riesgo de hipostasiar su mandato en disposiciones formales anquilosadas queda reducido sustancialmente en cuanto este último —el poder constituido— está sometido al permanente escrutinio deliberante de un poder constituyente afianzado de manera profunda en los flujos cotidianos de una cultura política en sí misma deliberativa.

El derecho como razón pública tiene en este orden un anclaje tanto político como constitucional. En el primer caso se identifica con una cultura política deliberativa que define simultáneamente un ángulo de caracterización de una cultura

jurídica que, en la línea antiformalista, podríamos caracterizar además como consensual y discursiva, tal como desde Rawls, Habermas y Alexy podría definirse.

En el segundo caso, el constitucional, el poder constituido se encuentra constreñido permanentemente por la dinámica deliberativa de un poder constituyente —en palabras de Negri—, que le asigna a la justicia constitucional los términos de razonabilidad de una ciudadanía militante que funge, como diría Häberle, como intérprete primario de la Constitución[7].

Razón pública y deliberación

En efecto, la concepción rawlsiana de este liberalismo político —concebido en clave sociológica antes que doctrinal— se cierra con un quinto momento: el de la razón pública. Como expuse más arriba, Rawls comienza recordando que la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar es esencial para toda democracia constitucional. Ello supone que los principios concertados consensualmente —y que determinan los esenciales constitucionales de esa colectividad— tienen una prioridad relativa, podríamos decir que política, sobre los valores particulares de cada comunidad. De ahí porqué esto se traduce en que la concepción política de justicia impone límites a los modelos de vida permisibles y, en ese orden, los planes de vida ciudadanos que los transgredan no son moralmente justificables ni políticamente legítimos[8].

Para Rawls, la razón pública no es abstracta, y en ello reside la diferencia con la noción ilustrada de razón, cargada todavía del titanismo propio de este periodo, que la concebía casi como una gran fuerza cósmica —cuando no metafísica— que se desplegaba por la historia de la humanidad propiciando progreso y bienestar. Como razón pública posee foros y cuestiones concretas donde se expresa y sobre las cuales se manifiesta.

En sociedades complejas como las nuestras, heterogéneas en su composición sociocultural, su expresión es, primero que todo, una razón ciudadana, es decir, un poder constituyente primario cuyos miembros, en cuanto sujetos colectivos, son quienes, como ciudadanos, ejercen un poder político y legislativo promulgando leyes y rectificando su constitución cuando fuera necesario.

Pero esta razón pública no se circunscribe al foro legislativo sino que es, antes que todo, asumida por la ciudadanía como criterio de legitimación de la estructura básica de la sociedad en general, es decir, de sus principales instituciones económicas, políticas y sociales, incluyendo un índice de bienes sociales

[7] Peter Häberle, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales", en *Constitución como cultura* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 109-151.

[8] John Rawls, "La idea de una razón pública", en *Liberalismo político*, 247-290.

primarios consensualmente concertado para ser repartido equitativamente entre las diferentes formas de vida que la componen.

El contenido de la razón pública es, pues, el de los principios fijados por la concepción de justicia públicamente concertada y aunque su principal expresión, en un régimen democrático, es el tribunal constitucional, los esenciales constitucionales que este debe preservar y defender son los derivados del consenso político —es decir, del OC— de los diferentes sujetos colectivos que deliberativamente contribuyen al manejo societal[9]. De ahí porqué sea en últimas ese consenso, en cuanto producto de la deliberación pública, el que defina los términos de razonabilidad y corrección del tribunal supremo, con lo cual este siempre queda sometido a lo que podríamos definir como el mandato macro-político de la sociedad.

Eticidad democrática y patriotismo de la constitución

La inquietud que se impone una vez se ha articulado el derecho en las bases de la razón pública rawlsiana y se observa que ello supone una ciudadanía que funja como intérprete deliberante de la constitución (Häberle) y, por ese camino, de la ley en sí misma, cuando esta ha sido el producto consensual y discursivo de una amplia deliberación pública a través de los canales jurídicos institucionales, la inquietud que se impone, digo, es dual: por un lado, cuál es el "sujeto" (entrecomillas para no sustancializarlo de entrada) sobre el que descansa esa razón pública para obviar la objeción de ser pública abstracta; y por otro, aclarado lo anterior, si el "sujeto" de esa razón pública nos permite fundamentar normativamente —en términos conceptuales— el lazo intersubjetivo que requeriría tal pretensión.

Acudiré, para responder a ello, a las nociones de eticidad democrática y de patriotismo de la constitución, la primera desde lo que podemos denominar la tercera generación de la Escuela de Frankfurt (Wellmer, Honneth y Dubiel) y la segunda desde Habermas, a mi modo de ver íntimamente imbricadas en lo que creo es uno de los diálogos y discusiones más enriquecedores entre los miembros de la teoría crítica actual.

La eticidad democrática nos remitirá inicialmente al derrumbe de las eticidades tradicionales y la consecuente sustentación de eticidades de tipo postradicional y, posteriormente, al sustento simbólico de la democracia, donde yace su proyección normativa más originaria. La reconstrucción normativa de la eticidad democrática nos permitirá sostener de manera más cómoda y convincente la noción habermasiana de patriotismo de la constitución que, como veremos, constituye su columna vertebral.

[9] Véase: Óscar Mejía, "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls", en *El derecho de los pueblos* de John Rawls (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996).

La eticidad democrática

En este apartado presentaré el concepto de eticidad democrática en las tres categorías que lo sustentan: la de democracia como dispositivo simbólico de Dubiel, la de eticidad postradicional de Honneth y, finalmente, la de eticidad democrática propiamente dicha de Wellmer. La categoría de "democracia como dispositivo simbólico" nos remitirá a la conclusión de que en la Modernidad el trono del poder no puede ser ocupado *ad eternum* por ninguna eticidad sustantiva y que la alternación del poder se impone, en consecuencia, como criterio normativo de lo político.

La categoría de "eticidad postradicional" muestra cómo el derrumbe de la conciencia tradicional en la Modernidad tardía solo puede recomponerse, desde la noción hegeliana de reconocimiento (que supone, en justicia, la del imperativo categórico kantiano), en formas intersubjetivas posconvencionales que permitan la convivencia entre extraños.

Y, finalmente, la categoría de "eticidad democrática" que nos conducirá al núcleo normativo procedimental que —de nuevo en línea con Hegel— debe tener en el marco de sociedades desacralizadas donde el poder no puede ser ya sustentado por la religión o el soberano, sino que tiene que ser necesariamente compartido equitativamente por las diferentes formas de vida que componen esa sociedad.

Dubiel: la democracia como dispositivo simbólico

Para Dubiel, el proceso de secularización de la política separa lo fáctico y lo simbólico del poder. Este es el sentido de la metáfora de los dos cuerpos del monarca: hasta donde el príncipe ejercía un poder legítimo actuaba como representante del orden sacro, no del terrenal[10]. La ejecución del monarca (Jacobo II y Luis XVI) en las revoluciones democráticas liquida a la vista de todos la personificación "del lado de acá" del orden intocable "del lado de allá". Esta es la esencia de la política secularizada y del dispositivo simbólico de la democracia.

> El dispositivo simbólico de la democracia reconoce a todos los miembros de la sociedad civil el derecho a acceder al espacio público y participar en la resolución de los conflictos sociales para reivindicar la perenne lucha por el acceso a lo público y por el derecho fundamental a tener derechos. Esta lucha extrae sus energías de una idea de autodeterminación que pone en movimiento la imaginación política y la praxis reivindicativa que

[10] Helmut Dubiel, et ál., *La cuestión democrática* (Madrid: Huerga y Fierro, 1997).

> se opone a los privilegios y jerarquías sociales tradicionales de un orden social heterónomo.[11]

Con la ejecución del soberano absolutista como ocupante ilegítimo del espacio del poder, este último queda vacío en el plano simbólico. En adelante, ninguna persona ni grupo puede formular frente a la sociedad civil una exigencia legítima de personificar y perpetuarse en el poder. Esto plantea la esencia de la cuestión democrática: la democracia moderna es la forma de gobierno donde ni el príncipe o un pequeño número (oligarquía) se pueden adueñar del poder. Su carácter reside en la fortaleza de su institucionalidad. Así, los procesos constituyentes republicano-democráticos representan históricamente el primer acto de autoinstitución explícita de la sociedad civil.

En la Revolución francesa la voluntad del pueblo quiso ocupar el lugar del poder que había quedado vacío: Dubiel pone de presente cómo un grupo de revolucionarios franceses impone el proyecto de autolegislación racional, en primera instancia políticamente y después por la fuerza en contra de otros grupos. La razón se apoderó del lugar vacío del poder y como voluntad racional quiso, ilegítimamente, transformarse en esencia de la política secularizada y posmetafísica.

Los regímenes totalitarios, contrario a la cuestión democrática, desembocan en la destrucción del dispositivo simbólico y la pretensión de sometimiento de la sociedad por la violencia a una ideología determinada. Con la idea de una sociedad sin clases, por encima de la libertad y la igualdad de las personas, se instaura un interés general homogéneo que, si bien proporciona criterios para la justicia, intenta legitimar el poder del partido, suprimiendo la representación simbólica de una sociedad civil.

La línea de separación entre Estado y sociedad civil se desvanece, así como también la línea que separa el poder político del administrativo. El poder deja de estar vacío y se presenta como un órgano personificado, capaz de reunir todas las fuerzas de la sociedad. La fusión simbólica de sociedad y el poder político originan la instrumentalización de la sociedad como objeto en procura de lograr objetivos de desarrollo social. El dispositivo simbólico de la democracia queda sometido a una razón instrumental que se apodera del lugar vacío del poder[12].

El capitalismo tardío acelera la desacralización de la cuestión democrática y, en su exacerbación procedimentalista, logra en su inercia despersonalizar el poder, sometiéndolo —como tiene que ser— a la alternancia partidista. El lugar vacío del poder se recupera pero al costo de una liturgia procedimental fría y distante que parece clamar por ser colmada. La pregunta es entonces: ¿quién

[11] Helmut Dubiel, et ál., *La cuestión democrática*, 169.

[12] Helmut Dubiel, et ál., *La cuestión democrática*, 149-150.

puede llenar, en términos posmetafísicos y posconvencionales, el trono vacío del poder?

Eticidad postradicional: Honneth

La pregunta abierta por Dubiel será respondida por otros compañeros de ruta de esta generación de la Escuela de Frankfurt[13]. Un primer paso decisivo lo podemos encontrar en Axel Honneth cuyos planteamientos se distancian de las posturas morales kantianas al considerar que no se trata de la autonomía moral del hombre sino de las condiciones de su autorrealización y, en ese orden de ideas, se apoya en la noción de eticidad hegeliana[14].

Esta perspectiva se sustenta en los modelos de reconocimiento hegelianos, de acuerdo con los cuales la construcción del sentido individual que permite generar lazos comunitarios se aleja del individualismo liberal, puesto que la autorrealización tiene como condición *sine qua non* la experiencia del reconocimiento.

Pero el modelo de reconocimiento, resalta Honneth, no es ahistórico, sino que el presupuesto intersubjetivo de una vida autorrealizada tiene un carácter históricamente variable. Así, las formas del reconocimiento del "amor, el derecho y la solidaridad, se constituyen en los preparativos intersubjetivos de protección que aseguran la libertad interior y exterior"[15]. La libertad —sostiene Honneth— no queda reducida a la ausencia de obstáculos externos, como lo pregona el ideario liberal, sino que adquiere relevancia también la idea de libertad interior, para la cual el reconocimiento constituye un factor central.

Honneth retoma los conceptos formales de eticidad que le permiten transitar a un modelo de eticidad postradicional, sustentada en los supuestos hegelianos. Este reconocimiento requiere de la experiencia del amor, retomando la idea hegeliana sobre la relación patriarcal de la familia burguesa, pues "la experiencia del amor representa, cualquiera sea la forma que históricamente haya adoptado, el núcleo más profundo de cualquier forma de vida que se califique de ética"[16].

De este modo, el amor se constituye en la base del reconocimiento social y esto implica examinar las condiciones que prevalecen en determinados contextos, las cuales permiten el disfrute de los derechos positivamente consagrados. El derecho queda entonces anclado a condiciones intersubjetivas para su realización sin las cuales se convertiría en lo que es: una simple consagración procedi-

[13] Gérard Raulet, "La tercera generación de la Escuela de Frankfurt", en *La filosofía alemana después de 1945* (Valencia: Universitat de València, 2009), 318-326.

[14] Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento* (Barcelona: Crítica, 1997), 206-215.

[15] Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento*, 210.

[16] Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento*, 213.

mental de reconocimiento.

Y será gracias a los principios del derecho, sustentado intersubjetivamente, que puede entenderse el rol que juega la solidaridad que, en este contexto, define la posibilidad de una valoración simétrica entre ciudadanos jurídicamente autónomos y que solo pueden surgir si existen objetivos socialmente compartidos. El lugar vacío del poder empieza a ser llenado por una eticidad postradicional capaz de articular estas tres condiciones en el marco de una república democrática que logra balancear los fríos procedimientos formales con la tibieza de una solidaridad entre extraños[17].

Eticidad democrática: Wellmer

Pero la mediación política no es suficientemente explícita en Honneth. La alternativa puede encontrarse mejor en el concepto de eticidad democrática que Wellmer reconstruye en la discusión entre liberales y comunitaristas[18]. Para este autor, las dos corrientes subrayan elementos complementarios de una misma tradición: los liberales acentúan la insuperabilidad de los derechos fundamentales y el derecho de libertad liberales. Los comunitaristas apelan al republicanismo de los orígenes de la sociedad americana y las tradiciones de autogobierno democrático en municipios y asociaciones.

Para los liberales, los derechos individuales de libertad constituyen el núcleo normativo de la tradición liberal y la democracia moderna. Los comunitaristas reivindican los presupuestos olvidados, en los cuales los derechos de libertad son producidos en formas de vida comunitaria: los primeros protegen los derechos fundamentales individuales, mientras que los segundos, la primacía de la vida comunitaria y el derecho de autodeterminación colectiva.

Wellmer busca integrar las motivaciones comunitaristas a la teoría liberal, para lo cual se apoya en Michael Walzer, quien considera que el comunitarismo correctamente entendido sería liberalismo correctamente entendido[19]. Walzer sostiene que los valores fundamentales liberales y democráticos se remiten recíprocamente los unos a los otros, y la crítica comunitarista a la sociedad liberal lo que reclama es la legitimidad de la conexión interna entre derechos fundamentales liberales y participación democrática.

La idea de democracia es una forma de praxis comunitaria que no puede desligarse de los derechos fundamentales liberales. De tal forma, la democracia es un proyecto liberal y comunitario necesariamente sustentado en una expresión postradicional de eticidad democrática que, como tal, tiene que ser concebi-

[17] Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento*, 215.

[18] Albrecht Wellmer, "Condiciones de una cultura democrática", en *Finales de partida: la Modernidad irreconciliable* (Valencia: Frónesis, 1993), 77-101.

[19] Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento*, 80-81.

da procedimentalmente. El trono vacío del poder solo puede ser llenado por una eticidad democrática que procedimentalmente garantiza la alteridad del poder.

> La democracia es un proyecto liberal a la vez que comunitario: ambos presuponen […] la ruptura histórica con formas de vida sustanciales […] En la sociedad […] democrática no hay idea de la vida buena, no hay orientaciones valorativas o identidades culturales de tipo sustancial que puedan quedar substraídas a la revisión y a la crítica, ni siquiera las interpretaciones de ese consenso liberal y democrático, que es el único fundamento posible de eticidad democrática. En ese sentido la democracia moderna es esencialmente transgresiva y sin ningún suelo firme […] Lo que en el concepto de una eticidad democrática aparece paradójico es que habría que definirlo no en términos "sustanciales" […] sino […] "procedimentales": […] un núcleo procedimental de la eticidad democrática.[20]

Habermas: patriotismo de la constitución

Ha debido quedar mínimamente claro hasta el momento que ese "sujeto" que sostiene la razón pública no puede ser sino una eticidad democrática, es decir, postradicional, no sustancial, que además de garantizar la alternación del trono vacío del poder pueda, igualmente, sustentar consensual y discursivamente —en la línea de reflexión rawlsiana y habermasiana— la dinámica deliberativa que tal razón conlleva intrínsecamente.

Pero esta eticidad democrática, para quedar normativamente fundamentada, requiere —como lo planteó Lukacs— una mediación concreta. Esta se la proporcionará Habermas y su propuesta de una soberanía popular procedimentalizada, con lo cual la eticidad democrática, cuyo núcleo normativo ya Wellmer había declarado procedimental, queda con ello procedimentalizada democráticamente, es decir, a través de mecanismos institucionales jurídicamente normados, lo que además refuerza la relación derecho-razón pública.

Habermas asumirá esa labor conceptual en dos momentos: primero, deshipostasiando —en una dirección que no deja de recordar a Negri— la noción liberal-burguesa de soberanía popular, jurídicamente fijada en la convicción de que esta es una sola y se manifiesta exclusivamente en la voz unificada del legislador como fuente monolítica del derecho. Y segundo, mostrando su noción de "patriotismo de la constitución" como el único sustrato normativo —frente a las "patrias de mano en pecho"— con que las diferentes formas de vida pueden convivir y coexistir en el marco de un Estado democrático de derecho en las so-

[20] Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento*, 90.

ciedades complejas contemporáneas.

Esto último se articula con una muy significativa polémica que adelanta Habermas con el cardenal Ratzinger, antes de que fuera nombrado papa, donde lo confronta mostrando que es precisamente este patriotismo fundado en una constitución consensuada por todos los sujetos colectivos de una nación el único lazo de relacionamiento intersubjetivo posible en las sociedades postseculares donde ya no existe una tradición única vinculante entre todos. Pretender que solo una concepción tradicional puede ser la fuente de vinculación intersubjetiva es sencillamente convalidar la dominación de una minoría mayoritaria, eventualmente, frente a las demás formas de vida existentes.

Soberanía popular deshipostasiada

La clave de bóveda que requería Habermas para concretar su teoría del Estado democrático de derecho la encuentra en un significativo texto que le permite desarrollar una audaz reinterpretación de la Revolución francesa y, además, paradójicamente, tomar partido por Bakunin frente a Marx[21].

La pregunta recurrente es de qué forma conciliar el derecho de la mayoría con el de las minorías, señala Habermas, de tal forma que la voluntad general no conduzca a una dictadura de la mayoría, y excluya así los intereses de los grupos minoritarios. Habermas supera esta dicotomía recurriendo, con Julius Fröbel (*Sistema de política social*, 1848), a una versión de la democracia que se fundamenta, además de en la mayoría, en el principio de la libre discusión como complemento de aquella[22].

El problema de la formación política de la voluntad popular nunca fue asumido por los clásicos marxistas cuyo principal interés se centró en la crítica de la economía política. La cuestión democrática no es abordada de manera proactiva por el marxismo ortodoxo, lo que implicó que ese vacío fuera llenado exclusivamente por el pensamiento liberal. Pero en cambio, el anarquismo de Bakunin fue el que entró a mediar en esta contradicción entre soberanía popular y procedimientos democráticos.

La propuesta anarquista de un sistema de organización social basado en la dinámica de las asociaciones espontáneas constituye la solución normativa a esa dicotomía insuperable entre liberalismo y marxismo sobre la democracia. La soberanía popular no se limita al procedimiento democrático-liberal juridizado ni puede ser reducida a una expresión ideológico-alienante de la sociedad capitalista. Se trata —digámoslo en categorías posmodernas— de "deconstruir" la

[21] Jürgen Habermas, "La soberanía popular como procedimiento", *Foro por Colombia* 12 (1990): 47-57.

[22] Jürgen Habermas, "La soberanía popular como procedimiento", 50.

soberanía popular, deshipostasiándola *qua* entelequia jurídica unitaria y unívoca en que el pensamiento liberal la encasquetó para concebirla mejor en su compleja multiplicidad plural desde una perspectiva anarquista[23].

Con esta fórmula Habermas confronta el concepto de legitimación procedimental que el positivismo liberal convalida, y muestra que la reconstrucción normativa de la legitimidad está mediada por un proceso consensual de formación y voluntad de opinión pública autónoma que le confiere contenido sustancial a los procesos jurídico-institucionales. Solo así la soberanía popular puede representar, en palabras de Hannah Arendt, el dinámico y múltiple poder comunicativo del mundo de la vida que se expresa a través de la amplísima red de espacios y discursos públicos de una sociedad[24].

Se trata de una soberanía popular plural, no única ni unívoca, procedimentalizada democráticamente, y que así tiene que ser interpretada por el tribunal constitucional. La constitución pierde su carácter estático y queda sujeta a interpretaciones en flujo. Esta no es letra momificada: su contenido se revoluciona permanentemente a la luz de las representaciones renovadoras que se infieren de la praxis discursiva de los múltiples sujetos colectivos de la sociedad. La democracia es un proyecto social abierto fundado en una constitución falible e institucionalizada en procedimientos de formación de voluntad colectiva. Tal es la mediación de una eticidad democrática procedimentalizada como fundamento normativo de una cultura política democrática[25].

El patriotismo constitucional

A raíz de las discusiones sobre la conciencia histórica y la identidad nacional, Habermas reflexiona en torno a los elementos comunes que pueden identificar a una colectividad cohesionada por un territorio común pero fragmentada y polarizada sobre los elementos de su ser nacional e, incluso, en la interpretación de su propia historia[26].

La conciencia histórica y la identidad nacional no pueden seguir definiéndose desde las proyecciones de un "yo nacional" aparente que eventualmente mimetice la autoconciencia ya de una minoría dominante, ya de una mayoría totalitaria, o reivindicando tradiciones contextuales que se imponen como co-

[23] Jürgen Habermas, "La soberanía popular como procedimiento", 52-53.

[24] Jürgen Habermas, "La soberanía popular como procedimiento", 55-56.

[25] Jürgen Habermas, "La soberanía popular como procedimiento", 57.

[26] Véanse: Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales* (Madrid: Tecnos, 1989); La necesidad de revisión de la izquierda (Madrid, Tecnos, 1996); *Más allá del Estado nacional* (Madrid: Trotta, 1998); *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1998).

munes, o una identidad excluyente que no considere las minorías existentes[27].

Habermas muestra cómo la Modernidad tardía se resuelve, primero, con expresiones postradicionales de conciencia y, segundo, con formas posnacionales de identidad. En el primer caso, la referencia a una tradición común da paso, no solo a la tolerancia y el pluralismo de múltiples formas de vida, sino al reconocimiento institucional de estas en el marco de un Estado democrático de derecho. En el segundo, a identidades que desbordan los estrechos marcos de una nacionalidad ficticia, consagrando y garantizando la convivencia democrática de las diferentes formas de vida que coexisten en un territorio dado[28].

En este punto se ambienta la figura del patriotismo de la constitución como la forma de conciencia, identidad y asociación histórica posconvencional, es decir, basada en los únicos principios que pueden ser ya comunes, los derivados consensualmente de un pacto constitucional donde en la multiplicidad de formas de vida se da el orden jurídico-político que se concierta en el marco de procesos constituyentes o constitucionales vinculantes[29].

Este constituye la única forma de solidaridad social que las sociedades complejas pueden admitir hoy en día, acudiendo, ya no a tradiciones comunes (estadio preconvencional) o a intereses generales (estadio convencional) sino a la determinación consensual de principios normativos, morales, jurídicos y políticos, que posibiliten la convivencia de las diferentes eticidades y sujetos colectivos que buscan compartir un mismo territorio y constituir una organización societaria común[30].

Fundamentos postseculares del Estado democrático

En su polémica con el entonces Cardenal Ratzinger, Habermas refuerza su posición problematizando la posibilidad de una fundamentación prepolítica del Estado democrático de derecho[31]. Frente a los argumentos de Ratzinger para cimentar el Estado liberal desde presupuestos prepolíticos, Habermas profundiza su línea de pensamiento para defender la legitimación del poder político desde una perspectiva secularizada, reflexionando sobre los límites recíprocos que tanto

---

[27] Evaristo Prieto, "El *ethos* del procedimentalismo democrático", en *Acción comunicativa e identidad política* de Jürgen Habermas (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003), 440-447.

[28] Jürgen Habermas, "Conciencia histórica e identidad postradicional", en *Identidades nacionales y postnacionales*, 83-121.

[29] Juan Carlos Velasco, "Identidad colectiva y patriotismo constitucional", en *Para leer a Habermas* (Madrid: Alianza, 2003), 127-148.

[30] Jürgen Habermas, "Patriotismo de la constitución en general y en particular", en *La necesidad de revisión de la izquierda*, 211-250.

[31] Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger, *Entre razón y religión* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008), 9-33.

un pensamiento postilustrado como uno confesional deben tener entre sí para respetar sus propias órbitas[32].

Compartiendo con Rawls la base sociológica que, en términos de un liberalismo político, tienen *de facto* las sociedades postseculares, Habermas parte de una "justificación no religiosa y posmetafísica de los principios normativos del Estado constitucional democrático" que, en la línea de Kant, renuncia al iusnaturalismo, tanto tradicional como religioso, con derivaciones redentoras[33].

Pero el punto central tiene que ver de nuevo con la solidaridad ciudadana. Habermas rechaza tanto la legitimidad legal-racional weberiana como la funcional parsoniana y le apuesta a la única forma de legitimidad posconvencional justificable en sociedades complejas: una legitimidad discursiva cuya fuente solo pueden ser los consensos socio-políticos consagrados constitucionalmente.

Así como un tipo de solidaridad mediada jurídicamente no logra consolidar el lazo social horadado tampoco la vuelta a fundamentos religiosos prepolíticos puede garantizarlo para una sociedad fragmentada en una multiplicidad de formas de vida. En cualquiera de los dos caminos, las formas de vida minoritarias son las que se ven afectadas por esquemas de discriminación y exclusión, morales y políticos.

Para Habermas, solo los derechos de comunicación y de participación de una colectividad pueden mediar para que las diferentes formas de vida generen una solidaridad común. Tales derechos, que tienen que ser garantizados constitucional y jurídicamente, solo pueden concretar la aspiración de una comunidad dada a través de un pacto político que necesariamente sea posmetafísico, posconvencional y posreligioso. Sin negar el origen particular de sus eventuales raíces prepolíticas, las bases motivacionales posnacionales solo pueden estructurarse en términos postradicionales.

Tal es el "vinculo unificador", no religioso ni fundado en tradiciones particulares, que, al amparo de la constitución, vehiculiza unas democráticas y cohesionadas legitimidad y solidaridad ciudadanas. Es, de nuevo aquí, donde se revela el sentido y proyección de un patriotismo constitucional como única posibilidad de fundamentación y vinculación societal de una sociedad postsecular[34].

Razón pública, constitución y filosofía práctica

Quisiera tomar dos símiles, sin sus respectivas fundamentaciones, en aras de la brevedad y abusando del giro relativo que, enseguida y a título de mera ilustra-

[32] Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger, *Entre razón y religión*, 12-13.

[33] Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger, *Entre razón y religión*, 15.

[34] Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger, *Entre razón y religión*, 29.

ción, pretendo darles: uno de Jon Elster sobre el "cemento de la sociedad"[35] y otro de Habermas "la filosofía como vigilante e intérprete"[36]. El primero para señalar que el cemento que une derecho, razón pública y patriotismo de la constitución no puede ser otro que una filosofía práctica pública que, críticamente, acompañe tales procesos, dándole la consistencia necesaria para cohesionarlos en función de la deliberación social que se requiere para el efecto.

Y el segundo, tensando a sus extremos la metáfora habermasiana, para precisar el carácter que esta debe comportar en cuanto vigilante de los procesos de deliberación pública e intérprete entre las diferentes esferas que la filosofía práctica necesariamente involucra en su consideración como teoría y filosofía moral, teoría y filosofía política y teoría y filosofía del derecho, recíprocamente. Pero más allá de estas metáforas, creo que es Rawls quien mejor se acerca de manera explícita al papel que, en general, una filosofía práctica tiene que jugar socialmente.

En efecto, en *Justicia como equidad: una reformulación* (*Justice as Fairness. A Restatement*, 2001) que constituye una significativa revisión del conjunto de su obra, Rawls destaca, específicamente, el rol que la filosofía política tiene en las sociedades contemporáneas[37], donde el ascendiente tanto de Hegel como de Marx se hace evidente, y señala la pauta para el conjunto de la filosofía práctica.

Quisiera introducir un sutil pero sustancial *tour de forcé* para derivar de este planteamiento rawlsiano la proyección que, en un sentido análogo, puede tener una filosofía del derecho en clave crítica y deliberativa.

En primer lugar, siempre en el marco de una cultura política pública, la filosofía del derecho tiene que tener un papel práctico, en cuanto su responsabilidad es, a partir de la exploración y definición de los términos del conflicto político que hubiera podido hacerse, presentar alternativas constitucionales y jurídicas de solución de este[38]. Ello supone una lectura no formalista de las instituciones y de los procedimientos jurídicos que posibilite el abordaje del conflicto político, latente o explícito, en toda sociedad y la necesidad de lograr alternativas plausibles que garanticen la estabilidad de esta. La filosofía del derecho tiene que orientarse a plantear los medios jurídicos para superar tales conflictos que por lo general subyacen a los acuerdos de mayorías y que mantienen tensiones con las minorías desfavorecidas.

De ahí que, en segundo lugar, la filosofía del derecho tenga un papel de orientación frente, no tanto al conflicto político, sino a la evaluación pública de

[35] Jon Elster, *El cemento de la sociedad* (Barcelona: Gedisa, 1997).

[36] Jürgen Habermas, "La filosofía como vigilante e intérprete", en *Conciencia moral y acción comunicativa* (Barcelona: Península, 1991), 9-29.

[37] John Rawls, "Cuatro papeles que cumple la filosofía política", en *Justicia como equidad: una reformulación* (Barcelona: Paidós, 2002), 23-27.

[38] John Rawls, "Cuatro papeles que cumple la filosofía política", 23.

las condiciones institucionales que lo propiciaron. Esto supone evaluar, más que a los actores de este (que es lo que por lo general se hace), en particular a las instituciones comprometidas en su dinámica, dado que este no se propicia solo por los actores en disputa sino por el rol regulador que las instituciones han o no han jugado en el conflicto social. Más que de la filosofía política este es un papel de la filosofía del derecho.

En tercer lugar, se encuentra el papel de la reconciliación, que Rawls reconoce directamente inferido de la *Filosofía del derecho* de Hegel (1821)[39]. Esta resolución del conflicto, no tanto en términos políticos de los actores entre sí, sino en especial de estos con las instituciones que lo propiciaron, planteando alternativas plausibles de reestructuración de estas, así como medidas de justicia transicional y reparativa que permitan la reincorporación de los actores marginados a la vida política y social, con base en un proyecto societal incluyente y democrático que ambiente la incorporación de todas las formas de vida que conviven en la sociedad.

Y, finalmente, retomando la tradición crítica de Hegel y el marxismo democrático, la filosofía del derecho tendría también que coadyuvar en la proyección de una utopía realista, la necesidad de concebir medios constitucionales y legales que permitan un modelo de sociedad capaz de ser apoyado por las diferentes perspectivas políticas que actúan en ella, sin quedar anclados a la agenda política del día a día ni a los imperativos de gobernabilidad del momento.

Más allá del viejo Hegel, donde la razón queda anclada a la realidad y viceversa, Rawls reclama la necesidad de no dejar de soñar, de imaginar un mundo mejor que nos guíe en la construcción de una sociedad plena y justa porque, precisamente, "los límites de lo posible no vienen dados por lo real"[40], en una pretensión que evoca aquella romántica pero necesaria superación de la enajenación en el joven Marx.

Planteadas estas tareas, Rawls propone, por último, como dominio en general de la filosofía práctica, moral, política y jurídica, la cuestión de la estabilidad. Rompiendo con las problemáticas tradicionalmente abordadas por la filosofía del derecho (obediencia al derecho, norma fundamental, validez, corrección y decisión judicial) y, a partir de su definición de la estabilidad como "el dominio de lo político"[41] extensivamente podemos plantear de manera análoga el dominio de la filosofía del derecho como el de la deliberación ciudadana sobre la institucionalidad que posibilite, precisamente, la estabilización de los actores antagónicos y de las instituciones que hayan de acogerlos a partir de la más amplia deliberación

[39] John Rawls, "Cuatro papeles que cumple la filosofía política", 25.

[40] John Rawls, "Cuatro papeles que cumple la filosofía política", 27.

[41] John Rawls, "La cuestión de la estabilidad", en *Justicia como equidad: una reformulación*, 241.

ciudadana sobre las condiciones de posibilidad, constitucionales y legales, que la permitan y la consoliden efectivamente.

Esto involucra, en últimas, la capacidad de la filosofía práctica de apoyar una razón pública deliberante, más que consensual, y, a través de la deliberación, propender porque las diferentes formas de vida que conviven en la sociedad reconozcan que su marco constitucional —rol específico de la filosofía del derecho— propicia un sistema de cooperación mutuo como Rawls lo concibe.

Para Rawls, el problema de la estabilidad de una sociedad —cualquiera que sea— constituye el problema sustancial que debe enfrentar hoy en día la filosofía práctica. La estabilidad define el objetivo primordial de ese consenso político entrecruzado, en su naturaleza misma deliberante, sobre el que debe basarse el manejo de la sociedad y que configura el sentido último que esa razón pública y ese patriotismo constitucional juegan en su interior y para lo cual la filosofía práctica, en general, asume un papel mediador, que desplaza su eje de un rol normativo a uno prioritariamente práctico[42] en los ámbitos moral, político y jurídico.

Los diversos exponentes de esa filosofía práctica pública, en sus variados niveles moral, político y jurídico, más que ciudadanos-filósofos distantes y soberbios, tienen, en ese contexto, la responsabilidad social —a través de la deliberación pública— de educarnos como ciudadanos deliberantes y, en la cotidianidad misma de esa democracia deliberativa, aprender a reconocer como su expresión deliberante a la razón pública intersubjetiva que dé cuenta de la producción del derecho y que nos hermane bajo el techo de la gran casa de la constitución.

Conclusión

Comenzamos este capítulo tomando como leitmotiv el corto pero provocador ensayo del profesor Fiss, "La muerte del derecho", donde plantea, frente a la alternativa dilemática del derecho como mera eficacia o reducido a política, la del derecho como razón pública, sin fundamentar su sugestiva opción. A lo largo del texto he intentado mostrar desde dónde puede sustentarse el derecho como razón pública, acudiendo en primera instancia a Rawls y a su planteamiento de la razón pública que, como vimos, se da en dos momentos de su obra y que apunta, en esencia, al sustrato deliberativo que en la ciudadanía deben tener, primero, la asunción de la constitución y, segundo, la producción del derecho.

Enseguida mostré que la razón pública y el derecho en su interior requieren una mediación normativa que permita concretar los límites de su aspiración, y encontramos en las propuestas de la eticidad democrática y el patriotismo de la constitución, de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt y Habermas res-

[42] John Rawls, "La idea de un consenso entrecruzado", en *El liberalismo político* (Barcelona: Crítica, 1996), 165-205.

pectivamente, las categorías que permiten comprender la razón pública, no solo articulada a procesos de deliberación pública sino como el soporte intersubjetivo necesario que un marco constitucional y la producción de derecho que se da en sus límites requieren para ser socialmente consistentes y propiciar la estabilidad que la sociedad necesita.

Finalmente, en la tercera parte, puse de presente el íntimo papel que juega la filosofía práctica (moral, política y del derecho) en apuntalar críticamente los procesos deliberativos que sostienen la razón pública y el patriotismo constitucional reformulando el planteamiento rawlsiano sobre el rol de la filosofía política en términos del eventual papel que tiene que jugar la filosofía del derecho en una sociedad dada, recabando en la responsabilidad social que sus exponentes tienen en el propósito de educarnos y deliberando públicamente, como ciudadanos.

La tríada derecho como razón pública-patriotismo de la constitución-filosofía práctica constituye el trípode sobre el que descansa una democracia constitucional alimentada por la cultura político-jurídica de una ciudadanía deliberativa y deliberante, donde todas las formas de vida, sin excepción, han sido y están llamadas al manejo consensual de la sociedad y donde los parámetros de justicia e interpretación constitucional responden, no solo a los procedimientos constitucionales, sino a los términos de razonabilidad, es decir, de deliberación, que la dialéctica de la ciudadanía precisa en la dinámica discursiva misma sobre su trasegar moral, político, jurídico y constitucional.

CONCLUSIÓN GENERAL

LA TEORÍA CONSENSUAL DEL DERECHO COMO RESPUESTA POSPOSITIVISTA A LAS PROBLEMÁTICAS IUSFILOSÓFICA Y TEÓRICO-JURÍDICA CONVENCIONALES

Introducción

Alexy aborda los tres tipos de normas fundamentales de acuerdo con las propuestas de Kant, Kelsen y Hart, respectivamente, que se proponen justificar un concepto de derecho que integre una validez no solo jurídica, sino social y moral, y justificar el concepto de derecho que pudiera superar las debilidades de aquellos sobre la norma básica.

En primer lugar, Kant define un tipo de norma fundamental normativa cuya obligatoriedad es conocida a priori por la razón[1]. La legislación positiva debe estar precedida por una ley moral que fundamenta la autoridad del legislador. La norma que precede a las leyes no es solo un presupuesto epistemológico sino una ley natural. Pese a que la norma fundamental es de derecho natural o racional, existe una prioridad iusracional del derecho positivo sobre el natural. Aunque, desde una óptica contractual, en el estado natural ya existen derechos basados en la razón, la prioridad del derecho positivo no admite el derecho de resistencia, con lo que Kant sucumbe al autoritarismo estatal de su tiempo[2].

Kelsen, en segundo lugar, define un tipo de norma fundamental analítica[3]. Esta fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico, y Kelsen la define según tres características. Es *necesaria*, por cuanto el cumplimiento de la constitución supone en el participante su aceptación. Es *posible*, pese a que no

[1] Véase, en general: José Luis Colomer, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995).

[2] Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 116-120.

[3] Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 96-115.

puede ser identificada conforme al orden social y a su eficacia, en cuanto hechos empíricamente registrables no pueden identificar plenamente al derecho. Su contenido es *neutral*, pues no se identifica con ningún valor moral lo que, para Alexy, contradice el argumento de la injusticia que invalida normas extremadamente injustas. En cuanto a sus tareas estas son, esencialmente, la transformación de categorías del ser en deber ser, la determinación de los criterios de hechos creadores de derecho, así como el ser fuente de unidad del sistema jurídico en general, siendo su estatus el de ser presupuesta, hipotética, solo pensada y no fundamentada.

Hart, en tercer lugar, define un tipo de norma fundamental empírica denominada "regla de reconocimiento" que se diferencia de la kelseniana en cuanto a su estatus[4]. La regla de reconocimiento contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas. Tanto en lo referente a la cuestión de su contenido como a la de su validez, se trata siempre de cuestiones empíricas. Hart infiere la aceptación de la regla de reconocimiento de su existencia y en ella fundamenta la validez de las demás reglas jurídicas. Su validez se deriva de su existencia como criterio de práctica jurídica. El argumento deviene circular y la concepción empírica fracasa, según Alexy, en explicar el paso del ser al deber ser jurídico.

De las tres consideraciones sobre la norma básica pueden desprenderse varias conclusiones. Primero, la importancia que esta tiene para el análisis de un sistema jurídico en cuanto es a partir de ella que se define la validez del sistema en general y de las normas aisladas en particular. Y, segundo, las debilidades —si seguimos a Alexy— de las tres teorizaciones en torno a esta: la normativa, por cuanto amarra la norma básica a un contenido predeterminado, hoy en día difícilmente aceptado por el conjunto de sujetos colectivos que constituyen una sociedad sin un procedimiento democrático establecido.

La analítica, por cuanto su carácter de vaciedad y supuesta neutralidad desarma al sistema jurídico de sus posibilidades de corrección frente a casos de injusticia extrema al no ofrecer pautas definidas que permitan superar las antinomias y lagunas del campo jurídico. Y la empírica porque fácilmente puede caer en un círculo vicioso al establecer criterios meramente empíricos de validez de las normas que suponen, sin embargo, contenidos sustantivos no explicitados.

En cualquiera de los tres casos, lo que se pone de presente, más allá de la reflexión de Alexy, es la importancia determinante de la norma básica en la consideración de un sistema jurídico que será lo que intentaré mostrar inmediatamente señalando las aporías del positivismo que, más allá de sus debilidades y aciertos, tienen el mérito de presentar las tensiones que la norma básica

[4] Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 121-130.

conlleva para un sistema jurídico y las connotaciones epistemológicas que supone para su análisis.

Esta conclusión general busca mostrar que la norma básica es la unidad de análisis que la filosofía del derecho puede reclamar para sí y que esta se constituye, de una parte, en el problema central que la reflexión iusfilosófica debe abordar y, de otra, que ello permite, simultáneamente, esclarecer y concretar su propia definición epistemológica desde una perspectiva transdisciplinaria[5].

En ese orden, se abordará aquí el problema que para la filosofía del derecho y la teoría jurídica es la norma fundamental, tal como lo ha sabido recoger Robert Alexy, para después adentrarse en las tensiones y aporías que el positivismo ha puesto de presente sobre esta, de Weber a Luhmann, pasando por Kelsen y Hart; así como los intentos de superación de estas tensiones que constituyen la teoría de la justicia de Rawls, el paradigma interpretativo de Dworkin y, finalmente, la teoría del derecho y la democracia de Habermas.

Positivismo y norma básica

Weber: validez y pacto político

El proceso de racionalización occidental, descrito por Weber y reconstruido por Habermas[6], se caracterizó históricamente por dos factores que originan el inicio de la desaparición de la sociedad tradicional. En primer lugar, se produjo un desencantamiento de las cosmovisiones tradicionales del mundo, o racionalización de sus imágenes, con el cual las antiguas figuraciones cosmológicas (religiosas, metafísicas, socio-políticas y estéticas) sufrieron un proceso de sistematización y progresivo horadamiento, que les hizo perder el poder vinculante y cohesionador que tuvieron en las sociedades tradicionales premodernas. La ética religiosa se ve reemplazada por un punto de vista moral profano y las esferas de valor estético-expresivas, práctico-morales y cognitivo-instrumentales, antaño complementarias entre sí, comienzan a sufrir un proceso de diferenciación y autonomización radicales.

A lo largo de tres siglos, estas imágenes son reemplazadas por un pensamiento crítico (producto del Renacimiento humanista, la Reforma protestante y la Ilustración) que disocia las normas, valores y tradiciones que hasta entonces regulaban las relaciones sociales, sometiendo a la sociedad a nuevos imperativos derivados de la dinámica del mercado. Este proceso de racionalización cultural tiene como consecuencia el surgimiento de un tipo de acción social diferente al

[5] Jerónimo Betegón, et ál, "Validez, eficacia y justicia", en *Lecciones de teoría del derecho* (Madrid: MacGraw-Hill, 1997), 12-30.

[6] Véase, en general: Jürgen Habermas, "La teoría de la racionalización de Max Weber", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. I (Buenos Aires: Taurus, 1989), 197-350.

tradicional, caracterizado por una "acción racional con arreglo a fines", propia de la sociedad capitalista[7].

Pero el segundo factor es, sin duda, más importante. A través de un proceso de racionalización del derecho, por medio del cual se desacraliza y se profana, desligándose del tipo de legitimación simbólico-religiosa premoderna, el derecho deviene el "medio organizador" que posibilita la institucionalización de la acción racional individual en "sistemas de acción racional con arreglo a fines". A través de la concepción y concreción de estructuras que norman, el sistema jurídico se constituye en el instrumento que garantiza y legitima el cálculo racional-instrumental y la planeación estratégica, tanto de la sociedad como de los individuos que la componen, en lo que constituye el segundo momento de racionalización social del sistema capitalista.

Ambos procesos consolidan una nueva formación económico-social moderna caracterizada por una economía capitalista; un pensamiento crítico, cuyos pilares son la crítica reflexiva, la eliminación del pensamiento generalizador y la profanación de la vida cotidiana; una racionalidad formal que determina un nuevo tipo de acción social con arreglo a fines, orientada al cálculo racional y a la planeación y realización estratégicas de resultados; un Estado burocrático, conformado por funcionarios de carrera y estructurado a partir de una división especializada del trabajo, que optimiza, en un primer momento de su desarrollo histórico, el ámbito económico, a partir de lo cual surge un nuevo tipo de dominación legal que impone a la sociedad un universo de reglas sistemáticas, abstractas e impersonales.

A esta organización social corresponde un tipo de derecho formal-racional, cuyo objetivo principal es garantizar el mayor grado de racionalidad del proceso económico capitalista: la libertad en el mercado de bienes, de empresa, de trabajo, la contractual económica, de cálculo de las condiciones técnicas de producción, la funcionabilidad del orden jurídico y administrativo, el ofrecimiento de garantías de imparcialidad, el cumplimiento de pactos políticos y el ordenamiento del sistema monetario, entre tantos otros[8]. Esto supone un cambio cualitativo en el derecho, a partir del desarrollo de dos rasgos esenciales: de una parte, el formalismo jurídico y, de otra, el procedimentalismo procesal que, en conjunto, distinguirán de manera sustancial al derecho moderno del antiguo y del medieval, con lo cual se constituye en el instrumento organizador del capitalismo moderno.

El proceso de racionalización cultural, determinado en un primer momento por el desencantamiento de las imágenes tradicionales del mundo, desemboca, en un segundo momento estructural, en un desencantamiento de las vías jurídi-

[7] Véase, igualmente: Enrique Serrano, "Racionalización y desencanto del mundo", en *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado* (Barcelona: Anthropos, 1994), 65-96.

[8] Enrique Serrano, "Racionalización y desencanto del mundo", 84.

cas y en un proceso de racionalización del derecho. El derecho supera el formalismo mágico de los procedimientos jurídicos por metodologías de indagación con base en recolección de pruebas y constatación de hechos. Igualmente, el cuerpo jurídico-positivo comienza a inspirarse en nociones de libertad y responsabilidad, con lo que supera los contenidos arbitrarios y personalizados del derecho sacro. Ello va aparejado con una sistematización de la disciplina, lo cual supone su jerarquización y positivización a partir de principios y leyes generales y su aplicación a casos concretos, así como la distinción de las normas jurídicas de las normas sociales de otro tipo, como las morales, en especial[9].

Posterior al desencanto de las vías jurídicas, un segundo momento estará representado por la desacralización del derecho[10] una etapa cualitativamente superior donde el derecho adquiere características modernas, orientadas a garantizar la funcionalidad sistémica del capitalismo, a saber: la positividad de la ley, la legalidad de esta, lo que implica la penalización de lo prohibido legalmente y la permisión de lo que no lo es, y, por último, la sujeción a un Estado de derecho[11].

Esto desemboca en el tercer momento estructural del desarrollo del derecho en el cual este deviene el medio organizativo de la sociedad capitalista moderna, gracias a los siguientes rasgos: en primer lugar, posibilita la institucionalización de la acción racional con arreglo a fines a través de sistemas normados jurídicamente, que materializan la racionalidad cognoscitivo-instrumental de la sociedad capitalista; segundo, propicia la sistematización y la profesionalización de los preceptos y el manejo jurídico-legal; tercero, determina la separación de los sistemas de acción racional con arreglo a fines de sus fundamentos práctico-morales, como ocurría con el derecho sacro en las sociedades tradicionales premodernas; y cuarto, propicia, gracias a ello, un nuevo tipo de legitimidad legal-racional, propia de la Modernidad[12].

El proceso de racionalización capitalista, sin embargo, comporta dos patologías no previstas: de una parte, la pérdida de sentido colectivo y, de otra, la de la libertad individual. En el primer caso, la comunidad, ante la desaparición de sus tradiciones culturales, se ve obligada a refugiarse en una razón subjetiva, sin referentes sociales sustantivos y, en el segundo, el individuo tiene que someterse a un andamiaje de leyes y normas que, si bien garantizan el desarrollo racional de la sociedad, lo encierran lentamente en una "jaula de hierro" donde pierde la "espontaneidad" de su libertad personal[13].

---

[9] Enrique Serrano, "Racionalización y desencanto del mundo", 53 y ss. Véase, también: Jürgen Habermas, "Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad", en *Escritos sobre moralidad y eticidad* (Barcelona: Paidós, 1991), 131-149.

[10] Véase: Jürgen Habermas, "La equívoca racionalización del derecho", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. I, 330-350.

[11] Fernando de Trazegnies, "Modernidad y derecho", en *Postmodernidad y derecho* (Bogotá: Temis, 1993), 15-18.

[12] Véase, de nuevo: Jürgen Habermas, "La equívoca racionalización del derecho", en *Teoría de la acción comunicativa*, t. I, 330-350.

[13] Véase, en general, sobre este proceso de horadamiento de la sociedad tradicional: Jürgen Habermas, "Ciencia

Ante el desencantamiento simbólico de la realidad y la desacralización del derecho, la legitimidad legal-racional sobre la que reposaba la justificación pública de la sociedad deviene, en una singular paradoja, una fe en la legalidad, que la sociedad se ve compelida a asumir para justificar los procedimientos a los que se encuentra sometida en aras de la racionalización socio-cultural capitalista[14]. Esta fe en la legalidad, expresión del nuevo politeísmo de la sociedad contemporánea, ya no puede tener su fundamento de justificación procedimental en sí misma, como supuestamente debía tenerlo. Tiene que buscarlo en el pacto de interesados, uno de carácter político de la sociedad que, a su vez, debe cumplir dos condiciones: ser imparcial y cumplir una pretensión de universalidad. De no cumplir estas condiciones el pacto de interesados se desmorona y, con él, la fe en la legalidad, la validez (ideal y empírica) del derecho formal y, en general, toda la sociedad capitalista.

Weber pone así de presente una de las aporías sustanciales del positivismo que se mantendrá en un primer momento de su desarrollo. La validez del derecho formal de la que en últimas dependía el nuevo tipo de legitimidad legal-racional termina pendiendo, no del derecho, sino del pacto político. El positivismo revela su limitación estructural en cuanto muestra que, en el marco de las patologías y contradicciones del capitalismo occidental, la validez del derecho está determinada no por sí misma sino por el pacto político de donde deduce su legitimidad. Las preguntas que se imponen son, entonces, en qué instancia de un sistema jurídico se concentra el punto de encuentro con el sistema político y en qué términos y desde dónde se puede estructurar la relación entre validez y legitimidad.

El problema de la norma básica

Kelsen y la norma fundamental

La teoría kelseniana sobre la norma básica tiene su principal expresión en la *Teoría pura del derecho*, en cualquiera de sus dos versiones, la de 1934[15] y la de 1960[16]. Kelsen intenta superar lo que se llamaría la antinomia jurídica que para él consistía en hacer depender la validez del derecho ya del sustento ético de la norma, ya de la eficacia de esta. En otras palabras, lo que Kelsen quería superar era, de una u otra manera, tanto la concepción iusnaturalista como la realista sobre la validez del derecho.

---

y técnica como ideología", en *Ciencia y técnica como ideología* (Madrid: Tecnos, 1984), 53-112.

[14] Véase, en general: Enrique Serrano, "Legalidad y legitimidad", 97-135.

[15] Véase la traducción de la versión francesa de 1953, fiel a la versión original de 1934. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 1994).

[16] Véase la traducción de la versión de 1960: Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México D.F.: Porrúa, 1997).

En ese propósito, Kelsen retoma la pregunta de su maestro Kant y la aplica al campo del derecho: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad jurídicas del conocimiento y de la experiencia? En una estrategia análoga a la kantiana en la *Crítica de la razón pura*, Kelsen considera dos condiciones a priori del conocimiento jurídico: la primera, la existencia de un sistema jurídico de estructura piramidal y, segunda, condición a su vez de la primera, una norma fundamental, fuente de validez de todo el sistema, que Kelsen concibe como condición lógico-epistemológica de este. Es decir que, en últimas, la norma fundamental es concebida como una especie de condición vacía que concreta igualmente los dos postulados básicos de la teoría kelseniana: la pureza metódica y la neutralidad axiológica[17].

Pero ya desde un comienzo la norma fundamental revela sus limitaciones y contradicciones[18]. En efecto, Kelsen la define como una norma hipotética, no pensada, no fundamentada, que no es fruto de voluntad y, por tanto, no tiene contenido material. Pero parte de sus tareas es la de transformar categorías del ser al deber ser jurídico, así como determinar criterios creadores de derecho, además de ser fuente de unidad, completud y coherencia del sistema jurídico en su conjunto[19]. La cuestión que se evidencia es de qué manera una norma sin contenido material puede, efectivamente, cumplir esas tareas que suponen, precisamente, definir con claridad un contenido sustantivo de esta que posibilite la transformación de normas del ser en deber ser jurídico[20].

Como lo señala Robert Walter, aquí es donde la teoría de la norma fundamental kelseniana se revela como el "punto arquimédico" del sistema jurídico y donde se presenta la tensión de la naturaleza real de esta: ¿es la norma fundamental jurídica o es, por el contrario, extrajurídica, es decir, moral o política?[21] Al ser la norma concebida como condición lógico-epistemológica del sistema jurídico, esta no tiene que tener congruencia con la eticidad de la ciudadanía cuya conducta pretende regular. Siendo así, de una parte su legitimidad es solamente procedimental y de otra su eficacia solo puede residir en la coacción pues no se requiere ni de la aceptación política por parte de la ciudadanía ni tiene que ser

[17] Eusebio Fernández, "Derecho y moral en Hans Kelsen", en *Teoría de la justicia y derechos humanos* (Madrid: Debate, 1991), 50-63.

[18] Hans Kelsen, "La norma fundamental", en *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 1994), 138 y ss.

[19] Véase: Norberto Bobbio, "La unidad del ordenamiento jurídico. La teoría kelseniana de la norma fundamental", en *El positivismo jurídico* (Madrid: Debate, 1993), 202-205.

[20] Véase: Norbert Hoerster, "Acerca del problema de una validez absoluta de las normas", en *En defensa del positivismo jurídico* (Barcelona: Gedisa, 1992), 168-190.

[21] Véase: Robert Walter, "Origen y desarrollo de la idea de la norma fundamental", en *Problemas centrales de la teoría pura del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 67-96.

congruente mínimamente con la identidad de la comunidad que quiere regular[22].

Como es sabido, el genocidio nazi compele a Kelsen, víctima del régimen nacionalsocialista, a replantear su teoría del derecho. En 1960 aparece la segunda versión de la *Teoría pura del derecho* donde es evidente un giro substancial: a diferencia de la del 34, el juez aquí aparece como creador de derecho, no solo de normas generales sino particulares, de una parte, y, de otra, se morigera la vertical afirmación de la inexistencia de lagunas y antinomias al interior de un sistema jurídico. La razón del giro no puede explicarse sino por la apuesta de Kelsen a que la discrecionalidad del juez evite, en casos de injusticia extrema como la que se había presentado durante el genocidio nazi, volver a revivir tales crímenes dotando al sistema jurídico de una instancia de corrección —al menos en la figura del juez— que pudiera evitarlo[23].

Pero el giro de Kelsen, al no ir acompañado de un cambio en su doctrina de la norma fundamental que se mantiene anclada a la de ser una condición lógico-epistemológica de validez del sistema jurídico, lanza la teoría del derecho kelseniana en brazos, de una parte del realismo, ya que el juez es ahora concebido como creador de derecho, pero también, indirectamente, del iusnaturalismo en cuanto que el juez tendrá que acudir a su propio espectro de valores para evitar que el sistema jurídico llegue a extremos de máxima injusticia[24].

Tal vez sea en buena parte por todas estas inconsistencias de su teoría de la norma fundamental que, en 1962, dos años después de la publicación de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen, en una conferencia pronunciada en Salzburgo, decida abjurar de su doctrina y reconocer que no puede sostenerla más en el convencimiento de que una norma como la fundamental tiene que tener contenido material, no simplemente lógico-formal:

> He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar […] que a esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mí fácil renunciar a una teoría que yo he representado por decenios […] He renunciado a ella en el convencimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer.[25]

---

[22] Véase: Peter Häberle, *Constitución como cultura* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002).

[23] Véase: Hans Kelsen, "La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica", en *La teoría pura del derecho* (México D.F.: Porrúa, 1997), 258-264.

[24] Véase: Hans Kelsen, "El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica", en *La teoría pura del derecho* (México D.F.: Porrúa, 1997), 201-231.

[25] Hans Kelsen citado en Dante Cracogna, "La norma básica en el último Kelsen", en Cuestiones fundamentales de la teoría del derecho (México D.F.: Distribuciones Fontamara, 2005), 63 y ss.

Aquí vale la pena retrotraerse a un texto que sirve de base a la primera edición de la *Teoría pura del derecho* del 34 y que, sin duda, lleva la impronta de la discusión con Pashukanis[26], el teórico marxista del derecho[27].

> The question arises: what accounts for the content of the basic norm of a certain legal system? Analyzing the ultimate presupposition of legal judgement shows that the content of the basic norm depends on a certain material fact, namely, the material fact creating that system […][28]

En este punto, expresamente, Kelsen defiende el contenido material de la norma fundamental que, de mantenerse así, no solo le hubiera evitado giros tan radicales que, a mi modo de ver, dan al traste con la teoría kelseniana sobre la norma fundamental, sino que desarman todo sistema jurídico pero, en especial, al positivismo de instrumentos de corrección o, como sabrá verlo Hart, incluso a la posibilidad de resistencia legítima al derecho. Imposibilidad que Kelsen había heredado del contractualismo de Kant y su defensa formal y formalista de la obediencia absoluta al derecho.

En efecto, el no reconocer el contenido material de la norma fundamental tiene dos órdenes de consecuencias para la teoría kelseniana: la primera, que la legitimidad tiene que ser meramente procedimental ya que, al ser vacía, la norma básica no requiere ningún tipo de congruencia con la eticidad que busca regular. Y que la obediencia a la norma es imperativa y absoluta, y descansa básicamente en la coacción y no en el reconocimiento a la autoridad de esta. Y, segunda, que el juez, al no poder acudir a un contenido específico de la norma fundamental en casos de injusticia, lagunas o antinomias del sistema jurídico, dada su vaciedad, tiene que acudir o a su propio catálogo de valores, con lo que recae en el iusnaturalismo, o a su discrecionalidad subjetiva, para recaer en el realismo.

De ahí que no sea extraño que Kelsen abjure de su teoría, por las contradicciones que la doctrina de la norma básica generaba en su interior. Pero, al menos, tiene la valentía de reconocer sus aporías, con lo que evidencia no solo una honestidad intelectual que pocos autores poseen sino que, además, pone de presente las tensiones al interior del positivismo kelseniano que Hart intentará resolver. Estas últimas se manifiestan, precisamente, en las ambivalencias que la norma fundamental supone, sin explicitar, entre las dimensiones política, moral y jurídica que aparentemente convergen en ella.

---

26 Véase: Eugeni Pashukanis, *Teoría general del derecho y marxismo* (Barcelona: Labor, 1976); así como Remigio Conde Salgado, *Pashukanis y la teoría marxista del derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

27 Sobre la polémica entre Kelsen y Pashukanis, véase: Norbert Reich, "Hans Kelsen y Eugeny Pashukanis", en *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho* (Bogotá: Temis, 1984), 19-49.

28 Véase: Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 59, que sirve de base a la edición de *La teoría pura del derecho* de 1934.

Hart y la regla de reconocimiento

La teoría hartiana parte de lo que Hart llama "las perplejidades de la teoría jurídica" que, en lo fundamental, consisten en tres: la reducción del derecho a órdenes respaldadas por amenazas, la separación entre derecho y moral y la consideración axiomática del derecho[29]. El libro de Hart intentará dar respuesta a estas tres perplejidades del pensamiento jurídico contemporáneo que son, a su vez, las principales debilidades en la consideración epistemológica que el positivismo ha hecho de los sistemas jurídicos[30].

Para resolver la primera perplejidad Hart acude a una distinción entre reglas primarias y secundarias. Las primeras son reglas de obligación, propias de sistemas jurídicos primitivos o prejurídicos, de carácter estático, que no contemplan el consentimiento deliberante de los afectados sino que se imponen en su inmediatez por la fuerza. Este nivel se identificaría con lo que puede denominarse "órdenes respaldadas por amenazas" que, sin embargo, adolecerían de tres defectos: primero la falta de certeza sobre la eficacia de su aplicación; segundo, el carácter estático que las distingue para acomodarse a nuevas circunstancias; y, tercero, la difusa presión social que suponen.

En vista de todo ello, Hart propone que el remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma simple de estructura social consiste en complementar las reglas primarias de obligación con otras secundarias que son de un tipo distinto.

Estas reglas tienen como función específica subsanar los defectos de las reglas primarias. El complemento para la cualidad estática del régimen de reglas primarias consiste en lo que Hart llama reglas de cambio que facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para orientar la vida del grupo y dejar sin efecto las anteriores. El complemento para remediar la insuficiencia de la presión social difusa consiste en establecer reglas secundarias de adjudicación que definen conceptos y confieren potestades jurisdiccionales para dirimir los conflictos entre normas[31].

Pero la más importante es la tercera, concebida para remediar la falta de certeza de un sistema prejurídico: esta es la denominada regla de reconocimiento que caracteriza el paso del mundo prejurídico al jurídico y que permite definir la identificación incontrovertible de las reglas primarias. Es esta la que introduce, no solo la noción de un sistema jurídico unificado y, en ese orden, la idea de validez jurídica. La combinación de reglas primarias de obligación con reglas

[29] H. L. A. Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995).

[30] Véase: H. L. A. Hart, "Preguntas persistentes", en *El concepto de derecho*, 1-22.

[31] Véase: Per Mazurek, "Teoría analítica del derecho", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (Madrid: Debate, 1992), 275-286.

secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación constituye la médula del sistema jurídico y una poderosa herramienta de análisis[32].

Para evitar el carácter difuso de la norma fundamental kelseniana que, como hipotética y no pensada, no da claridad sobre la validez o no de las normas específicas, Hart acude a una interesante precisión que busca determinar el carácter empírico de la regla de reconocimiento (no meramente como condición lógico-epistemológica) y que es la de ser expresión del punto de vista interno de un sistema jurídico. En efecto, como regla de tanteo y para superar la ambigüedad del lenguaje natural del derecho, Hart acude a una noción de reconocimiento que, en la tradición analítica, intentará definir la validez de las normas acudiendo a la práctica que, comunicativamente, expresa a diario ese punto de vista interno sobre las normas que pertenecen o no a un sistema jurídico y que está encarnado en los operadores jurídicos de ese sistema. Son ellos quienes en sus prácticas y usos del lenguaje determinan y definen cuáles son las normas válidas a partir de esa regla de reconocimiento que todos reconocen como última y como criterio supremo del sistema[33].

Pero la regla de reconocimiento proyecta dos frentes problemáticos. El primero es que, aunque el punto de vista interno predica la validez de las normas y su pertenencia al sistema, este supone un punto de vista externo que es el que predica la legitimidad y eficacia general del sistema. En otras palabras, queda claro que el punto de vista interno define empíricamente la validez pero no la legitimidad ni la eficacia del sistema que depende en últimas de un punto de vista externo a este, es decir, de un observador del sistema jurídico determinado. Con ello, Hart, aunque desborda la indefinición de la norma fundamental kelseniana, no supera la tensión planteada por Kelsen entre validez y eficacia, si bien rebasa la noción formalista-procedimental de legitimidad sobre la que descansaba, además, la imperatividad coactiva de la norma y el rechazo a cualquier posibilidad de desobediencia al derecho.

El segundo frente hace referencia a la segunda perplejidad de la que habla Hart al inicio de su libro y que remite a la necesidad de replantear la relación entre derecho y moral. Para evitar el absurdo conflicto entre estos que en Kelsen desemboca en la negación de la moral y en la prevalencia coactiva del derecho, lo que lo reduce a órdenes respaldadas por amenazas, Hart —en una genial alternativa que más tarde será replicada por Habermas— y para evitar recaer en una postura premoderna de identificación entre el derecho y la moral, recurre a considerar la necesidad de una relación congruente entre ambos sistemas que, al no poder ser horizontal tiene que fundarse en un sustrato común al que ambos

[32] José Antonio Ramos, "La doctrina de la regla de reconocimiento", en *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart* (Madrid: Tecnos, 1989), 135-180.

[33] H. L. A. Hart, "Regla de reconocimiento y validez jurídica", en *El concepto de derecho*, 125-137.

sistemas normativos tengan que responder: el del derecho mínimo natural[34]. Para Hart debe existir, de alguna manera, una concordancia entre el sistema jurídico y el moral, pese a su mutua y recíproca irreductibilidad, dada la naturaleza normativa de ambos. Cuatro características distinguen la relación entre derecho y moral: primero, la observancia de normas morales es más importante que la de normas jurídicas; segundo, las normas morales son inmunes a los cambios deliberados, como no pueden serlo las jurídicas; tercero, el carácter voluntario de las transgresiones morales es diferente al de la transgresión jurídica; y, cuarto, la forma de presión moral es diferente a la coacción en el derecho.

De lo anterior se desprende, incluso, una cierta preponderancia de lo moral sobre lo jurídico, que no debe confundirse con una determinación de la moral sobre el derecho, ni mucho menos con una identificación entre ambos, pero que sí obliga a reconocer la necesidad de que el derecho mantenga una relación de concordancia con la esfera moral. Esta relación viene determinada por lo que Hart denomina un derecho mínimo natural al cual las normas jurídicas deben adecuarse para ser socialmente reconocidas y subsumidas, pues, de lo contrario, pese a su validez jurídica, intrasistémica, y su eventual eficacia y funcionalidad, carecerían de justificación moral, también necesaria para ser plena e integralmente reconocidas como válidas.

Hart sintetiza en cinco principios el contenido de este derecho mínimo natural, cuyo objetivo es hacer congruentes las verdades elementales de la dimensión moral con las reglas de conducta universales de la jurídica. Tales principios son: primero, dada la vulnerabilidad de la existencia humana, el de no matar; segundo, considerar una igualdad aproximada entre los hombres para lograr una relativa estabilidad institucional; tercero, reconocer la necesidad de un egoísmo restringido, sin lo cual es imposible cualquier equilibrio social; cuarto, aceptar que, dados los recursos limitados existentes, se hace necesaria una cierta forma de propiedad; y, quinto, el requerimiento de un orden jurídico coactivo que garantice la obligatoriedad de la voluntad general de los asociados[35].

Esto se complementa, según Hart, señalando una serie de aspectos que, desde la esfera política del poder, tendría que contemplar el derecho en su relación con la moral, a saber: primero, la autoridad moral que debe comportar el poder; segundo, la influencia de lo moral sobre el sistema jurídico y la susceptibilidad de crítica moral al sistema jurídico; tercero, la dependencia axiológica de la interpretación constitucional; cuarto, la exigencia de justicia de las normas legales y, finalmente, la resistencia a la validez jurídica que no cumpla unos mínimos morales. Lo cual acentúa la imposibilidad de desconocer, como lo pretendía Kel-

[34] H. L. A. Hart, "El contenido mínimo del derecho natural", en *El concepto de derecho*, 239-247.

[35] Véase: Eusebio Fernández, "El contenido mínimo del derecho natural", en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 70-75.

sen, la dimensión no solo moral sino política que el derecho debe connotar, sin identificarse con aquellos.

Hart acepta la necesidad de ese derecho mínimo natural como elemento extrasistémico de corrección moral para lograr un sistema jurídico íntegro, pero "laiquizando" su contenido y despojándolo de todo tipo de connotaciones fundamentalistas premodernas, fiel a la tradición empirista y analítica inglesa. Pero en el momento en que, adoptando la diferenciación de Dworkin, se presentan casos difíciles al interior de un sistema jurídico, en especial que comprometan ese derecho mínimo natural, tendríamos que reconocer que, al decidir en derecho, el juez se vería obligado a remitirse a estos en cuanto punto de vista interno del sistema y, en ese orden, habría que aceptar que la regla de reconocimiento sí supone principios morales de algún tipo y, en consecuencia, que es normativa no solo en sentido moral sino también jurídico y que no es meramente empírica como lo pretendía Hart[36]. Con lo que se siguen evidenciando las aporías y tensiones del positivismo que si bien Hart supera en unos aspectos en relación con Kelsen, abre en otros con su reconceptualización de la norma básica en términos de regla de reconocimiento.

La validez autorreferencial

Luhmann: validez autopoiética

Según Luhmann, una teoría jurídica de carácter sistémico debe enfrentar, más que el problema de la funcionalidad, el de la reducción de complejidad de los sistemas sociales[37]. Esto significa que la validez del derecho depende de un proceso de decisión socialmente controlable, el cual reduce las posibilidades a una medida válida organizada y efectuada explícitamente a través de las normas, lo que permite una reducción más eficaz de la complejidad social[38].

El derecho positivo es comprendido como el determinado por legislación, cuya validez se deriva del hecho de que puede ser cambiado de acuerdo con sus propios procedimientos preestablecidos[39]. En esa línea, los desacuerdos normativos son manejados de diferentes maneras: en el legislativo son canalizados a

[36] Rafael Hernández Marín, "Las tesis de H. L. A. Hart", en *Historia de la filosofía del derecho contemporánea* (Madrid: Tecnos, 1989), 238-244.

[37] Pilar Giménez Alcover, "La adecuada complejidad del sistema jurídico: la justicia", en *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann* (Ba0rcelona: Bosch, 1993), 283-293.

[38] Véase, igualmente: Niklas Luhmann, *Organización y decisión. Autopoiésis, acción y entendimiento comunicativo* (Barcelona: Anthropos, 1982).

[39] Véanse: Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1974); y, sobre todo, *A Sociological Theory of Law* (London: Routledge & Kegan Paul, 1985).

través del conjunto difuso de argumentos encontrados, conciliados en el momento de su promulgación. En el judicial, por medio de lo ya promulgado, al ser aplicado a casos específicos[40].

El sistema judicial actúa para limitar el rango de derecho válido creado por el legislativo con el propósito de asegurar su propia estabilidad. La legislación puede constituir un exceso de variedad sistémica, frente a lo cual la función de la revisión judicial es equilibrarlo[41]. La constricción jerárquica es la forma en que el nivel superior corrige el desequilibrio del inferior y se expresa en la existencia de diferentes niveles del sistema en general. La estructura normativo-jurídica de una sociedad es jerárquica en diferentes niveles. Cada uno de estos constriñe la complejidad del nivel anterior para mantener la estabilidad. Al mismo tiempo, cada uno emerge del nivel inferior. El sistema jurídico escoge las posibles normas que pueden ser usadas en la interacción normativa de la sociedad para estabilizarlas contrafácticamente y, gracias a ello, que no dependan del arbitrio de nadie en especial[42].

El nivel más bajo del sistema lo constituyen los individuos o roles que, por supuesto, es el más expuesto a una variedad incontrolada. Para constreñir esta variedad el siguiente nivel está definido por las reglas o leyes de una comunidad jurídica. El abanico de leyes provee un sustrato normativo común a la sociedad que permite reducir el exceso de variedad. Existen dos criterios para constreñir el ejercicio de las leyes. Primero, tal constricción debe encausar las incongruencias que ponen en cuestión la administración de la ley. Segundo, la constricción debe orientarse a la aplicación de las leyes y no a su creación.

La revisión judicial expresa este imperativo en el derecho moderno positivo. Su principal mecanismo es el precedente legal. Este limita la interpretación de las leyes a estándares examinados y probados como aceptables. La revisión judicial constituye el más alto nivel de constricción del sistema legal que opera sobre la administración de las leyes para mantener la estabilidad en torno a la variedad de interpretaciones posibles[43].

La revisión por sí sola no es suficiente: debe ser a su vez constreñida por un nivel más alto de valores. Este nivel luhmanniano de valores corresponde al de los principios legales de Dworkin, a saber: primero, el de que toda decisión debe tratar a todos los ciudadanos como iguales, susceptibles de ser tratados equitativamente con igual preocupación y respeto. Esta aplicación equitativa hace legítima la decisión del juez y, por el contrario, la aplicación inequitativa la hace ilegítima. Segun-

[40] Véase: Niklas Luhmann, "Intersubjetividad o comunicación: dos diferentes puntos de partida para la construcción sociológica", en *Complejidad y Modernidad* (Madrid: Trotta, 1998), 31-50.

[41] Niklas Luhmann, "Structural variation", en *A Sociological Theory of Law*, 185-193.

[42] Véase, igualmente: Norberto Bobbio, "Elaboración gradual del ordenamiento", en *Teoría general del derecho*, 161-165.

[43] Véase: Gustavo Zagrebelsky, "Los caracteres general del derecho constitucional actual", en *El derecho dúctil (Madrid: Trotta, 1995), 9-20.*

do, el de que si una decisión política es tomada y anunciada como respetuosa de la equidad, cumpliendo la exigencia del primero, entonces un cumplimiento posterior de esta no es ya de tipo político ni tiene que ser igual en su impacto, sino que se torna en una decisión jurídica cuyo objeto es la reducción de complejidad social[44].

En esa dirección, Luhmann —como Dworkin— se interesa, no por principios éticos, morales o de justicia material, de carácter extrasistémico, sino por los principios sistémicos que los jueces pueden utilizar para hacer válidas y legítimas sus decisiones. Los principios son el más alto nivel de un sistema legal. La posibilidad de corrección moral no es un problema de contenido material ni tiene que ver con lo que las personas crean de la ley: se reduce, pues, a la equidad del procedimiento. Tales principios legales emergen como respuesta a la incongruencia de las leyes al ser aplicadas a casos concretos[45].

En síntesis, el derecho, en cuanto sistema prototípico, ambienta jurídicamente la autorreferencialidad de los sistemas sociales, garantizando procedimentalmente tales características en cada uno y asegurando para la sociedad en su conjunto una autoadaptación a su propia complejidad[46]. El derecho se convierte en procedimiento sistémico y la validez y legitimidad de este no requieren una fundamentación ética, contractual o discursiva[47]. Aunque es un subsistema más del macrosistema, de él dependen la totalidad de procesos sistémico-funcionales que garantizan la autoadaptación del sistema a su complejidad creciente, mediante procedimientos de todo orden, regulados institucionalmente en términos jurídicos, para que cada sistema social asegure su objetivo sistémico de autoadaptación, sin necesidad de acudir a justificaciones intersubjetivas.

El procedimiento sistémico-funcional deviene derecho y este, a su vez, se reduce al procedimiento sistémico-funcional, sin contemplar la posibilidad de argumentos de corrección de ningún tipo en su interior, a no ser los que su misma sistematicidad requiera y permita para autoprocesar su complejidad. La noción de norma básica que se infiere de Luhmann es la de principios sistémicos cuya función es, en últimas, permitir la reducción autopoiética de complejidad del sistema jurídico sin necesidad de acudir a elementos externos a este. De la

---

[44] Sobre la decisión judicial y sus connotaciones, véanse: Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1989); *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1992); *Ética privada e igualitarismo político* (Barcelona: Paidós, 1993); y, finalmente, *La comunidad liberal* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1996).

[45] Para una visión crítica de la decisión judicial, véase: Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Cambridge: Harvard University Press, 1997). Igualmente, John H. Ely, *Democracia y desconfianza* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1997).

[46] Véase: Juan García Amado, "Un sistema prototípico: el sistema jurídico", en *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997), 168-184.

[47] Sobre la polémica entre Habermas y Luhmann en torno a este punto, véase: Ramón Soriano, "La teoría comunicativa y la teoría sistémica", en *Sociología del derecho* (Barcelona: Ariel, 1997), 153-168. Ver, además, Jürgen Habermas, "El concepto sistémico de ideología y la teoría de sistemas como nueva forma de ideología", en *La lógica de las ciencias sociales* (Madrid: Tecnos, 1988), 380-402.

teoría de Luhmann se infiere, claramente, el rol sistémico que los principios juegan para un sistema jurídico en el marco de una sociedad global.

Sin necesidad de acudir a un código moral paralelo que obstaculizaría el rol sistémico del código binario jurídico, Luhmann señala la necesidad del sistema para determinar sus principios, lo que, de alguna forma, coadyuvaría al código binario en su función de clausura operativa ante el entorno y, al mismo tiempo, implica una apertura cognitiva a este. La norma fundamental juega así un rol eminentemente sistémico, que lleva a Luhmann a sus límites. Podríamos decir que el contenido sistémico de la norma serían estos principios cuyo rol es el de afinar y calibrar el filtro del código binario legal-ilegal que, posibilitando la apertura y clausura ante el entorno, garantice la reducción efectiva de complejidad del sistema jurídico, función principal de este.

Teubner: validez autorreferencial

En una línea similar, Gunther Teubner complementará la propuesta de Luhmann planteando la necesidad de concebir el derecho como un hiperciclo autopoiético fundado en una validez autorreferencial[48]. Esta última expresa, precisamente, dos situaciones de un sistema jurídico determinado. De una parte, constituye el punto de desarrollo genético más elaborado logrado por un sistema jurídico en cuanto que consigue liberarse de los anclajes e imperativos sociales inmediatos que amarran a un sistema jurídico y que, como diría Luhmann, emplazan su eje de decisión en el entorno antes que en sí mismos[49].

En esa dirección, Teubner define tres momentos en el desarrollo de un sistema jurídico. El primero es el que denomina el del derecho socialmente difuso, donde los procesos e instancias jurídicas se encuentran atravesados por los procesos e instancias sociales que pretenden regular. Es el momento donde las normas de la tradición se confunden todavía con las prejurídicas, sin lograr ningún nivel de autonomía. En un segundo momento, el del derecho parcialmente autónomo, el sistema jurídico logra diferenciar sus instancias, pese a que mantiene su anclaje con la comunicación societal. Pero ya aquí surgen como esferas semi-autónomas las del procedimiento, el acto, la norma y la doctrina jurídicos.

Finalmente, en un tercer momento, el del derecho autopoiético, el sistema jurídico se autonomiza, constituye un hipercírculo autopoiético y se desliga en su inmediatez de los imperativos societales de reducción de complejidad social. Es el momento donde el derecho, al reducir su propia complejidad gracias a ese proceso de autonomización logrado, reduce la complejidad de la sociedad indirec-

[48] Niklas Luhmann, "El derecho como sistema social", en *Revista No Hay Derecho* 11 (1994): 29-33.

[49] Gunther Teubner, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", en *La fuerza del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2000), 81-152.

tamente. La reducción de complejidad social depende, por tanto, de la capacidad del sistema jurídico de reducir su propia complejidad.

Pero, ¿cómo se logra ese proceso de reducción de complejidad del sistema jurídico? Aquí es donde entra en juego el concepto de validez autorreferencial. El derecho como sistema autopoiético supone un proceso que Teubner descompone en ocho momentos, a saber: 1) momento de la autoobservación, es decir, la operativización de procesos sistémicos; 2) la autodescripción, en cuanto cristalización de procesos jurídicos; 3) la autoorganización en cuanto edificación de estructuras sistémicas propias; y 4) la autorregulación como variante dinámica de la anterior. Para Teubner, los cuatro momentos anteriores corresponden a lo que para Hart son las reglas primarias, las secundarias y, especialmente, el momento de la autoorganización, el de la regla de reconocimiento[50].

Solo cuando un sistema jurídico ha determinado con claridad su regla de reconocimiento, es decir, el momento de autorregulación en cuanto variante dinámica que posibilita su autoorganización, en palabras de Hart, la definición de la regla de reconocimiento de un sistema jurídico como regla última y criterio supremo para la pertenencia de reglas primarias (y secundarias) válidas, logra el sistema jurídico autonomizarse autopoiéticamente y continuar su proceso en orden a completar su ciclo autopoiético[51].

En esa dirección, los siguientes momentos están configurados por 5) la autoproducción en cuanto organización sistémica de flujos internos y externos; 6) la autorreproducción, como autorregulación espontánea de la autoproducción; 7) la autoconservación, entendida como la mediación del encadenamiento hipercíclico de circuitos autoproductivos del sistema jurídico; y, por último, 8) el momento de autopoiésis que garantiza sistémicamente el hiperciclo en su totalidad dinámica como un flujo autorregulado. En este último, podríamos decir, la validez autorreferencial del derecho queda asegurada, con lo cual se logra reducir la complejidad jurídica y, por su mediación, la social.

Como debe quedar claro, es solo cuando el sistema jurídico determina su regla de reconocimiento que el hiperciclo autopoiético puede dinamizarse y pasar a una segunda etapa que permita completarlo. Esa regla de reconocimiento es, siguiendo a Luhmann, la definición de los principios sistémicos que regulan un sistema jurídico y sin los cuales ni se completa la estructura normativa (jurídico-social podríamos decir) que garantiza la reducción de complejidad jurídica, ni se asegura la reducción de complejidad social que permite la adaptación de la sociedad a su propia complejidad.

Como vemos, tanto por las tensiones que pone de manifiesto como por las

[50] Gunther Teubner, "La nouvelle auto-référentialité", en *Le droit: un système autopoïétique* (Paris: PUF, 1993), 25-42.

[51] Véase, además: Alfred Büllesbach, "Enfoques de teoría de sistemas", en *El pensamiento jurídico contemporáneo* editado por Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (Madrid: Debate, 1992), 327-328.

soluciones que propone en su versión autopoiética, el positivismo evidencia la importancia que la norma básica tiene para el sistema jurídico. En primer lugar, muestra el papel sistémico que posee para un sistema jurídico en cuanto su acción como reductor de complejidad no solo es jurídica sino social. Aunque no lo evidencie de la manera en que lo pondrán de manifiesto autores como Rawls y Habermas, especialmente, la versión autopoiética señala lo que ya en Weber y Kelsen se intuía: que la norma fundamental tiene como sustento un pacto político del que deriva su contenido material que Hart sugiere cuando distingue la validez de la eficacia y la legitimidad en cuanto expresión del punto de vista interno, el primero, y del externo, los segundos.

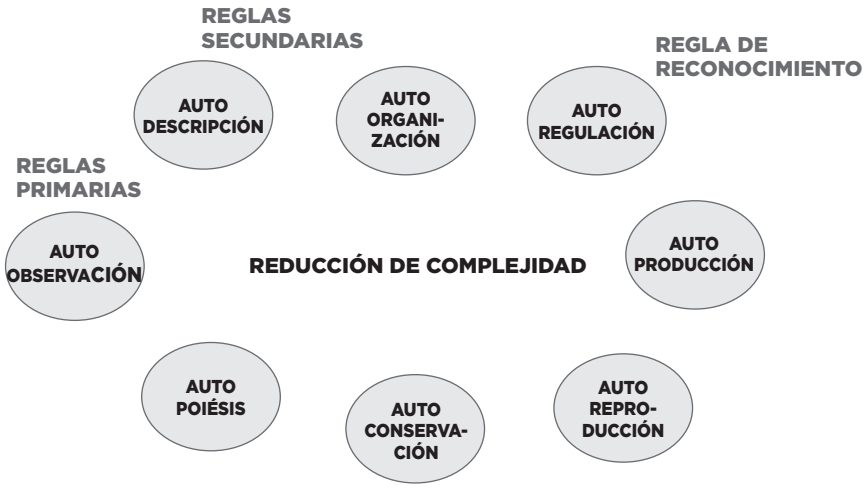


FIGURA 1. TEUBNER: VALIDEZ AUTOPOIÉTICA

En otras palabras, Luhmann y Teubner logran mostrar, explícita e implícitamente, que en los principios sistémicos de un sistema jurídico coinciden los puntos de vista externo e interno y que ello es precisamente el punto de contacto donde lo político y lo jurídico permiten que la validez y la legitimidad, por lo menos, converjan para reducir eficazmente complejidad jurídica y social de manera simultánea. Con ello ponen de presente, como diría Robert Walter, la importancia de la norma básica como punto arquimédico de un sistema jurídico y su trascendencia como problema iusfilosófico en cuanto en ella coinciden y de ella dependen la validez, la legitimidad y la eficacia de un sistema jurídico, un ordenamiento jurídico-político y un sistema societal en su conjunto[52].

[52] Véase la polémica entre Habermas y el paradigma autopoiético en: Niklas Luhmann, "Remarks on Jürgen Habermas's

Rawls: la norma básica y la justicia

Un debate implícito

Generalmente, desde la perspectiva de la teoría jurídica, se ha pasado por alto el lugar de Rawls en todo este debate, sin duda por las recepciones que han enfatizado la polémica Hart-Dworkin olvidándose de la trascendencia que para esta tuvo la *Teoría de la justicia* del primero. De ahí que no sobre insistir en lo que este autor y esta obra —una de las de mayor impacto en la literatura iusfilosófica, teórico-jurídica y filosófico política y moral del siglo xx— ha significado para el problema de la norma básica[53].

Para Rawls el contenido del derecho debe ser determinado, más allá de la vaciedad formal de una norma fundamental[54] o la alusión ambigua a un "derecho mínimo natural"[55], por principios de justicia definidos mediante un procedimiento de consensualización que garantice en su estructura la autonomía de las partes y la pretensión de universalidad de sus contenidos[56]. Este momento que Rawls designa con el nombre de "posición original" es simplemente el consenso moral del que las diferentes perspectivas ciudadanas deben partir para lograr un efectivo consenso político al interior de un congreso constituyente.

En efecto, es claro que Rawls está pensando sus principios de justicia, fruto de un procedimiento de consensualización, como el producto del consenso moral y político sobre el que debe fundarse un orden jurídico-político determinado y que, una vez establecido como tal, sufre un proceso posterior de juridización en el marco de ese congreso constituyente que Rawls reconoce como la segunda etapa después de la posición original.

En ese sentido, los principios de justicia pueden ser interpretados como el contenido axiológico de la norma fundamental kelseniana, siendo su "contenido" procedimental el procedimiento de consensualización del que se derivan.

Pero los principios de justicia que, como lo retomará después Dworkin, son la expresión de la moralidad política no son propiamente constitucionales ni jurí-

---

Legal Theory" y Gunther Teubner, "Communicative Rationalities in Law, Morality, and Politics", en *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, editado por Michel Rosenfeld y Andrew Arato (Berkeley: University of California Press, 1998), 157-172, 173-189. Para la réplica de aquel, desde el paradigma discursivo, véase: Jürgen Habermas, "Reply to Symposium Participants", en *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, 381-452.

[53] Sobre las características de los modelos kelseniano y hartiano, véase, en general: Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía del derecho* contemporánea (Madrid: Tecnos, 1989), 113-160 y 238-244.

[54] Véase: Thomas Angel, "Rawls on justice", en *Reading Rawls* de Norman Daniels (Stanford: Sanford University Press, 1989), 1-15.

[55] Véase el ilustrativo estudio de Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos* (Madrid: Debate, 1991), 45-76.

[56] Brian Barry, "La construcción rawlsiana", en *Justicia como imparcialidad* (Barcelona: Paidós, 1997), 85-97.

dicos. Rawls los mantiene externos al ordenamiento precisamente para permitir su actualización política y moral permanente sin necesidad de acudir a reformas constitucionales ni jurídicas que atentarían contra la estabilidad de las instituciones. El consenso moral y político puede cambiar el contenido axiológico de la norma fundamental pero no el principio que plasma jurídicamente su sentido: este será el principio de igual participación que, más que de legitimidad, es expresamente de validez del ordenamiento jurídico.

Este planteamiento, pese a los cambios radicales que constituye *Liberalismo político*, se mantiene e, incluso, se radicaliza en esta última obra. En efecto, allí Rawls claramente expresa que el consenso entrecruzado de las diferentes visiones omnicomprehensivas que componen una sociedad determina los esenciales constitucionales que rigen su ordenamiento y cuyo contenido fija los términos de razonabilidad que el tribunal constitucional debe tener en cuenta para la interpretación de la Constitución. En otras palabras, el consenso político fija el contenido procedimental y sustantivo del ordenamiento jurídico-político que expresa la posición consensual de los diferentes sujetos políticos y eticidades sociales sobre los términos de justicia social que debe regir la sociedad entera. Es lo que Rawls llama la concepción política de la justicia que no es otra cosa que señalar que el contenido de la norma básica es el del consenso político de la sociedad.

La norma básica como consenso

Así pues, la crisis de legitimidad y validez de las democracias liberales contemporáneas querrá ser superada por John Rawls, inicialmente, a través de principios de justicia consensualmente concertados que permitan orientar y corregir el ordenamiento jurídico-político. Esta concepción de justicia como equidad plantea un procedimiento consensual de construcción político[57] en la concepción, concreción y ejecución de contenidos, instrumentos y productos jurídicos de todo orden[58]. La *Teoría de la justicia* concibe este procedimiento consensual como el instrumento para garantizar que los principios de justicia social sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la legitimidad y la validez normativa de estos.

[57] Sobre el concepto de constructivismo jurídico, véanse: Jesús Martínez García, "Constructivismo radical: la invención jurídica de los hechos", en *La imaginación jurídica* (Madrid: Debate, 1992), 17-60; y Carlos Nino, "El constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en *El constructivismo ético* (Madrid: Centro de Estudios Internacionales, 1989), 91-110. Así como Pablo Da Silveira y Wayne Norman, "Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política anglosajona contemporánea", *Revista Internacional de Filosofía Política* 5 (1995): 125-151.

[58] Para mayor detalle, véase: Óscar Mejía Quintana, "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls", en John Rawls, *El derecho de los pueblos* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996); así como, del mismo autor, *Justicia y democracia consensual* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1997).

El constructo metodológico que utiliza Rawls es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad en su interior[59]. El velo de ignorancia, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la discusión simétrica que normativamente debe darse sobre la estructura básica de la sociedad, asegurando las condiciones de libertad e igualdad deliberativas de los participantes para concertar los principios de justicia que hayan de regir la sociedad.

En este punto vale la pena resaltar las condiciones formales de lo justo que establece Rawls sobre el carácter que han de tener los principios de justicia: serán universales, para todos por igual; generales, regularán toda la estructura social; públicos, de fácil interpretación de toda la ciudadanía; jerarquizados, es decir, no podrán ser interpretados ni aplicados discrecionalmente por legisladores o jueces; y definitivos, en cuanto tendrán que ser concebidos para garantizar la estabilidad de la sociedad.

Así pues, los dos principios de justicia que se derivan del procedimiento de consensualización constituyen el sustrato axiológico de la norma básica de la que se desprende el fundamento general del ordenamiento jurídico-político, en dos sentidos: como factores de legitimación del sistema político y, simultáneamente, como condiciones de validez del sistema jurídico. La norma básica es el resultado del consenso moral y político de las diferentes eticidades y sujetos políticos que componen una sociedad determinada y definen, con ello, el contenido axiológico de la norma fundante que es la condición de validez del sistema jurídico en particular.

Lo anterior se evidencia en la segunda parte de la *Teoría de la justicia* cuando Rawls aborda las "Instituciones". En este punto queda claro que la posición original era un recurso metodológico para poner de presente el consenso moral y político que tiene que darse al interior de un congreso constituyente y que, una vez definido, da pie para lograr la constitucionalización y la juridización de los principios que han de regir el ordenamiento jurídico constitucional. Esa juridización de los principios moral-políticos de la justicia, contenido axiológico de la norma básica, pero no todavía principios constitucional-jurídicos, sufre al interior de la etapa constituyente una transformación que los convierte ya en principios de validez del ordenamiento y que para Rawls no es otro que el principio de igual participación[60].

En una absoluta reivindicación de la tradición radical del constitucionalismo estadounidense, Rawls establece el principio de igual participación como

[59] John Rawls, *Teoría de la* justicia, 29-34.

[60] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 187 y ss.

el fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Lo que nos llevaría a considerar tres dimensiones de la norma básica: una procedimental que establece el consenso como mecanismo político y jurídico para la toma de decisiones del sistema social en general; otra axiológica, que define el contenido sustantivo, político-moral, de la norma básica reflejado en los principios de justicia; y una última que determina el principio de validez del ordenamiento jurídico en el principio de igual participación.

En efecto, la secuencia de cuatro etapas establece que después de la posición original se suceden las etapas constitucional, legislativa y administrativa que ponen de presente cómo todo el ordenamiento piramidal debe ser concebido a partir del contenido normativo fijado por los principios de justicia. El objetivo primordial de las etapas subsecuentes será garantizar que los principios de justicia vayan filtrando, en sus aplicaciones concretas, todas las instituciones y situaciones sociales que precisen su regulación, para conferir a la ciudadanía, en caso de no ser así, la posibilidad de acudir a mecanismos como la objeción de conciencia y la desobediencia civil con el propósito de garantizar la correcta aplicación de estos[61].

Estos dos mecanismos, que deben ser garantizados constitucionalmente, son instrumentos políticos de supervisión, presión y resistencia de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurídico positivo, para que este cumpla en forma efectiva, a través de sus disposiciones legales, decisiones judiciales y políticas públicas el sentido y alcance de los principios de justicia. Su objetivo es defender, contra la decisión de minorías o mayorías legislativas o gubernamentales, el consenso político y el marco constitucional adoptado por todos los grupos sociales.

Rawls desarrolla en la tercera parte, la de los "Fines", el constructo del equilibrio reflexivo[62]. Esta figura admite dos lecturas, la primera es metodológica, y consiste en buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados[63]. Este equilibrio no se concibe como algo estable o permanente, sino que se encuentra sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial. Se busca confrontar las ideas intuitivas sobre la justicia, que todos poseemos, con los principios asumidos, para lograr un proceso de ajuste y reajuste continuos hasta alcanzar una perfecta concordancia. Esta lectura constituye el equilibrio reflexivo en una especie de auditaje subjetivo desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios, pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo con las nuevas circunstancias. La voluntad general no pue-

[61] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 331-357.

[62] Véase: Johannes Schmidt, "La *original position* y el equilibrio reflexivo", en *La justicia: ¿discurso o mercado?*, editado por L. Kern & H.P. Muller (Gedisa: Barcelona, 1992), 82-115.

[63] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 32.

de ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad, en general. Solo cuando desde tales ámbitos los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente, se completa el proceso. En este punto pueden darse varias alternativas: la primera es la aceptación de los principios y del ordenamiento jurídico-político derivado de ellos, por su congruencia con nuestro sentido vital de justicia[64].

La segunda es la marginación del pacto pero reconociendo que los demás sí pueden convivir con ellos y que es una minoría la que se aparta de sus parámetros, reclamando tanto el respeto para su decisión como las mismas garantías que cualquiera puede exigir dentro del ordenamiento. La tercera es el rechazo a los principios y la exigencia de recomenzar el contrato social, es decir, el reclamo por que el disenso radical sea tenido en cuenta para rectificar los términos iniciales de este. Normativamente significa que el pacto nunca se cierra y que siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de replantearlo[65].

Dworkin: norma básica y derecho como integridad

En la línea de Rawls pero aplicándolo más directamente al derecho, Dworkin seguirá en esencia el planteamiento rawlsiano para concebir su modelo de decisión judicial de la respuesta correcta definiendo los principios del sistema jurídico a partir de la moralidad política, es decir, de los principios determinados por el consenso político[66]. Dworkin parte de lo que denomina una concepción interpretativa del derecho que le confiere al juez, como el principal protagonista de los procesos jurídicos, una importancia decisiva en la aplicación y salvaguarda de tales principios, cuyo fundamento es el consenso moral y político que les ha dado su sustento[67].

Dworkin ve en el modelo rawlsiano la actualización del consenso de Filadelfia y, como en aquel, la teoría moral como sustrato de la constitucional[68]. El constituyente de Filadelfia establece dos principios o derechos morales que luego juridiza: el de igual tratamiento y el de ser tratado como igual que posteriormente

[64] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 359 y ss.

[65] R. H. Hare, "Rawls' *Theory of Justice*", en *Reading Rawls*, 16-348.

[66] Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984).

[67] Véase: Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, "El igualitarismo liberal de Dworkin", en *La comunidad liberal* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1996).

[68] Philip Soper, "La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales", en *Derecho y moral*, editado por Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (Barcelona: Ariel, 1990).

sufren un proceso de juridización similar al que Rawls propone con el principio de igual participación y se convierten así en principios jurídicos de debido proceso y tratamiento equitativo. De allí que para Dworkin, en su polémica con Hart, los principios jurídicos contemplen valores morales pues han surtido efecto los procesos de constitucionalización y juridización sugeridos por Rawls en la secuencia de cuatro etapas de su teoría de la justicia[69].

El paradigma interpretativo de Dworkin supone no una interpretación iusnaturalista aproblemática sino una racional que dé razón del peso de los principios, es decir, en consonancia con Rawls, de la primacía de estos sobre las directrices políticas y las normas en general. No de otra manera podría entenderse, como la interpretación de Habermas igualmente lo convalida, que el modelo de decisión judicial de la "respuesta correcta" de Dworkin represente una concepción deontológica del derecho, es decir, de decisiones justas para todos, frente a una axiológica, es decir, de decisiones buenas para algunos, si no es por la aplicación y justificación que el peso de los principios tienen en la decisión judicial. Esta última no es discrecional ni caprichosa porque aplica los principios con el peso que el constituyente quiso que tuvieran no con el peso que el juez discrecionalmente quiera darles[70].

En efecto, el derecho, como práctica social, es una interpretación creativa de la realidad que Dworkin denomina "interpretación constructiva"[71]. Como tal, cumple determinadas etapas: una preinterpretativa, donde se esclarecen las reglas de una práctica dada; una interpretativa, donde el intérprete establece los principios a los que debe someterse, en consonancia con el historial de precedentes anteriores; y una postinterpretativa donde evalúa y eventualmente reforma o no los resultados de su interpretación[72]. El juez establece con su interpretación y práctica un parámetro que ordena así el proceso judicial. Es lo que Dworkin llama "el derecho como integridad", en oposición al "pragmatismo legal" y el "convencionalismo"[73].

A partir del análisis de casos difíciles, particularmente, Dworkin llega a la conclusión de que para resolverlos el juez necesita operar con una especie de razón hermenéutica, "imaginación interpretativa" la denomina[74], con el objeto de ordenar un amplio espectro de factores que van desde intenciones individuales,

---

[69] H. L. A. Hart, "Postcriptum", en *La decisión judicial* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997).

[70] Véase: Rodolfo Arango, "Tesis de la única respuesta correcta" y "Hércules: realidad o idea regulativa", en *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1999), 58-65 y 106-158.

[71] Ronald Dworkin, "El modelo de las normas (1)", en *Los derechos en serio*, 61-101.

[72] Ronald Dworkin, "La integridad en el derecho", en *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1992), 164-173.

[73] Ronald Dworkin, "La integridad en el derecho", 78.

[74] Ronald Dworkin, "La integridad en el derecho", 237 y ss.

contextos sociales e históricos, normas legales vigentes y jurisprudencia, hasta perspectivas del legislador, entre tantos otros. Todos estos elementos tienen que ser ordenados a partir del peso que el constituyente confirió a los principios, pues solo así puede su decisión ser justa para todos, en el sentido de que se atiene a los parámetros definidos consensualmente por las diferentes eticidades y sujetos colectivos que componen la ciudadanía, con lo que se evita aplicaciones caprichosas[75]. Este es el modelo que Dworkin ejemplifica con la figura del "juez Hércules"[76].

Ello pone de presente el papel sistémico que la norma básica juega para un sistema jurídico. No es solo un tema de estudio y elucubración académica sino que tiene una proyección concreta en un sistema jurídico en cuanto que ella define la forma en que los principios jurídicos deben ser aplicados y respetados por las diferentes instancias judiciales, legislativas y administrativas[77]. Dworkin, pues, pone de presente la importancia no solo sistémica de la norma básica, sino su relevancia para el proceso de decisión judicial en cuanto la claridad sobre sus principios y contenidos sustanciales orienta al juez en la decisión judicial para evitar una discrecionalidad excesiva que, en últimas, pueda deslegitimarla al no garantizar, como lo sostiene Habermas en su interpretación de Dworkin, decisiones justas para todos y, por el contrario, buenas para algunos.

Habermas: principio discursivo y norma básica

Norma básica y derechos fundamentales

El principio discursivo, al proyectarse al plano moral, deviene un principio de argumentación moral (constreñido a un ideal de consenso universal contrafáctico) y al proyectarse al plano jurídico-político deviene un principio democrático (constreñido a un ideal de consenso institucional fáctico) que se bifurca en dos dimensiones: la primera, la constitución de un catálogo de derechos básicos; y, la segunda, la constitución de la arquitectura del Estado democrático de derecho que se configura a partir de tres instancias de deliberación ciudadana institucionalizada o usos de la razón práctica: el moral, el ético-político y el pragmático[78]. Ambas dimensiones se dan en el marco inicial de procesos constituyentes ampliamente

[75] Véase: Jerónimo Betegón, et ál., "La doctrina de los principios del derecho y la distinción entre principios y reglas", en *Derecho y moral*, 335-360.

[76] Véase: Ronald Dworkin, "L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit", en *Individu et justice sociale* (Paris: Editions du Seuil, 1988), 37-53.

[77] Juan Ruíz Manero, "Principios jurídicos", en *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Madrid: Trotta, 1996), 149-159.

[78] Véase, en general: Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del Estado de derecho", en *Facticidad y validez*, 199-262.

democráticos, donde el consenso operó no solo como ideal regulador contrafáctico sino como mecanismo regulador fáctico.

La primera dimensión establece un listado de derechos fundamentales —promulgados discursivamente por el poder constituyente de la ciudadanía— los cuales institucionalizan jurídicamente el principio discursivo del que indirectamente se derivan. Habermas sintetiza así este catálogo de derechos básicos:

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

   Estos derechos requieren los siguientes corolarios necesarios:

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

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

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

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

   Esta categoría de derechos está reflexivamente aplicada a la interpretación constitucional y a adelantar el desarrollo político o la elaboración de los derechos básicos abstractamente identificados de (1) a (4), para derechos políticos fundamentados en el estatus de ciudadanos activamente libres e iguales [...] Este estatus es autorreferente, hasta el punto de que capacita a los ciudadanos a cambiar y expandir su variedad de derechos y deberes, o "estatus legal material", así como a interpretar y de-

> sarrollar, simultáneamente, su autonomía privada y pública. Finalmente, con la mirada en ese objetivo, los derechos designados atrás implican los siguientes […]
>
> 5. Derechos básicos a la provisión de condiciones de vida que sean social, tecnológica y ecológicamente seguras, hasta el punto de que las actuales circunstancias hagan ello necesario para que los ciudadanos estén en igualdad de oportunidades para utilizar los derechos civiles consignados de (1) a (4).[79]

El poder constituyente de la ciudadanía establece, discursiva y democráticamente, este catálogo de derechos básicos como los derechos fundamentales que han de regir el ordenamiento jurídico-político de una sociedad determinada. Por supuesto, Habermas recupera el listado de derechos que, histórica y normativamente, han ido configurando la sociedad democrática y que constituyen el contenido axiológico —que cada comunidad desarrolla y concreta constitucional y jurídicamente— de la norma básica en lo que Boaventura de Sousa Santos denominaría los "derechos humanos como guion emancipador"[80] fundamento de la *Jus Humanitatis*.

Norma básica y democracia

La segunda dimensión configura lo que Habermas denomina la arquitectura del Estado de derecho democrático moderno. Frente a la pretensión de una versión fuerte de consenso en Rawls, al menos en la *Teoría de la justicia*, Habermas matiza la pretensión de consensualización en tres usos diferentes de la razón práctica: el moral, el ético-político y el pragmático. En cada uno de ellos, según la especial pretensión de justicia, el consenso adopta diferentes modalidades fácticas, frente al principio discursivo que como ideal regulador contrafáctico constituye la norma básica[81].

Retomando a Kant, Habermas señala los tres usos institucionales que un poder constituyente desarrolla discursivamente. Las discusiones morales se rigen por una pretensión de lo que es "justo para todos" y, por tanto, el consenso se impone como su mecanismo de decisión. En caso de conflicto se acude al *test* de universalidad para tomar la decisión definitiva. Las discusiones ético-políticas se rigen por una pretensión de lo que es "bueno para nosotros" como comunidad política. Aquí la convergencia de posiciones se configura como procedimiento

[79] Jürgen Habermas, "Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del Estado de derecho", en Facticidad y validez, 188-189.

[80] Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998), 211-260.

[81] Jürgen Habermas, "Principios del Estado de derecho y lógica de la división de poderes", en *Facticidad y validez*, 237-263.

natural de decisión, acudiendo a la regla de mayoría en caso de conflicto. Por último, las discusiones pragmáticas se rigen por una pretensión de lo que es "útil para algunos", siendo la negociación el mecanismo de decisión y acudiendo al regateo en caso de conflicto. De estos tres tipos de deliberación o usos de la razón práctica que, institucionalmente, se desarrollan en un congreso constituyente, se va configurando, histórica y estructuralmente, la arquitectura del Estado democrático de derecho en cuanto de las discusiones morales surgiría lo que es el poder judicial, de las ético-políticas el poder parlamentario y de las pragmáticas el poder ejecutivo.

Como en Rawls, podemos entonces intentar distinguir varias dimensiones de esa noción de norma básica en Habermas. El principio discursivo define, primero, el contenido procedimental de esta al establecer el consenso como fundamento común de justificación moral, legitimidad política y validez jurídica general del ordenamiento jurídico-político. A través del principio democrático, que expresa la cooriginalidad del derecho y la política modernas, se concreta el catálogo de derechos básicos que constituye el contenido axiológico del ordenamiento, y garantiza tanto la autonomía privada como la pública de los ciudadanos, que se materializan jurídicamente en los desarrollos propiamente institucional-discursivo de carácter moral, ético-político y pragmático que definen específicamente los términos de validez jurídica propiamente dicha del sistema jurídico y político.

El carácter dual de la validez del derecho conduce a reconocer y esclarecer su relación interna con la democracia, lo cual se comprende porque las libertades individuales de los sujetos privados solo se garantizan por la autonomía pública de los ciudadanos[82]. La dicotomía entre las "libertades de los modernos" y las "libertades de los antiguos" se supera cuando el código legal se abre y se encuentra disponible para todos los miembros de una comunidad en igualdad de condiciones democráticas. Este reconocimiento horizontal de los ciudadanos como libres e iguales garantiza su autonomía privada y pública, establece una relación interna entre derechos humanos y positivos, y "domestica" constitucionalmente el poder gracias a la acción de la ciudadanía.

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

[82] Véase: "La conexión constitutiva entre derecho y política", en *Facticidad y validez*, 200-217.

participativos que consolidan la participación simétrica de los diferentes actores sociales. Lo cual comprueba definitivamente que el derecho no es autorreferente y que se alimenta de la cultura política de una ciudadanía democrática[83].

Todo esto se expresa y se resuelve en un conflicto y controversia entre dos modelos de adjudicación constitucional, particularmente: el liberal y el republicano, y sus respectivas concepciones de libertades ciudadanas negativas y positivas[84]. La visión liberal propicia un modelo pasivo de ciudadanía, donde esta se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de la administración estatal del momento, mientras que la republicana, de otra, al forzar una moralización de la política desde una determinada concepción de vida buena, pese a suponer un concepto altamente protagónico de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equilibrio y la integración social de sus diferentes comunidades entre sí.

Mientras que la visión liberal reduce la ciudadanía a términos legal-procedimentales, la republicana la entiende más en términos éticos que legales. Y pese a que, contra la visión liberal, un concepto de política democrática deliberativa supondría una referencia concreta a una comunidad ética integrada, es imposible defender la etitización de la vida pública que esta última supone. La disolución de los paradigmas burgués-liberal y republicano se ve justificada en cuanto la perspectiva ciudadana pretende ser reemplazada o por una separación inflexible de poderes (paradigma liberal), que le arrebata su soberanía sin posibilidad efectiva de recuperarla en el manejo de los asuntos públicos, pese a los diques de un poder judicial que por defenderla se extralimita, o en la "etitización" del orden legal (paradigma republicano), que al imponerle a la administración pública un contenido social específico "remoraliza", desde una determinada visión de bien, los contenidos de un discurso legal que debía ser autónomo e imparcial frente a la pluralidad de concepciones sociales de vida buena[85].

Para Habermas, la concepción discursivo-procedimental del derecho, especialmente el constitucional, debe concernir antes que todo con la calidad de la discusión y argumentación democráticas. Esto representa un modelo de democracia radical que se constituye en alternativa al modelo liberal-individualista y sus patologías inherentes de desinterés y privatismo civil y al republicano-comunitarista y su imposición de una visión moralizadora unilateral de la vida política

---

[83] José Estévez Araujo, "El pueblo como opinión pública", en *La constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid: Trotta, 1994), 119-137; igualmente, Roberto Gargarella, "La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes", en *La justicia frente al gobierno* (Barcelona: Ariel, 1996), 132-157.

[84] Ver "El papel de la jurisdicción y jurisprudencia constitucional en la comprensión liberal, en la comprensión republicana y en la comprensión procedimental de la política" en J. Habermas, Op.Cit., pp. 340-361.

[85] Sobre la versión más actualizada en este punto, véase: Jürgen Habermas, "Paradigms of Law", en *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, 13-25.

y legal de una sociedad[86]. La norma fundamental recoge esa tensión entre hechos y normas, entre libertades individuales y colectivas, entre democracia formal y directa, entre facticidad y validez, y la asume, en sentido hegeliano, desde una perspectiva que, al potenciar la deliberación ciudadana, preserva los términos opuestos en una nueva realidad que no anula las contradicciones. La norma básica es, en últimas, la consensualización del disenso, la conflictualización social de la instrumentalización sistémica, la tensión coyuntural de la tensión permanente, en cierto sentido, volviendo a la vieja fórmula hegeliano-marxista, la negación de la negación que niega y recrea incesantemente el sistema jurídico-político de cara al sistema social.

Conclusión

A lo largo de esta conclusión hemos abordado las diferentes perspectivas con que se ha explorado la naturaleza de la norma básica. En ese recorrido observamos cómo se van presentando las aporías de la categoría, en cuanto con Weber se pone de presente el trasfondo necesariamente político que esta supone, lo que Kelsen pretende negar definiéndola como una condición meramente lógico-procedimental de validez del sistema jurídico, sin contenido material, lo que lo conduce a una serie de contradicciones que lo obligan a abjurar de su doctrina de la norma fundamental y reconocer el contenido sustancial de esta. Hart, por su parte, si bien define su regla de reconocimiento como una regla básicamente empírica tiene que reconocer que esta remite, directa e indirectamente, a principios o valores extrajurídicos, en especial en cuanto el derecho mínimo natural, por lo menos en los casos de injusticia, se constituye en un factor determinante para definir en últimas la validez de una norma jurídica.

En todos ellos, la tensión entre validez, por un lado, y la legitimidad y la eficacia, por otro, es una constante que Hart pone de manifiesto con los puntos de vista interno y externo de un sistema jurídico. Esa tensión es resuelta por la visión sistémica de Luhmann que logra mostrar, primero, que la reducción de complejidad del sistema social depende de la reducción de complejidad del sistema jurídico y que ello se logra, precisamente, como lo enfatiza Teubner, concretando la regla de reconocimiento del sistema jurídico, es decir, los principios sistémicos

[86] Derivaciones puntuales del modelo se encuentran ya en James Bohman, "Complexity, Pluralism, and the Constitutional State", *Law and Society Review* 28, n.° 4 (1994): 897-930; y *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy* (Cambridge / London: MIT Press, 1996); así como en: Simone Chambers, *Reasonable Democracy* (London: Cornell University Press, 1996). Para comprender el estado del arte sobre la democracia deliberativa, véase, desde la perspectiva comunitarista: Michael Sandel, *Democracy's Discontent* (Cambridge: Harvard University Press, 1996); y, desde la utilitarista-liberal: Amy Gutmann y Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Cambridge: Harvard University Press, 1996). Finalmente, para una visión integral: James Bohman y William Rehg, *Deliberative Democracy* (Cambridge: MIT Press, 1997).

que permitan dinamizar su autopoiésis y, reduciendo complejidad del sistema, disminuyendo la complejidad social.

En esa dirección podemos comprender la continuidad y la discontinuidad de las propuestas pospositivistas de Rawls y Habermas, especialmente, y de Dworkin en un sentido menos vertical. Podríamos decir que la crítica de Rawls a Kelsen, en cierta forma complementaria, radicaría en proponer un contenido material de la norma fundamental vacía planteada por aquel en cuanto este tendría que defender iguales libertades para todos y el favorecimiento de los desfavorecidos. Por su parte, Habermas propendería por una norma básica cuyo contenido valorativo-procedimental sería el consenso en el sentido más amplio, el cual posteriormente se trifurcaría en tres proyecciones deliberativas específicas.

En un sentido análogo al de los anteriores, Dworkin retomaría la propuesta rawlsiana como un intento de actualización de los principios y derechos establecidos por el constituyente de Filadelfia y su defensa de los principios derivados de la moralidad política tiene que ser entendida como la necesidad de asumir un modelo de decisión judicial —el de la respuesta correcta— que contraste la discrecionalidad, tanto amplia como restringida, propiciadas por el positivismo y el realismo partir de la aplicación y la justificación de principios determinados constitucionalmente.

Creo que ha quedado clara la trascendencia de la norma básica como problema iusfilosófico y la manera en que en ella convergen las diferentes miradas sobre un sistema jurídico y sus problemáticas anexas de legitimidad y eficacia, que la de su validez supone e implica.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, Bruce. *El futuro de la revolución liberal*. Barcelona: Ariel, 1995.

_____**.** *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1998.

Adorno, Theodor. *Dialéctica negativa*. Madrid: Taurus, 1984.

_____**.** *Epistemología y ciencias sociales*. Valencia: Frónesis, 2001.

Adorno, Theodor, et ál. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*. Barcelona: Grijalbo, 1972.

Agra, María Xosé. "Ética neo-contractualista". En *Concepciones de la ética*, 247-268. Madrid: Trotta, 1992.

_____**.** "Justicia, conflicto doctrinal y estabilidad social en el liberalismo político de J. Rawls". *Revista Agustiniana* 37, n.° 114 (1996): 999-1048.

Aguilera, Mario y Renán Vega. *Ideal democrático y revuelta popular*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____**.** *La naturaleza de la filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. "La naturaleza de la filosofía del derecho". En *El concepto y la naturaleza del derecho*, 35-49. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*. Bogotá: Tupac Amaru, 1974.

Althusser, Louis, et ál. *Teoría marxista del método*. Bogotá: Tiempo Crítico, 1975.

Angarita, Ciro. *Aclaración de un voto al reglamento interno de la Corte Constitucional* (Acuerdo 002 del 92). Bogotá: Corte Constitucional, 1992.

_____. "En defensa de la normalidad que los colombianos hemos decidido construir". Salvamento de voto a la sentencia de mayo 7 de 1992 (declaratoria de constitucionalidad del Estado de emergencia social). *Revista de Derecho Público* 4 (1993): 21-38.

Aponte, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo.* Bogotá: Universidad de Los Andes, 1999.

Arango, Rodolfo. "El valor de los principios fundamentales en la interpretación de la Constitución". *Revista de Derecho Público* 5 (1994): 51-60.

_____. ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1999.

Arboleda, Luis Carlos y Diana Soto. "Las teorías de Copérnico y Newton en los estudios superiores de Nueva Granada y en la Audiencia de Caracas: siglo XVIII". *Quipu* 8, n.° 1 (1991): 5-34.

Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

Ariza, Libardo, Felipe Cammaert y Manuel Iturralde. *Estados de excepción y razón de Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1997.

Arnaud, André-Jean. *Critique de la raison juridique: où va la société du droit.* Paris: LGDJ, 1981.

Asimov, Isaac. *Los Estados Unidos desde la Guerra Civil hasta la Primera Guerra Mundial.* Madrid: Alianza, 2006.

Atienza, Manuel. *El lenguaje del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

Austin, J. L. *How to Do Things with Words.* Oxford: Oxford Clarendon Press, 1962.

Barcelona, Pietro, et ál. *L'uso alternativo del diritto*. Roma: Laterza, 1973.

Bar-Tal, Daniel. "La monopolización del patriotismo". *Psicología Política* 11 (1995): 7-14.

Barthes, Roland. *Lección inaugural*. México D.F.: Siglo XXI, 1985.

Baudrillard, Jean. *Las estrategias fatales*. Barcelona: Anagrama, 1997.

Bauman, Zygmunt. *La hermenéutica de las ciencias sociales.* Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.

_____**.** *La modernidad líquida*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2005.

_____**.** *La sociedad situada.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004.

Beaud, Jacques. *La puissance de l'Etat*. Paris: PUF, 1997.

Beck, Ulrich. *La invención de lo político*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

Beck, Ulrich y Elizabeth Beck. *La individualización.* Barcelona: Paidós, 2003.

Bengoa, Javier. *De Heidegger a Habermas.* Barcelona: Herder, 1997.

Benjamin, Walter. *Sobre la fotografía.* Valencia: Pretextos, 2005.

Berger, Morroe. "En el tablero de las razas". *El correo: una ventana abierta sobre el mundo. El negro norteamericano* 6 (1954): 4-9.

Beriain, Josetxo. *La integración en las sociedades complejas*. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. *Modernidades en disputa*. Barcelona: Anthropos, 2005.

Beriain, Josetxo, comp. *Las consecuencias perversas de la Modernidad*. Bogotá: Anthropos, 1996.

Berlin, Isaiah. *Four Essays on Liberty.* Oxford: Oxford University Press, 1969.

Berman, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire.* México D.F.: Siglo XXI, 1988.

Bermúdez, Jaime, dir. *Opinión pública y Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996.

Betancur, Cayetano. *Ensayo de una filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 1959.

Betegón, Jerónimo y Juan Ramón de Páramo. *Derecho y moral*. Barcelona: Ariel, 1990.

Betegón, Jerónimo, et ál. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.

Bewes, Timothy. *Reification or the Anxiety of Late Capitalism.* London: Verso, 2002.

Bleicher, Josef. *Contemporary Hermeneutics.* London: Routledge & Kegan Paul, 1980.

Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993.

_____. *The Future of Democracy.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

_____. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1997.

Bohman, James. "Complexity, Pluralism, and the Constitutional State". *Law and Society Review* 28, n.° 4 (1994): 897-930.

_____. *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy.* Cambridge / London: MIT Press, 1996.

Bohman, James y William Rehg. *Deliberative democracy*. Cambridge: MIT Press, 1997.

Jameson, Fredric. *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado*. Barcelona: Paidós, 1991.

Bonete P., Enrique. *Éticas contemporáneas.* Madrid: Tecnos, 1990.

Bonilla Castro, Elssy y Penélope Rodríguez. *Más allá del dilema de los métodos*. Bogotá: Universidad de Los Andes / Norma, 1997.

Bonilla, Daniel e Isabel Cristina Jaramillo. "El igualitarismo liberal de Dworkin". En *La comunidad liberal* de Ronald Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1996.

Bonorino, Pablo y Jairo Iván Peña. "Iusnaturalismo moderno". En *Filosofía del derecho.* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2002.

Botero, Darío. *El poder de la filosofía y la filosofía del poder.* 2 vols. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

_____**.** *Teoría social del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993.

Bourdin, Jean-Claude. *Althusser: une lecture de Marx*. Paris: PUF, 2008.

Barry, Brian. *Justicia como imparcialidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

Briceño, Manuel. "José Celestino Mutis, humanista clásico". *Revista del Rosario* 555 (1992): 22-36.

Brown, Wendy y Patricia Williams. *La crítica de los derechos*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2003.

Buchanan, James. *The Limits of Liberty.* Chicago: University of Chicago Press, 1975.

Burger, Warren E. "La Constitución de los Estados Unidos de América". *Revista Chilena de Derecho* 13, n.° 1 (1986): 177-183.

Campo Urbano, Salustiano del y Juan Díez Nicolás. "El negro americano". *Revista de Estudios Políticos* 120 (1961): 165-208.

Camps, Victoria. "El segundo Rawls, más cerca de Hegel". *Revista de Filosofía* 15 (1997): 63-70.

Camps, Victoria, ed. *Historia de la ética*. T. III. Barcelona: Crítica, 1989.

Canetti, Elías. *Masa y poder*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

Caputo, John. *Radical Hermeneutics.* Bloomington: Indiana University Press, 1988.

Cárdenas, Alberto. "Hans Kelsen y su influjo en el pensamiento jurídico colombiano". En *Ponencias del II Congreso de Filosofía Latinoamericana.* Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1982.

Carmona, Salvador. *El poder ejecutivo latinoamericano*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

Carrillo, Rafael. *Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1979.

Casanovas, Pompeu y José J. Moreno, eds. *El ámbito de lo jurídico.* Barcelona: Crítica, 1994.

Cavestany, Juan. "La casa de brujas en Estados Unidos". *El País*, 9 de noviembre de 1999.

Cepeda, Manuel José. *Derecho constitucional: perspectivas críticas. Ensayos, líneas jurisprudenciales, balance estadístico*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1999.

Cepeda, Manuel José. *La constitución que no fue*. Bogotá: Universidad de Los Andes / Ancora, 1994.

_____**.** *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1992.

_____**.** *Observatorio de justicia constitucional. La Corte Constitucional: el año de la consolidación*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.

Chambers, Simone. *Reasonable Democracy.* London: Cornell University Press, 1996.

Charry Urueña, Juan Manuel. "Una aproximación al sistema normativo de la Constitución". *Revista de Derecho Público* 3 (1993): 17-32.

Collado, Adriana. "Qué son las leyes Jim Crow. Discriminación y segregación

legal". En *Historia de EE.UU.* http://historiausa.about.com/od/recons/a/Que-Son-Las-Leyes-Jim-Crow.htm

Colóm González, Francisco. "Legitimidad y democracia: dos décadas de un debate inconcluso". *Isegoría* 2 (1990): 162-169.

Colomer, José Luis. *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Conde Salgado, Remigio. *Pashukanis y la teoría marxista del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Coreth, Emerich. *Cuestiones fundamentales de hermenéutica.* Barcelona: Herder, 1972.

Cortés Rodas, Francisco. *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Antioquia, 1999.

Cortina, Adela. *Ética aplicada y democracia radical.* Madrid: Tecnos, 1993.

_____**.** "Sobre la obediencia al derecho". En *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Nueva Época, 1989.

Cotterrell, David. *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1991.

Cracogna, Dante. "La norma básica en el último Kelsen". En *Cuestiones fundamentales de la teoría del derecho.* México D.F.: Fontamara, 2005.

Crose, Harold. *The Crisis of the Negro Intellectual*. New York: William Morrow, 1967.

D'Agostini, Franca. *Analíticos y continentales: guía de la filosofía de los últimos treinta años.* Madrid: Cátedra, 2000.

Da Silveira, Pablo y Wayner Norman. "Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política anglosajona contemporánea". *Revista Internacional de Filosofía Política* 5 (1995): 125-151.

Dahl, Robert. *Democracy and Its Critics.* New Haven: Yale University Press, 1989.

Daniels, Norman. *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls'* A Theory of Justice. Stanford: Stanford University Press, 1989.

Degler, Carl N., et ál. *Historia de los Estados Unidos. La experiencia de la democracia.* México D.F.: Imusa, 1998.

Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1991.

Departamento de Estado de EE.UU., *Libres al fin. El movimiento de los derechos civiles en EE.UU.* Estados Unidos: Oficina de Programas de Información Internacional, 2008.

Derrida, Jacques. *De la grammatologie.* Paris: Les Éditions de Minuit, 1967.

_____**.** *Fuerza de ley.* Madrid: Tecnos, 1997.

Díaz García, Elías. "Legitimidad y justicia: la Constitución, zona de mediación". *Doxa* 4 (1988): 349-353.

Díaz García, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984.

_____**.** "La justificación de la democracia". *Sistema* 66, n.° 85 (1985): 3-23.

Dilthey, Wilhelm. *El mundo histórico.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1978.

Dreier, Ralf. *Derecho y justicia*. Bogotá: Temis, 1994.Dreier, Ralf, et ál. *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*. Bogotá: Temis, 1984.

Dreier, Ralph, et ál. *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*. Bogotá: Temis, 1984.

Drucker, Peter. *La sociedad poscapitalista.* Bogotá: Norma, 1994.

Dubiel, Helmut. *La teoría crítica ayer y hoy.* México D.F.: Plaza y Valdés, 2000.

Dubiel, Helmut, et ál. *La cuestión democrática*. Madrid: Huerga y Fierro, 1997.

Dugas, John, ed. *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?* Bogotá: Universidad de Los Andes, 1993.

Durand, Gilbert. *L'imagination symbolique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

Durkheim, Emile. *Las reglas del método sociológico.* Bogotá: Ediciones Bogotá, 1979.

_____**.** *Montesquieu y Rousseau.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1990.

Dussel, Enrique. "Criterios generales y periodificación de una historia de la Iglesia en América Latina". *Cristianismo y Sociedad* 82 (1984): 7-23.

Dworkin, Ronald. Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 1977.

_____**.** La filosofía del derecho. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1980.

_____**.** Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984.

_____**.** "L´impact de la théorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit". En Individu et Justice Sociale, 37-53. Paris: Editions du Seuil, 1988.

_____**.** El imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa, 1992.

_____**.** Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: Paidós, 1993.

_____**.** La comunidad liberal. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1996.

Elster, Jon. *El cemento de la sociedad: las paradojas del orden social.* Barcelona: Gedisa, 1997.

Ely, John Hart. *Democracia y desconfianza.* Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.

Engels, Friedrich. *Dialéctica de la naturaleza.* México D.F.: Grijalbo, 1961.

Estévez Araujo, José Antonio. *La constitución como proceso y la desobediencia civil.* Madrid: Trotta, 1994.

Fernández, Beatriz. *La utopía de la aventura americana.* Barcelona: Anthropos, 1994.

Fernández, Eusebio. "Réplica a Adela Cortina". En *Anuario de filosofía del derecho.* Madrid: Nueva Época, 1989.

Fernández, Eusebio. *La obediencia al derecho.* Madrid: Civitas, 1987.

_____. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1991.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

Ferrara, Alessandro. "Sobre el concepto de comunidad liberal". *Revista de Filosofía Política* 3 (1994): 122-142.

Ferry, Luc y Alain Renaut. *Philosophie politique.* 3 vols. Paris: PUF, 1984.

Feyerabend, Paul. *Adiós a la razón*. Barcelona: Altaya, 1995.

Findlay, John Niemeyer. *Reexamen de Hegel.* Barcelona: Grijalbo, 1969.

Fiss, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. México D.F.: Siglo XXI, 1976.

_____. *Las palabras y las cosas*. México D.F.: Siglo XXI, 1979.

_____. *Historia de la sexualidad.* T. I. México D.F.: Siglo XXI, 1984.

Fraser, Nancy. *Iustitia interrupta*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.

Gadamer, Hans-George. *Verdad y método.* Salamanca: Sígueme, 1984.

Galván Benítez, Fernando. *La manipulación de la seguridad nacional como pretexto del gobierno federal norteamericano para anular las libertades individuales.* México D.F.: Universidad de las Américas Puebla, 2006.

García Amado, Juan. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

García Canclini, Néstor. *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. México D.F.: Grijalbo, 1989.

García Villegas, Mauricio, dir. *Justicia constitucional y acción de tutela.* Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996.

García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1993.

_____**.** "La incidencia social de la Constitución". *Revista de Derecho Público* 4 (1993): 9-29.

García Villegas, Mauricio y Rodrigo Uprimny. *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2004.

Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.

_____**.** *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999.

Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta, eds. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 1996.

Gauthier, David. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal.* Barcelona: Paidós, 1998.

_____**.** *La moral por acuerdo*. Barcelona: Gedisa, 1994.

Gaviria, Carlos. *Temas de introducción al derecho*. Medellín: Señal Editora, 1994.

Gerard, Philippe. *Droit et démocratie: réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1995.

Ghiradi, Olsen. *Hermenéutica del saber*. Madrid: Gredos, 1979.

Giddens, Anthony. *La tercera vía*. Madrid: Taurus, 1999.

Giménez Alcover, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch Editor, 1993.

_____**.** "La observación sociológica del derecho". En *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.

Girola, Lidia. *Anomia e individualismo*. Barcelona: Anthropos, 2005.

Goldmann, Lucien. *Las ciencias humanas y la filosofía.* Buenos Aires: Nueva Visión, 1978.

_____**.** *Marxismo y ciencias humanas.* Buenos Aires: Amorrortu, 1975.

Gómez Isa, Felipe. *El derecho a la memoria*. Bilbao: Alberdania, 2006.

Gómez, María Mercedes. "El feminismo: ante todo un *locus* para la sospecha". En Ética y conflicto, editado por Cristina Motta, 337-355. Bogotá: Universidad de Los Andes / Tercer Mundo, 1995.

González Vicén, Felipe. "La obediencia al derecho: una anticrítica". *Sistema* 65 (1985): 101-105.

_____**.** "Obediencia y desobediencia al derecho. Unas últimas reflexiones". *Sistema* 88 (1989): 105-109.

_____**.** *De Kant a Marx.* Valencia: Fernando Torres Editor, 1984.

_____**.** *Estudios de filosofía del derecho.* España: Universidad de La Laguna, 1979.

Gramsci, Antonio. *La formación de los intelectuales*. México D.F.: Grijalbo, 1967.

Greiff, Pablo de. "MacIntyre: narrativa y tradición". *Sistema*, separata (1989): 99-116.

Guardiola, Óscar y Diego López. *La otra guerra: el derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz*. Bogotá: Plaza & Janés, 2000.

Guisán Seijas, Esperanza. "Razones morales para obedecer al derecho". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 28 (1988): 131-154.

Teubner, Gunther, et ál. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

_____**, et ál.** *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2010.

Gutmann, Amy y Dennis Thompson. *Democracy and Disagreement*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Häberle, Peter. *Constitución como cultura*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Habermas, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío.* Buenos Aires: Amorrortu, 1975.

_____**.** *Conocimiento e interés.* Madrid: Taurus, 1982.

_____**.** *Sobre Nietzsche y otros ensayos*. Madrid: Tecnos, 1982.

_____**.***Ciencia y técnica como ideología*. Madrid: Tecnos, 1984.

_____**.** *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1989.

_____**.** *Teoría de la acción comunicativa.* T. I. Buenos Aires: Taurus, 1989.

_____**.** *Pensamiento postmetafísico*. Madrid: Taurus, 1990.

_____**.** *Teoría de la acción comunicativa*. T. II. Buenos Aires: Taurus, 1990.

_____**.** "La soberanía popular como procedimiento". *Foro por Colombia* 12 (1990): 47-57.

_____**.** *Conciencia moral y acción comunicativa.* Barcelona: Península, 1991.

_____**.** *Escritos sobre moralidad y eticidad.* Barcelona: Paidós, 1991.

_____**.** *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid: Taurus, 1992.

_____**.** *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos, 1996.

_____**.** *Facticidad y validez.* Madrid: Trotta, 1998.

_____**.** *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 1988.

_____**.** *Más allá del Estado nacional*. Madrid: Trotta, 1998.

Habermas, Jürgen y John Rawls. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1998.

Habermas, Jürgen y Joseph Ratzinger. *Entre razón y religión*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008.

Haro Tecglen, Eduardo. "A los veinte años de su muerte: el senador McCarthy y su tiempo". *Tiempo de Historia* 30 (1977): 68-83.

_____**.** Prólogo a *El caso Oppenheimer* de Heinar Kipphardt. Barcelona: Ayma, 1966.

Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

_____**.** *The Concept of Law.* Oxford: Clarendon Press, 1994.

Hart, H. L. A. y Ronald Dworkin. *La decisión judicial.* Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.

Harvey, David. *La condición de la Modernidad.* Buenos Aires: Amorrortu, 1998.

Hayek, Friedrich. *Droit, législation et liberté.* Paris: PUF, 1995.

Hegel, G. W. F. *Fenomenología del espíritu*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1966.

_____**.** *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Claridad, 1968.

_____**.** Introducción general a *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Madrid: Revista de Occidente, 1974.

_____**.***Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. México D.F.: Porrúa, 1977.

_____**.** *Escritos de juventud.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1978.

Heidegger, Martin. *Ser y tiempo*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1980.

Heller, Ágnes. *Políticas de la postmodernidad.* Barcelona: Península, 1989.

_____**.** *Más allá de la justicia.* Barcelona: Crítica, 1990.

_____**.** *Sociología de la vida cotidiana*. Barcelona: Península, 1994.

Henao, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano.* Bogotá: Temis, 1994.

Herman, Barbara. Prólogo a *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral* de John Rawls. Barcelona: Paidós, 2001.

Hernández Marín, Rafael. *Historia de la filosofía del derecho contemporánea.* Madrid: Tecnos, 1989.

Herrera, Francisco. *La filosofía del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1994.

Hierro, Liborio. "Realismo jurídico". En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 77-86. Madrid: Trotta, 1996.

Hobbes, Thomas. *Leviathan.* London: Penguin Classics, 1985.

Hoerster, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 1992.

Höffe, Otfried. "Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne?". En *Individué et justice sociale*. Paris: Éditions Du Seuil, 1988.

Hokheimer, Max y Theodor Adorno. *Dialéctica de la Ilustración.* Madrid: Trotta, 1998.

Honneth, Axel. *La lucha por el reconocimiento.* Barcelona: Crítica, 1997.

_____**.** *La sociedad del desprecio*. París: La Decouverte, 2006.

_____**.** *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento.* Buenos Aires: Katz, 2007.

Horkheimer, Max. *Teoría crítica.* Buenos Aires: Amorrortu, 1974.

_____**.** *Autoridad y familia.* Barcelona: Paidós, 2001.

_____**.** *Crítica de la razón instrumental*. Madrid: Trotta, 2002.

Hoyos Vásquez, Guillermo. "Jürgen Habermas, filósofo de la Modernidad". *Humanidades. Revista de la Universidad Industrial de Santander* 22, n.° 1 (1993): 67-75.

_____**.** *Derechos Humanos, ética y moral.* Bogotá: Viva la Ciudadanía, 1994.

_____. "Ética discursiva, derecho y democracia". En Ética y conflicto, editado por Cristina Mota. Bogotá: Tercer Mundo / Universidad de Los Andes, 1995.

_____. "Medio siglo de filosofía moderna en Colombia". *Revista de Estudios Sociales* 3 (1999): 43-58.

Hoyos Vásquez, Guillermo y Germán Vargas Guillén. *La teoría de la acción comunicativa como nuevo paradigma de investigación de las ciencias sociales*. Bogotá: Icfes, 1997.

Izuzquiza, Ignacio. *La sociedad sin hombres.* Barcelona: Anthropos, 1990.

Jaramillo, Isabel Cristina. *La crítica de los derechos*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2003.

Jaramillo, Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Temis, 1982.

Jaramillo Vélez, Rubén. *Presentación de la teoría crítica de la sociedad.* Bogotá: Argumentos, 1982.

_____. *Colombia: la modernidad postergada*. Bogotá: Temis-Argumentos, 1994.

Jay, Martín. *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*. Madrid: Taurus, 1974.

Kant, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. Berlin: Real Academia Prusiana de Ciencias, 1907.

_____. *Filosofía de la historia*. Buenos Aires: Nova, 1964.

_____. *Crítica de la razón pura*. México D.F.: Porrúa, 1973.

_____. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* México D.F.: Porrúa, 1986.

_____. *La metafísica de las costumbres*. Bogotá: REI, 1989.

Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

Kaufmann, Arthur y Winfried Hassemer, eds. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992.

Kaufmann, Walter. *Hegel.* Madrid: Alianza, 1979.

Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory.* Oxford: Clarendon Press, 1992.

_____**.** *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

_____**.** ¿*Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.

_____**.** "El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica". En *Teoría pura del derecho*, 201-232. México D.F.: Porrúa, 1997.

Kennedy, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

Kern, Lucian y Hans Peter Müller. *La justicia: ¿discurso o mercado?* Barcelona: Gedisa, 1992.

_____**.** *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

Kofler, Leo. *Historia y dialéctica.* Buenos Aires: Amorrortu, 1974.

Koller, Peter. "Las teorías del contrato social como modelos de justificación de las instituciones políticas". En La justicia: ¿discurso o mercado?, editado por Lucian Kern, 21-65. Gedisa: Barcelona, 1992. Konstantinov, F. V. Fundamentos de filosofía marxista. México D.F.: Grijalbo, 1965.

Korsch, Karl. *Marxismo y filosofía.* México D.F.: Era, 1971.

Küng, Hans. *Teología para la posmodernidad*. Madrid: Alianza, 1989.

Kukathas, Chandran y Philip Pettit. *Rawls,* A Theory of Justice *and its Critics*. Stanford: Stanford University Press, 1990.

Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Kymlicka, Will. *Liberalism, Community and Culture.* Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____**.** *Multicultural Citizenship.* Oxford: Oxford University Press, 1995.

Laclau, Ernesto. *Misticismo, retórica y política.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Lefebvre, Henri. *Hegel, Marx y Nietzsche.* México D.F.: Siglo xxi, 1976.

Lenin, Vladimir I. *El Estado y la revolución*. Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1971.

Lenk, Kurt. *El concepto de ideología*. Buenos Aires: Amorrortu, 1975.

Lipovetsky, Gilles. *La era del vacío*. Barcelona: Anagrama, 1998.

_____**.** *Metamorfosis de la cultura liberal*. Barcelona: Anagrama, 2003.

Lledó, Juan Pérez. "Teorías críticas del derecho". En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 87-104. Madrid: Trotta, 1996.

Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil.* Madrid: Alianza, 1990.

López Medina, Diego. *Derecho constitucional: perspectivas críticas. Ensayos, líneas jurisprudenciales, balance estadístico*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1999.

Lowen, Alexander. *Love and Orgasm.* New York: Collier Book, 1965.

_____**.** *Narcissism: Denial of the True Self.* New York: Collier Books, 1985.

_____**.** *El lenguaje del cuerpo.* Barcelona: Herder, 1995.

Luhmann, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1974.

Luhmann, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 1982.

_____**.** *A Sociological Theory of Law.* London: Routledge & Kegan Paul, 1985.

_____**.** *Sociedad y sistema*. Barcelona: Paidós, 1990.

_____**.** *Teoría política en el Estado de bienestar.* Madrid: Alianza, 1994.

_____**.** *Observaciones de la Modernidad.* Barcelona: Paidós, 1997.

_____**.** *Complejidad y Modernidad.* Madrid: Trotta, 1998.

_____**.** *Politique et complexité*. Paris: Cerf, 1999.

_____**.** *El derecho de la sociedad*. México D.F.: Herder, 2005.

Lukács, Georg. *Historia y conciencia de clase.* Barcelona: Grijalbo, 1975.

_____**.** *El joven Hegel.* Barcelona: Grijalbo, 1976.

_____**.** *El asalto a la razón*. Barcelona: Grijalbo, 1976.

Lyotard, Jean- François. *La condición postmoderna*. México D.F.: REI, 1993.

Maceiras Fafián, Manuel y Julio Trebolle Barrera. *La hermenéutica contemporánea.* Bogotá: Cincel, 1990.

MacIntyre, Alasdair. *After Virtue.* London: Duckworth, 1981.

_____**.** *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.

_____**.** *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988.

_____**.** *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos.* Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2001.

Mackinnon, Catherine y Richard Posner. *Derecho y pornografía*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.

Macpherson, Crawford B. Introduction a *Leviathan* de Thomas Hobbes. London: Penguins Classics, 1985.

Madison, Gary B. *The Hermeneutics of Postmodernity.* Bloomington: Indiana University Press, 1988.

Mansilla, H. C. F. *Introducción a la teoría crítica de la sociedad*. Barcelona: Seix Barral, 1970.

Marcuse, Herbert. *Razón y revolución.* Madrid: Alianza, 1976.

_____**.** *El hombre unidimensional*. Barcelona: Ariel, 1981.

_____**.** *Eros y civilización*. Barcelona: Ariel, 1981.

Mardones, José María. *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos, 1991.

Marechal, Joseph. *El punto de partida de la metafísica: la crítica de Kant*. Madrid: Gredos, 1958.

Marino, Adrian. *L'herméneutique de Mircea Eliade.* Paris: Gallimard, 1981.

Martí, Analía. "Movimiento por los derechos civiles e institucionalización del conflicto", en *Huellas imperiales. Historia de los Estados Unidos de América: de la crisis de acumulación a la globalización capitalista, 1929-2000*, editado por Pablo Pozzi y Fabio G. Nigra. Buenos Aires: Imago Mundi, 2003.

Martin Lipset, Seymour. *El excepcionalismo norteamericano. Una espada de dos filos.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Martínez García, Jesús. *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate, 1992.

Martínez, Jesús. *La teoría de la justicia en John Rawls.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Marx, Karl. *Fondements de la critique de l'économie politique.* Paris: Anthropos, 1970.

_____. "Prólogo de la *Contribución a la crítica de la economía política*". En *Obras escogidas*. Moscú: Progreso, 1973.

_____. "Contribución a la crítica de la *Filosofía del derecho* de Hegel". En *Textos.* Bogotá: Eris, 1978.

Marx, Karl y Friedrich Engels. *Obras escogidas.* Moscú: Progreso, 1973.

McCarthy, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Madrid: Tecnos, 1987.

Mejía Quintana, Óscar. *El humanismo crítico latinoamericano*. Bogotá: M&T Editores, 1993.

_____. "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls". En *El derecho de los pueblos* de John Rawls. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996.

_____. *Congreso y democracia en los países del Área Andina*. Bogotá: Universidad de Los Andes / Organización de Estados Americanos, 1997.

_____. *Justicia y democracia consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.

_____. "La teoría del derecho y la democracia en J. Habermas". *Ideas y Valores* 103 (1997): 32-52.

_____. *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 1998.

_____. "Elementos de un paradigma consensual-discursivo del derecho en Colombia y la Región Andina". En *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa.* Bogotá: Temis, 1998.

_____. "Autopoiesis, legitimidad funcional y democracia sistémica". *Ideas y Valores* 113 (2000): 45-70.

_____. "La desobediencia civil en la teoría de Rawls". En *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

_____. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación*

constitucional de la desobediencia civil. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

_____. "Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa". En *Republicanismo contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*. Compilado por Andrés Hernández, 103-150. Bogotá: Siglo del Hombre, 2002.

_____. "La desobediencia civil: un concepto problemático". *Revista de Estudios Sociales* 14 (2003): 76-87.

_____. *Legitimidad, validez y eficacia. Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

_____. *La ciencia política: historia, enfoques, proyecciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004.

_____. *Democracia y filosofía de la historia en América Latina*. Bogotá: Ediciones Jurídicas, 2005.

_____. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 2005.

_____. *Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

_____. "El estatuto epistemológico de la teoría política: problemática, reconstrucción y competencia". *Ciencia Política* 1 (2006): 30-57.

_____. "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho". *Humanitas* 33 (2006): 171-206.

_____. "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación". En *Filosofía del derecho y filosofía social*, compilado por Numas Gil, 195-268. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

_____. *Cultura política, sociedad global y alienación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2008.

_____. *Alienación, individuación e ideología*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

_____. *Hacia una definición del estatuto epistemológico de la cultura política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

_____. "La desobediencia civil revisitada". *Revista Co-herencia* 10 (2009): 44-78.

_____. *Sociedades complejas, modernidades y globalización*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

_____. *Teoría crítica de los medios de comunicación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

_____. "Cultura política mafiosa en Colombia". *Concordia. Revista Internacional de Filosofía* 59 (2010): 22-42.

_____. "De la razón filosófica a la sociología reconstructiva. El pensamiento de Jürgen Habermas en clave sociológica". *Sin Fundamento* 11 (2010): 23-45.

_____. "Modelos alternativos de democracia deliberativa". *Revista Co-herencia* 7, n.° 12 (2010): 43-79.

_____. "Democracia constitucional autoritaria". *Filosofía y Ética* 25 (2011): 30-76.

_____. *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2011.

_____. *Derecho, alienación e ideología*. Bogotá: Ibáñez, 2012.

_____. ¿Estado y cultura mafiosa en Colombia? Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010.

_____. *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. Bogotá: Ibáñez, 2010.

Mejía Quintana, Óscar y Arlene Tickner. *Cultura y democracia en América Latina*. Bogotá: M&T Editores, 1992.

Mejía Quintana, Óscar y Lina Mápura. "Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana". *Pensamiento Jurídico* 24 (2009): 131-154.

Mejía Quintana, Óscar y Maritza Formisano Prada. "Hacia una asamblea constitucional como instrumento de democratización y herramienta de paz en Colombia". *Revista de Estudios Sociales* 1 (1998).

Mejía Quintana, Óscar, et ál. *El postestructuralismo en la filosofía política francesa contemporánea*. Bogotá: Unibiblos, 2004.

Mesa, Darío, ed. *Estado-derecho-sociedad*: *seminario sobre la filosofía del derecho de Hegel*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993.

Mesure, Sylvie y Alain Renaut. *Les critiques de la modernité politique.* Paris: Calmann-Lévy, 1999.

_____**.** *Historie de la philosophie politique.* Paris: CalmanLevy, 2000.

Miaille, Michel. *Une introduction critique au droit*. Paris: Maspero, 1975.

Michelfelder, Diane y Richard Palmer. *Dialogue and Deconstruction.* Albany: State University of New York Press, 1989.

Michelman, Frank. "Between Facts and Norms". *The Journal of Philosophy* XCIII, n.° 6 (1996): 307-315.

_____**.** "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument". *Florida Law Review* 41 (1998): 307-315.

Montaña Cuéllar, Diego. *Colombia social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Moore, George Edward. *Principia Ethica.* Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988.

Morales Setién de Ravina, Carlos. "Elementos sustantivos y reflexivos en el derecho moderno". En *La fuerza del derecho* de Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes / Instituto Pensar, 2000.

Motta, Cristina, ed. *Ética y conflicto*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1995.

Mouffe, Chantal, ed. *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community.* Londres: Verso, 1992.

Mueller-Vollmer, Kurt. *The Hermeneutics Reader.* New York: The Continuum Company, 1988.

Muguerza Carpintier, Javier. "La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia". *Sistema* 70 (1986): 27-40.

_____**.** "Sobre el exceso de obediencia y otros excesos". *Doxa* 4 (1987): 343-347.

_____**.** *El fundamento de los derechos humanos.* Madrid: Debate, 1989.

Mulhall, Stephen y Adam Swift. *Liberals & Communitarians.* Oxford: Blackwell, 1992.

Múnera Ruiz, Leopoldo. *Rupturas y continuidades*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Muñoz, Blanca. *Modelos culturales. Teoría sociopolítica de la cultura.* Barcelona: Anthropos, 2005.

_____**.** *Theodor Adorno: teoría crítica y cultura de masas.* Madrid: Fundamentos, 2000.

Naranjo Villegas, Abel. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 1992.

Negri, Antoni. *El poder constituyente*. Madrid: Prodhufi, 1994.

Nevis, Alan y Henry Steele Commager. *Breve historia de los Estados Unidos.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Nieto, Eduardo. *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*. Medellín: Universidad Bolivariana, 1941.

_____**.** "El derecho como sistema social". *Revista No Hay Derecho* 11 (1994): 29-33.

_____**.** *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1998.

Nino, Carlos Santiago. *El constructivismo ético.* Madrid: Centro de Estudios Internacionales, 1989.

_____. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

Noguera, Rodrigo. *Derecho natural*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1992.

Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988.

Oñate Méndez, Alfonso. "El sur de los Estados Unidos: desde la esclavitud hasta la lucha por los derechos civiles (un crítico repaso histórico)". *Trocadero* 16 (2004): 284-298.

Ormiston, Gayle y Alan Schrift. *The Hermeneutic Tradition*. Albany: State University of New York Press, 1990.

Osuna, Néstor. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

Outhwaite, William. *Habermas: A Critical Introduction*. Stanford: Stanford University Press, 1994.

Palacio C., Germán. *Globalización, Estado y narcotráfico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Palmier, Jean Michel. *Hegel. Ensayo sobre la formación del sistema hegeliano*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1977.

Páramo, Juan Ramón de. "Comentario al libro *La obediencia al derecho* de E. Fernández". *Anuario de Derechos Humanos* 5 (1988-1989): 28-43.

_____. "Obediencia al derecho: revisión de una polémica". *Isegoría* 2 (1990): 153-161.

Parkinson, G. H. R., *ed. Georg Lukács: el hombre, su obra, sus ideas*. Barcelona: Grijalbo, 1973.

Parsons, Talcott. *El sistema social*. Madrid: Alianza, 1984.

Pashukanis, Eugeni. "Finalidad de la teoría general del derecho". En *Teoría general del derecho y marxismo*, 37-51. Barcelona: Labor, 1976.

_____. *Teoría general del derecho y marxismo*. Barcelona: Labor, 1976.

Peces-Barba, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Perry, Michael J. *Morality, Politics and Law.* Oxford: Oxford University Press, 1998.

Pettit, Philip. *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno.* Barcelona: Paidós, 2000.

Piaget, Jean. *Seis estudios sobre psicología.* Barcelona: Seix Barral, 1975.

Pocock, J. G. A. *The Machiavellian Moment.* Princenton: Princeton University Press, 1975.

Poulain, Jacques. *Qu'est-ce que la justice?* Saint Denis: Presses Universitaires de Vincennes, 1996.

Poulantzas, Nicos. *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista.* México D.F.: Siglo xxi, 1976.

Prieto, Evaristo. "El *ethos* del procedimentalismo democrático". En *Acción comunicativa e identidad política* de Jürgen Habermas, 440-467. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

Prior Olmos, Ángel. *Nuevos métodos en ciencias humanas.* Barcelona: Anthropos, 2002.

Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.

Ramos, José Antonio. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*. Madrid: Tecnos, 1989.

Raulet, Gèrard. *La filosofía alemana después de 1945*. Valencia: Universitat de València, 2009.

Rawls, John. "Social Unity and Primary Goods". En *Utilitarianism and Beyond*, editado por Amartya Sen y Bernard Williams. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

_____**.** "Justice as Fairness: Political not Metaphysical". *Philosophy and Publics Affairs* 14, n.° 3 (1985): 223-251.

_____. "El constructivismo kantiano en teoría moral". En *Justicia como equidad*. Madrid: Tecnos, 1986.

_____. *Justicia como equidad*. Madrid: Tecnos, 1986.

_____. "La théorie de la justice como équité: une théorie politique et non pas métaphysique". En *Individué et justice sociale*, editado por Otfried Höffe et ál. Paris: Du Seuil, 1988.

_____. "Themes in Kant's Moral Philosophy". En *Kant's Trascendental Deductions: The Three Critiques and the Opus Postumun*, editado por Eckart Förster. Stanford: Stanford University Press, 1989.

_____. *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós, 1990.

_____. "The Law of Peoples". En *On Human Rights*, editado por Stephen Shute y Susan Hurley. New York: Basic Books, 1993.

_____. "La idea de razón pública". *Isegoría* 9 (1994): 5-40.

_____. *A Theory of Justice.* Cambridge, Harvard University Press, 1971. En español: *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.

_____. *Teoría de la justicia.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.

_____. *El derecho de los pueblos.* Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996.

_____. *Political Liberalism.* [LP] New York: Columbia University Press, 1993. En español: *Liberalismo político.* Barcelona: Crítica, 1996.

_____. *Collected Papers.* Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *El derecho de gentes*. Barcelona: Paidós, 2001.

_____. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Barcelona: Paidós, 2001.

_____. *Justicia como equidad: una reformulación.* Barcelona: Paidós, 2002.

_____. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Barcelona: Paidós, 2009.

Reale, Giovanni y Dario Antiseri. *Historia del pensamiento filosófico y científico*. T. III. Barcelona: Herder, 1988.

Reich, Norbert. *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*. Bogotá: Temis, 1984.

Reich, Wilhelm. *La función del orgasmo*. Bogotá: Editores Asociados, 1977.

_____**.** *El análisis del carácter*. Buenos Aires: Paidós, 1978.

Rengifo, Mauricio. "Aspectos iusfilosóficos de las fuentes del derecho". *Temas Jurídicos* 7 (1995): 25-43.

Ricoeur, Paul. *Corrientes de investigación en las ciencias sociales (filosofía)*. Madrid: Tecnos / Unesco, 1982.

Ricoeur, Paul. *Le conflit des interprétations.* Paris: Éditions du Seuil, 1969.

_____**.** *Hermenéutica y acción*. Buenos Aires: Docencia, 1985.

_____**.** *Ideología y utopía*. Barcelona: Gedisa, 1986.

Rivas, José Antonio y Óscar Mejía Quintana. "Consenso y opinión pública o regla de mayoría". *Pensamiento Jurídico* 8 (1998): 22-43.

Robles, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1993.

Rodríguez, César. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.

_____**.** "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces". En *Libertad y restricción en la decisión judicial* de Duncan Kennedy, 17-86. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes / Instituto Pensar, 1999.

Rodríguez V., Andrés. "Unidad y validez de los sistemas jurídicos: problemas de las diversas teorías sobre la norma básica". Tesis de grado. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

Romero, José Manuel. *Hacia una hermenéutica dialéctica.* Madrid: Síntesis, 2005.

Rorty, Richard. *Contingencia, ironía y solidaridad*. Barcelona: Paidós, 1996.

Rosenfeld, Michel. "Law as Discourse: Bridging the Gap Between Democracy and Right". *Harvard Law Review* 108 (1995): 1163-1189.

Rosenfeld, Michel y Andrew Arato. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges.* Berkeley: University of California Press, 1998.

Rousseau, Jean Jacques. *Del contrato social.* Madrid: Alianza, 1992.

Rubio Angulo, Jaime. "El proyecto hermenéutico de Hans-Georg Gadamer". *Cuadernos de Filosofía* 1-2 (1973): 23-41.

Rubio Carracedo, José. *Paradigmas de la política*. Barcelona: Anthropos, 1990.

Rusconi Gian, Enrico. *Teoría crítica de la sociedad*. Barcelona: Martínez Roca, 1969.

Gavison, Ruth. "Comment". En *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, editado por Ruth Gavison. Oxford: Clarendon Press, 1987.

Sáez Rueda, Luis. *Movimientos filosóficos actuales*. Madrid: Trotta, 2001.

Sánchez Botero, Esther. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Sánchez, Ricardo. *Política y Constitución.* Bogotá: Universidad Central, 1998.

Sandel, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice.* Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

_____**.** *Democracy's Discontent*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Schaff, Adam. *La alienación como fenómeno social*. Barcelona: Crítica, 1979.

Schmidt, Johannes. "La *original position* y el equilibrio reflexivo". En *La justicia: ¿discurso o mercado?*, editado por Lucian Kern, 82-115. Gedisa: Barcelona, 1992.

Schmitt, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Madrid: Tecnos, 1996.

Schuster, Federico. *Filosofía y métodos de las ciencias sociales.* Buenos Aires: Manantial, 2002.

Searle, John. *Speech Acts.* London: London University Press, 1969.

Sen, Amartya y Bernard Williams, eds. *Utilitarianism and Beyond.* Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Serrano Gómez, Enrique. *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*. Barcelona: Anthropos, 1994.

Serreau, René. *Hegel y el hegelianismo*. Buenos Aires: Eudeba, 1972.

Sidgwick, Henry. *The Methods of Ethics.* Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1981.

Sierra, Rubén. "Temas y corrientes de la filosofía colombiana en el siglo xx". En *Ensayos filosóficos*, 91-126. Bogotá: Colcultura, 1978.

Silva Romero, Marcel. *Flujos y reflujos. Reseña histórica sobre la autonomía del sindicalismo colombiano.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Skinner, Quentin. *Machiavelli and Republicanism.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____**.** *Liberty before Liberalism.* Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____**.** "The Italian City Republics". En *Democracy: The Unfinished Journey*, compilado por John Dunn, 64-69. Oxford: Oxford University Press, 1992.

Smart, J. J. C. y Bernard Williams. *Utilitarianism: For & Against.* Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

Soriano, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997.

Sousa Santos, Boaventura de. *Conflicto y contexto.* Bogotá: Tercer Mundo, 1997.

_____**.** *Epistemología del sur*. México D.F.: Siglo xxi, 2009.

_____. *La globalización del derecho.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Sousa Santos, Boaventura de y Mauricio García Villegas, eds. *Emancipación social y violencia en Colombia.* Bogotá: Norma, 2004.

Stuart Mill, John. *Utilitarianism.* Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1979.

Sunstein, Cass R. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Szilasi, Wilhelm. *Introducción a la fenomenología de Husserl.* Buenos Aires: Amorrortu, 1973.

Tanzi, Héctor J. *Orígenes ideológicos del movimiento emancipador americano*. Caracas: Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1979.

Taylor, Charles. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós, 1994.

_____. *Sources of the Self.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

Teubner, Gunther. *Le droit: un système auto poïétique*. Paris: PUF, 1993.

Thiebaut, Carlos. "Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral". *Revista de Filosofía Política* 3 (1994): 167-175.

Tindall, George B. y David E. Shi. *Historia de los Estados Unidos*. T. II. Bogotá: Tercer Mundo, 1995.

Tobón Sanín, Gilberto. *Carácter ideológico de la filosofía del derecho*. Medellín: Señal Editora, 1998.

Trazegnies, Fernando de. *Postmodernidad y derecho*. Bogotá: Temis, 1993.

Treves, Renato. *La sociología del derecho*. Madrid: Arie1, 1988.

Unger, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement.* Cambridge: Harvard University Press, 1983.

Van Parijs, Philippe. *Sauver la solidarité*. Paris: Cerf, 1996.

Vattimo, Gianni. *Hermenéutica y racionalidad*. Bogotá: Norma, 1994.

Velasco, Juan Carlos. "Tomarse en serio la desobediencia civil". *Revista Internacional de Filosofía Política* 7 (1996): 179-184.

_____**.** *La teoría discursiva del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

_____**.** "Identidad colectiva y patriotismo constitucional". En *Para leer a Habermas*, 127-148. Madrid: Alianza, 2003.

Villacañas, José Luis. *Historia de la filosofía contemporánea.* Madrid: Akal, 2001.

Villar Borda, Luis. Ética derecho y democracia. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 1994.

_____**.** *Kelsen en Colombia*. Bogotá: Temis, 1991.

_____**.** Introducción a *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____**.** *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Walter, Robert. *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

Walzer, Michael. *Spheres of Justice.* New York: Basic Books, 1983.

Warner, Michael. *Publics and Counterpublics.* Boston: Zone Books, 2002.

Weber, Max. *Economía y sociedad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987.

Wellmer, Albrecht. Ética y diálogo. Barcelona: Anthropos, 1994.

_____**.** *Finales de partida: la modernidad irreconciliable.* Madrid: Cátedra, 1996.

Wendell Holmes, Oliver. *La senda del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

West, Robin. *Teoría del derecho y género*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Universidad de Los Andes / Instituto Pensar, 2000.

White, Stephen, ed. *The Cambridge Companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Young, Iris. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil.* Madrid: Trotta, 1995.

Zea, Leopoldo. *América en la historia*. Madrid: Revista de Occidente, 1970.

_____**.** *Filosofía de la historia americana*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1978.

Ziliani, Estefanía. "La acción afirmativa en el derecho norteamericano". *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* V, número especial (2011): 71-80.

Zinn, Howard. *La otra historia de los Estados Unidos*. New York: Cuentos, 2007.

Žižek, Slavoj. *Ideología. Un mapa de la cuestión*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2005.

_____**.** *Violencia en acto*. Buenos Aires: Paidós, 2004.

ÍNDICE DE MATERIAS

A

adjudicación: 23, 33, 76, 101, 376, 379, 381, 383, 384, 410, 411, 412, 413, 416, 422, 425, 432, 460, 461, 479.
-constitucional: 23, 33, 376, 379, 381, 410, 411, 412, 416, 422, 425, 432, 479.
-judicial: 101.
alienación: 24, 25, 34, 73, 100, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 135, 136, 137, 142, 154, 157, 158, 159, 162, 163, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 195, 202, 203, 204, 205, 290, 291, 309, 354.
ámbito jurídico: 24, 30, 68, 95, 99, 172.
anomia: 120, 163.
antihumanismo: 184.
argumentación jurídica: 32, 42, 44, 89, 330, 390, 391, 396, 408.
aristocracia: 331.
autonomía: 29, 46, 51, 66, 78, 86, 103, 104, 114, 167, 238, 270, 275, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 297, 300, 309, 318, 323, 327, 337, 339, 346, 347, 348, 385, 402, 403, 404, 411, 418, 419, 423, 439, 466, 469, 476, 477, 478, 479.
-racional: 277, 278, 279, 297.
antropocentrismo: 28.

B

balanceo: 76, 381, 384, 385, 389, 425.
-de los principios: 385, 389.
bienes sociales primarios: 264, 265, 267, 273, 275, 318, 324, 329, 332, 336, 337, 348, 349, 433.
bien público: 340.
biopolítica: 139.
burocracia(s): 47, 418.

C

capital: 28, 49, 167, 319.
capitalismo: 29, 30, 31, 33, 49, 87, 100, 101, 102, 111, 112, 115, 116, 117, 118, 120, 122, 124, 125, 126, 130, 136, 154, 158, 159, 160, 164, 168, 170, 173, 174, 181, 290, 354, 355, 356, 358, 361, 362, 365, 370, 371, 376, 422, 424, 432, 438, 454, 455, 456.
capitalista(s): 30, 31, 35, 47, 51, 52, 56, 88, 99, 101, 113, 117, 127, 132, 140, 141, 143, 152, 158, 159, 160, 167,

170, 171, 172, 181, 204, 253, 356, 357, 359, 360, 361, 363, 364, 366, 367, 370, 422, 454, 455, 456.
castigo: 244.
ciencias sociales: 25, 63, 64, 73, 74, 177, 178, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 200, 213, 218, 358, 379, 465.
ciudadanía: 23, 48, 49, 52, 57, 58, 59, 60, 61, 69, 98, 103, 104, 229, 241, 252, 255, 267, 268, 269, 280, 281, 286, 296, 297, 305, 306, 307, 314, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 396, 399, 402, 403, 404, 411, 419, 420, 427, 435, 436, 448, 449, 457, 471, 472, 475, 476, 477, 478, 479.
ciudadano(s): 54, 80, 104, 124, 163, 238, 242, 244, 246, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 257, 265, 266, 270, 274, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 285, 287, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 310, 313, 315, 317, 318, 322, 323, 329, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 343, 346, 347, 348, 371, 399, 403, 411, 417, 419, 431, 432, 434, 435, 440, 448, 449, 464, 476, 477, 478.
colonia: 35, 38, 39, 49.
comunitarismo: 52, 130, 144, 271, 286, 296, 297, 299, 301, 306, 391, 440.
concepto(s): 23, 31, 32, 33, 42, 44, 46, 47, 50, 56, 61, 62, 68, 69, 70, 72, 73, 76, 78, 80, 83, 86, 89, 91, 95, 96, 106, 109, 112, 113, 116, 119, 120, 121, 123, 126, 127, 130, 132, 133, 135, 140, 144, 150, 162, 164, 168, 169, 171, 180, 191, 195, 201, 202, 203, 204, 206, 208, 210, 211, 212, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 227, 233, 234, 248, 257, 262, 268, 273, 275, 277, 283, 289, 290, 293, 297, 299, 309, 326, 330, 342, 354, 358, 359, 361, 363, 368, 369, 370, 371, 373, 376, 380, 381, 385, 389, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 399, 401, 404, 406, 411, 412, 415, 416, 420, 423, 424, 425, 430, 432, 437, 439, 440, 441, 443, 451, 452, 460, 462, 465, 467, 470, 479.
confianza: 265, 409.
contrato social: 29, 47, 54, 55, 56, 74, 83, 86, 99, 183, 218, 220, 221, 230, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 264, 270, 271, 287, 297, 314, 322, 223, 338, 339, 346, 399, 473.
contractualismo: 54, 84, 85, 99, 288, 237, 269, 270, 286, 291, 339, 459.
consenso(s): 17, 32, 43, 47, 48, 57, 58, 59, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 77, 86, 89, 97, 98, 104, 130, 136, 137, 174, 177, 202, 228, 232, 235, 237, 238, 259, 261, 264, 268, 270, 274, 276, 281, 285, 286, 287, 288, 295, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 310, 311, 317, 318, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 330, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 345, 346, 348, 349, 359, 360, 361, 367, 373, 374, 376, 382, 383, 389, 390, 393, 399, 401, 402, 405, 406, 419, 431, 432, 433, 434, 436, 441, 445, 448, 469, 470, 471, 472, 473, 475, 476, 477, 478, 481.
-entrecruzado: 59, 97, 276, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 311, 318, 324, 325, 327, 333, 335, 336, 337, 349, 431, 432, 433, 434, 448, 470.
-político: 228, 237, 238, 286, 310, 311,

382, 390, 401, 448, 469, 470, 473.
constitución: 20, 32, 37, 43, 45, 46, 47, 50, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 78, 80, 191, 197, 208, 234, 246, 249, 252, 269, 302, 305, 306, 308, 334, 338, 340, 341, 342, 349, 374, 384, 388, 394, 396, 409, 410, 411, 417, 418, 420, 423, 429, 431, 435, 436, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 448, 449, 451, 470, 479.
cosificación: 32, 69, 73, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 118, 119, 120, 125, 126, 127, 128, 129, 168, 169, 171, 173, 174, 371, 372.
costumbre(s): 55, 86, 124, 138, 185.
crítica posliberal: 67, 259, 260.

D

decisión(es): 43, 44, 45, 50, 52, 58, 59, 60, 69, 71, 72, 76, 78, 88, 90, 91, 92, 94, 100, 101, 174, 213, 218, 219, 221, 223, 231, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 245, 246, 254, 255, 265, 269, 270, 271, 278, 283, 295, 296, 306, 307, 312, 321, 328, 329, 333, 335, 336, 339, 340, 342, 343, 344, 368, 371, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 387, 388, 390, 391, 396, 397, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 415, 416, 417, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 432, 447, 463, 464, 465, 466, 472, 473, 474, 475, 477, 478, 481.
-judicial: 45, 50, 58, 69, 72, 76, 78, 88, 91, 94, 100, 255, 269, 307, 335, 380, 381, 382, 384, 386, 390, 391, 396, 397, 406, 407, 409, 410, 411, 417, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 432, 447, 465, 472, 473, 474, 475, 481.
deliberación(es): 32, 43, 53, 58, 59, 69, 70, 71, 72, 76, 77, 79, 105, 230, 263, 265, 278, 279, 283, 291, 292, 302, 303, 305, 306, 318, 319, 322, 323, 327, 328, 334, 336, 341, 344, 345, 348, 390, 406, 411, 417, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 446, 447, 448, 449, 475, 478, 480.
-pública: 32, 59, 76, 318, 319, 345, 411, 429, 430, 433, 436, 446, 448, 449.
democracia: 17, 20, 22, 23, 24, 25, 38, 42, 43, 45, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 61, 63, 65, 66, 67, 74, 75, 76, 83, 86, 87, 90, 102, 104, 105, 110, 111, 112, 115, 116, 124, 129, 130, 144, 153, 167, 168, 222, 232, 238, 240, 243, 252, 257, 259, 261, 276, 277, 278, 287, 288, 290, 294, 295, 296, 301, 304, 306, 307, 308, 311, 312, 316, 319, 321, 322, 334, 336, 340, 341, 343, 345, 346, 368, 373, 374, 376, 388, 396, 401, 402, 410, 411, 412, 413, 415, 416, 417, 418, 419, 431, 432, 434, 435, 436, 437, 438, 440, 441, 442, 443, 448, 449, 453, 465, 470, 477, 478, 479, 480.
-como dispositivo simbólico: 76, 437.
-deliberativa: 23, 24, 53, 54, 58, 61, 67, 75, 102, 105, 259, 307, 397, 412, 413, 415, 416, 419, 431, 434, 448, 479, 480.
-liberal: 110, 115, 129, 144, 167, 238, 257, 259, 277, 415.
-participativa: 43, 48, 49, 124, 343.
Derecho(s)
-civil(es): 74, 218, 239, 244, 245, 247, 249, 250, 251, 253, 254, 256, 368, 403, 477.
-como integridad: 32, 76, 94, 386, 387, 388, 473, 474.

-e integración social: 397.
-fundamentales: 42, 43, 44, 45, 55, 57, 58, 59, 61, 77, 105, 110, 111, 115, 129, 130, 167, 170, 173, 174, 229, 242, 254, 314, 391, 396, 402, 403, 408, 409, 410, 440, 475, 476, 477.
-humanos: 20, 42, 44, 55, 87, 90, 226, 237, 238, 260, 276, 311, 313, 314, 315, 316, 317, 396, 457, 462, 469, 477, 478.
-integrador funcional: 368.
-privado: 129, 171, 237, 238, 326, 380, 381, 397, 420, 421, 422, 423, 425.
-racional: 29, 33, 115, 127, 173, 366, 394.
desconfianza: 58, 418, 465.
desobediencia civil: 22, 23, 31, 46, 54, 55, 56, 59, 61, 66, 67, 77, 98, 228, 235, 237, 238, 239, 261, 268, 269, 296, 324, 325, 333, 344, 348, 414, 418, 472, 479.
dictadura(s): 218, 236, 415, 442.
doctrina(s): 28, 32, 38, 40, 43, 53, 66, 74, 140, 145, 184, 188, 218, 226, 237, 239, 240, 242, 243, 246, 253, 271, 278, 282, 283, 284, 287, 298, 299, 300, 302, 305, 306, 308, 316, 335, 336, 340, 341, 347, 349, 388, 415, 432, 435, 458, 459, 461, 466, 475, 480.

E

eficacia: 21, 29, 45, 51, 61, 62, 64, 72, 75, 77, 79, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 96, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 175, 201, 222, 267, 268, 304, 323, 324, 325, 326, 332, 333, 338, 340, 342, 344, 345, 346, 347, 349, 383, 384, 394, 395, 410, 430, 435, 448, 452, 453, 456, 457, 460, 461, 462, 468, 480, 481.
-consensual posjurídica: 345, 346.
enajenación: 63, 111, 112, 116, 126, 128, 134, 154, 168, 169, 174, 311, 371, 447.
equilibrio reflexivo: 219, 257, 261, 269, 270, 297, 304, 324, 325, 338, 339, 340, 349, 434, 472, 473.
estructuralismo: 42, 109, 133, 142, 170, 182, 184, 209, 369, 370.
Estado: 17, 19, 25, 29, 38, 39, 40, 42, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 59, 60, 65, 67, 73, 78, 85, 86, 87, 88, 90, 96, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 110, 112, 114, 115, 116, 120, 128, 129, 135, 136, 139, 140, 141, 145, 146, 148, 161, 165, 167, 168, 172, 186, 204, 218, 219, 220, 22, 232, 233, 234, 235, 237, 240, 241, 242, 244, 247, 252, 255, 260, 267, 272, 273, 274, 275, 287, 291, 292, 294, 297, 299, 315, 317, 322, 324, 332, 338, 342, 343, 344, 345, 348, 349, 356, 358, 361, 362, 363, 368, 370, 372, 376, 383, 397, 398, 401, 405, 406, 411, 414, 415, 416, 417, 422, 423, 424, 426, 438, 442, 443, 444, 445, 454, 455, 475, 477, 478.
-de bienestar: 53, 67, 165, 273, 370, 376, 422, 424.
-social de derecho: 57, 129.
ética: 25, 28, 30, 32, 38, 42, 43, 45, 49, 53, 55, 62, 65, 68, 75, 76, 87, 102, 125, 128, 165, 167, 205, 218, 219, 221, 257, 273, 275, 278, 283, 297, 307, 314, 318, 322, 330, 341, 342, 343, 353, 356, 365, 371, 374, 375, 376, 390, 393, 394, 396, 401, 410, 420, 439, 453, 465, 479.

eticidad democrática: 76, 130, 429, 431, 436, 437, 440, 442, 443, 448.
-postradicional: 76, 436, 437, 439, 440, 441, 444, 445.
exégesis: 30, 88, 188, 195.
exégesis bíblica: 188.

F

fetichismo: 109, 112, 114, 116, 117, 120, 136, 168, 172, 204.
Filosofía: 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 107, 113, 114, 116, 118, 125, 133, 135, 136, 137, 138, 160, 177, 178, 179, 180, 183, 185, 187, 192, 194, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 213, 217, 218, 219, 220, 224, 225, 226, 227, 237, 238, 257, 258, 259, 260, 261, 271, 272, 275, 276, 277, 283, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 297, 304, 307, 309, 310, 311, 319, 322, 324, 329, 348, 353, 354, 355, 356, 376, 377, 379, 382, 385, 386, 388, 389, 392, 399, 426, 429, 430, 431, 439, 445, 446, 447, 448, 449, 453, 463, 465, 469, 470.
-analítica: 42, 44, 47, 74, 75, 217, 224, 225, 322, 324, 355, 356, 385.
-del derecho: 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 34, 36, 41, 42, 44, 47, 52, 52, 55, 56, 64, 66, 67, 69, 70, 73, 77, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 107, 114, 116, 205, 226, 227, 290, 291, 307, 310, 379, 382, 386, 389, 426, 430, 446, 447, 448, 449, 453, 463, 465, 469.
-de la justicia: 20, 21, 85, 97, 103.
-política: 19, 20, 21, 22, 23, 51, 56, 62, 65, 67, 71, 83, 85, 86, 89, 106, 107, 160, 220, 224, 225, 258, 259, 260, 271, 275, 285, 286, 288, 289, 290, 297, 304, 309, 310, 311, 319, 431, 446, 447, 449, 470.
-práctica: 25, 26, 36, 52, 54, 63, 64, 65, 74, 91, 101, 103, 106, 218, 224, 237, 257, 277, 399, 430, 445, 446, 447, 448, 449.
formalismo: 33, 37, 40, 41, 44, 46, 57, 60, 92, 101, 227, 297, 429, 454, 455.
funcionalismo: 74, 217, 221, 222, 322, 368, 369, 370.

G

globalización: 22, 24, 25, 29, 33, 46, 51, 71, 116, 154, 164, 170, 172, 174, 218, 253, 362, 422, 423, 424, 429, 477.
-del derecho: 46, 51, 477.

H

hegemonía: 18, 28, 31, 40, 41, 49, 78, 113, 121, 136, 137, 149, 169, 217, 224, 229, 356.
hermenéutica: 19, 20, 21, 22, 43, 46, 47, 62, 73, 74, 142, 177, 178, 181, 182, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 211, 212, 213, 224, 376, 380, 382, 387, 404, 406, 474.
-crítica: 73, 177, 178, 211, 213.
-de la tradición: 74, 178, 192, 211.
-del símbolo: 195.

-histórica: 188.
humanismo: 22, 66, 100, 109, 112, 119, 133, 168, 170, 183, 184, 188, 292, 293.
-socialista: 100, 109, 112, 119, 168.

I

ideología: 25, 26, 34, 40, 42, 73, 88, 100, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 160, 169, 170, 172, 173, 174, 179, 185, 186, 193, 211, 213, 242, 273, 357, 358, 360, 438, 456, 465.
igualdad: 23, 29, 30, 53, 97, 220, 221, 228, 229, 239, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 261, 263, 267, 273, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 285, 287, 291, 293, 302, 306, 328, 330, 331, 332, 341, 348, 384, 390, 403, 410, 438, 462, 471, 477, 478.
ilustración: 29, 37, 44, 100, 125, 126, 157, 188, 192, 354, 453.
imperio(s): 59, 76, 94, 161, 237, 295, 329, 385, 386, 387, 388, 474.
-de la ley: 295, 329.
-de las mayorías: 76.
impunidad: 254.
indeterminación del derecho: 69, 381, 397, 406, 407.
integración: 43, 48, 52, 56, 57, 68, 69, 72, 76, 103, 105, 127, 128, 204, 209, 211, 247, 256, 275, 327, 357, 359, 360, 361, 364, 365, 369, 370, 371, 372, 376, 380, 397, 398, 399, 400, 411, 479.
interés y conocimiento: 186.
irracionalismo: 112, 118, 168.
irracionalidad de la justicia: 69, 381, 397, 406, 407.
iusnaturalismo: 27, 28, 29, 30, 31, 33, 38, 44, 46, 47, 51, 52, 66, 69, 71, 90, 226, 227, 232, 233, 322, 323, 324, 330, 380, 381, 389, 398, 402, 445, 458, 459.

J

jerarquización: 76, 381, 382, 383, 425, 455.
-de los principios: 76, 381, 382, 383.
juez: 44, 48, 56, 58, 59, 60, 61, 88, 220, 221, 235, 242, 246, 254, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 407, 408, 409, 410, 416, 417, 425, 458, 459, 463, 464, 473, 474, 475.
-Hércules: 44, 60, 387, 388, 390, 408, 475.
jurídico(s): 21, 22, 23, 24, 25, 27, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 107, 110, 120, 128, 129, 135, 136, 167, 171, 172, 173, 174, 175, 184, 217, 218, 226, 227, 228, 229, 233, 235, 237, 238, 248, 250, 251, 253, 261, 267, 268, 269, 270, 271, 275, 294, 314, 316, 317, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 330, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 357, 358,

361, 364, 366, 367, 370, 371, 372, 376, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 387, 389, 391, 393, 394, 395, 397, 400, 401, 406, 408, 409, 410, 411, 413, 414, 417, 420, 421, 423, 425, 426, 431, 436, 443, 444, 446, 448, 449, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 477, 478, 480, 481.

L

legalidad: 54, 61, 85, 88, 89, 102, 103, 244, 259, 296, 323, 367, 368, 371, 398, 399, 405, 455, 456.

legitimidad: 21, 23, 29, 47, 48, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 64, 72, 75, 77, 79, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 96, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 183, 225, 227, 228, 233, 235, 237, 238, 257, 259, 264, 271, 275, 289, 294, 302, 306, 311, 313, 314, 316, 317, 318, 319, 323, 325, 327, 333, 334, 338, 340, 342, 343, 344, 347, 348, 349, 356, 357, 358, 361, 362, 363, 367, 368, 372, 373, 375, 383, 398, 399, 402, 410, 440, 443, 445, 455, 456, 457, 459, 461, 465, 468, 470, 478, 480, 481.

-consensual prejurídica: 343.

-política: 92, 98, 99, 103, 105, 227, 325, 478.

Libertad(es): 28, 29, 30, 38, 45, 53, 67, 86, 97, 100, 104, 105, 110, 114, 122, 128, 135, 158, 163, 167, 168, 170, 173, 174, 192, 193, 220, 221, 222, 229, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 245, 259, 250, 251, 252, 254, 259, 260, 261, 265, 266, 267, 272, 273, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 286, 287, 291, 292, 293, 294, 295, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 314, 315, 316, 318, 321, 324, 325, 328, 329, 331, 332, 333, 336, 337, 341, 342, 344, 348, 349, 367, 371, 383, 384, 402, 411, 433, 434, 438, 439, 440, 454, 455, 471, 476, 478, 479, 480, 481.

-individuales: 29, 104, 167, 173, 232, 234, 238, 240, 318, 402, 411, 476, 478, 480.

-políticas: 67, 173, 232, 236, 238, 242, 303, 325, 329, 336, 337, 349, 411, 433.

liberalismo político: 32, 48, 59, 68, 97, 239, 242, 243, 257, 260, 261, 271, 275, 276, 285, 286, 291, 296, 297, 301, 302, 304, 311, 318, 321, 325, 335, 336, 340, 400, 430, 431, 432, 435, 445, 448, 470.

M

macartismo: 74, 218, 239, 240, 241, 242.

materialismo histórico: 75, 101, 179, 356, 361, 363, 364, 365, 376.

medioevo: 27, 28.

mercancía: 109, 112, 114, 116, 117, 119, 120, 168, 172, 204.

método(s): 73, 74, 133, 134, 138, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 219, 226, 283, 319, 354, 355, 387.

método genético-estructural: 178, 206,

209, 210, 211.
minoría(s): 28, 32, 47, 53, 54, 57, 67, 76, 80, 125, 131, 217, 218, 228, 229, 236, 239, 243, 245, 249, 252, 254, 256, 270, 276, 287, 288, 309, 324, 330, 331, 339, 386, 390, 417, 418, 420, 433, 442, 443, 444, 446, 472, 473.
Modernidad: 27, 28, 31, 32, 33, 40, 51, 53, 54, 67, 73, 75, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 93, 111, 112, 115, 130, 131, 132, 138, 139, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 183, 184, 185, 259, 260, 287, 290, 292, 294, 297, 356, 368, 372, 402, 422, 424, 437, 440, 444, 455, 464.
moral: 19, 36, 40, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 71, 72, 75, 76, 77, 79, 85, 86, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 131, 137, 141, 160, 162, 165, 167, 182, 217, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 238, 250, 254, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 290, 293, 297, 301, 303, 305, 309, 314, 316, 317, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 332, 336, 339, 340, 341, 342, 343, 346, 347, 348, 349, 356, 357, 365, 368, 373, 374, 375, 383, 385, 390, 391, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 401, 402, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 418, 430, 439, 446, 447, 448, 449, 451, 452, 453, 457, 459, 460, 461, 462, 463, 465, 466, 469, 470, 471, 472, 473, 475, 477, 478.
moral individual: 19, 53.
mundo de la vida: 49, 57, 69, 71, 75, 79, 101, 102, 103, 109, 111, 113, 115, 124, 127, 128, 129, 169, 171, 358, 359, 360, 361, 362, 370, 371, 372, 374, 375, 376, 380, 397, 398, 403, 413, 443.

N

nación(es): 42, 44, 241, 251, 252, 276, 295, 310, 312, 314, 315, 317, 333, 338, 373, 442.
nazismo: 125.
normalidad: 43, 419.
norma(s): 24, 28, 29, 45, 48, 50, 55, 59, 61, 77, 90, 91, 93, 96, 98, 103, 128, 136, 171, 175, 226, 227, 228, 232, 237, 251, 255, 267, 268, 270, 294, 318, 322, 324, 331, 332, 333, 334, 339, 342, 344, 348, 357, 364, 365, 366, 369, 374, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 391, 393, 394, 395, 397, 398, 399, 401, 408, 409, 418, 419, 421, 447, 451, 452, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 477, 478, 480, 481.
-básica: 24, 45, 96, 268, 391, 393, 451, 452, 453, 456, 458, 459, 463, 465, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 475, 477, 478, 480, 481.
-fundamental: 24, 50, 55, 59, 77, 90, 91, 226, 227, 228, 342, 393, 394, 395, 447, 451, 452, 453, 456, 457, 458, 459, 461, 466, 468, 469, 470, 480, 481.

O

objeción de conciencia: 31, 55, 98, 239, 268, 269, 324, 325, 333, 334, 335, 344, 348, 472.
opinión: 25, 43, 44, 45, 48, 49, 51, 53, 56, 58, 60, 77, 102, 103, 104, 105, 124, 131, 144, 161, 162, 180, 225, 240, 241, 248, 250, 276, 284, 289, 322, 327, 333, 345, 371, 381, 386, 403, 404, 405, 412, 413, 414, 415, 416, 418, 419, 425, 443, 476, 478, 479.
-pública: 25, 43, 45, 48, 51, 53, 56, 58, 60, 77, 102, 105, 121, 131, 240, 241, 250, 276, 322, 327, 345, 371, 381, 412, 413, 414, 415, 416, 419, 425, 443, 479.
ortodoxia: 18, 179, 180.

P

pacto político: 43, 445, 453, 456, 468.
paradigma(s): 23, 27, 31, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 65, 67, 69, 70, 71, 72, 75, 76, 77, 78, 79, 84, 85, 92, 93, 95, 97, 102, 104, 105, 182, 213, 218, 224, 314, 317, 321, 322, 323, 324, 326, 333, 338, 342, 353, 356, 376, 379, 381, 385, 386, 396, 397, 400, 411, 412, 413, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 431, 436, 453, 468, 469, 470, 474, 479.
-consensual del derecho: 33, 45, 75, 97, 314, 317, 322, 323, 324, 326, 333, 338, 436, 470.
patriotismo constitucional: 72, 76, 429, 430, 431, 443, 444, 445, 448, 449.
poder: 17, 25, 38, 39, 40, 42, 43, 47, 48, 53, 54, 56, 57, 71, 78, 88, 100, 102, 103, 105, 110, 111, 118, 124, 127, 129, 134, 135, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 161, 165, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 196, 213, 220, 227, 232, 234, 235, 238, 241, 243, 265, 292, 296, 299, 302, 305, 306, 311, 330, 334, 340, 341, 347, 349, 360, 361, 362, 363, 366, 370, 376, 388, 393, 403, 404, 405, 406, 414, 418, 433, 434, 435, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 453, 459, 461, 462, 476, 477, 478, 479.
política(s): 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 35, 36, 38, 39, 40, 43, 44, 46, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 74, 75, 76, 77, 80, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 92, 94, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 110, 111, 116, 118, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 133, 135, 139, 140, 145, 150, 160, 161, 164, 165, 166, 167, 168, 172, 173, 174, 175, 180, 206, 213, 218, 220, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 331, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 340,

341, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 353, 356, 358, 359, 361, 362, 364, 369, 370, 371, 376, 381, 383, 387, 388, 389, 390, 400, 402, 403, 404, 405, 406, 409, 411, 412, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 423, 425, 426, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 437, 438, 440, 442, 443, 444, 446, 447, 448, 449, 453, 457, 459, 462, 463, 465, 469, 470, 472, 473, 474, 476, 477, 478, 479, 481.
político(s): 32, 38, 43, 47, 48, 50, 51, 53, 54, 56, 59, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 72, 74, 75, 78, 79, 86, 87, 88, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 105, 107, 110, 116, 124, 125, 127, 128, 129, 135, 137, 140, 141, 143, 144, 165, 166, 167, 169, 172, 174, 183, 184, 211, 212, 213, 217, 218, 223, 224, 225, 228, 230, 232, 233, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 250, 252, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 268, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 285, 286, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 309, 310, 311, 316, 317, 318, 321, 322, 323, 325, 326, 328, 332, 333, 335, 336, 337, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 357, 358, 359, 361, 362, 363, 367, 369, 370, 371, 374, 380, 381, 382, 383, 388, 390, 397, 398, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 409, 411, 413, 414, 415, 417, 419, 420, 425, 426, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 453, 454, 456, 465, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 475, 476, 477, 478, 480.
ponderación: 58, 70, 76, 380, 381, 384, 390, 391, 395, 396, 397, 408, 409, 410, 425, 426.
-de los principios: 381, 384, 408.
posición original: 65, 77, 97, 98, 221, 223, 228, 239, 257, 259, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 287, 300, 312, 313, 315, 318, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 339, 343, 345, 348, 349, 382, 383, 425, 469, 471, 472.
positivismo: 20, 24, 29, 30, 31, 33, 39, 40, 42, 47, 51, 57, 66, 69, 71, 74, 79, 83, 84, 85, 89, 90, 95, 101, 106, 150, 178, 179, 182, 226, 233, 324, 355, 376, 380, 381, 385, 389, 391, 406, 407, 421, 443, 452, 453, 456, 457, 459, 460, 463, 468, 481.
postestructuralismo: 47, 142, 160, 184.
posjurídico: 323, 326, 337.
posmodernidad: 24, 32, 51, 154, 161, 164.
pluralismo razonable: 276, 298, 299, 300, 301, 303, 310, 311, 318, 326, 334, 335, 337, 345, 349, 432.
prejurídico(s): 50, 57, 326, 332, 460.
principio(s): 28, 29, 31, 43, 46, 50, 53, 54, 58, 59, 63, 65, 67, 76, 77, 85, 86, 94, 95, 97, 98, 103, 104, 130, 145, 146, 151, 155, 157, 158, 165, 178, 180, 188, 192, 198, 202, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 227, 228, 230, 231, 237, 238, 239, 247, 248, 249, 250, 256, 257, 259, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 289, 294, 297, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 309, 310, 311, 312, 313,

315, 316, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 359, 373, 374, 375, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 393, 395, 396, 401, 402, 403, 405, 406, 408, 409, 410, 418, 420, 425, 434, 435, 436, 440, 442, 444, 445, 455, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481.
-de justicia: 31, 54, 59, 63, 65, 67, 77, 97, 98, 221, 222, 228, 239, 257, 259, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 273, 279, 282, 284, 297, 300, 302, 304, 306, 307, 308, 311, 312, 316, 323, 324, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 381, 382, 383, 425, 469, 470, 471, 472.
procedimiento(s): 43, 46, 48, 51, 52, 53, 54, 58, 59, 60, 65, 66, 70, 72, 77, 79, 85, 86, 96, 97, 102, 104, 105, 111, 127, 129, 131, 139, 145, 146, 174, 218, 219, 231, 239, 257, 259, 261, 262, 263, 264, 266, 268, 269, 270, 274, 277, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 312, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 330, 332, 33, 335, 336, 337, 338, 339, 343, 347, 348, 349, 357, 358, 361, 363, 367, 368, 370, 371, 372, 373, 376, 382, 391, 392, 393, 395, 396, 399, 401, 402, 403, 405, 407, 408, 412, 414, 417, 418, 432, 440, 442, 443, 446, 449, 452, 455, 456, 463, 465, 466, 469, 470, 471, 472, 476, 477, 478.
proyección normativa de la justicia: 69, 404.

R

racionalidad: 30, 47, 57, 102, 103, 162, 163, 181, 198, 203, 223, 260, 266, 270, 272, 273, 274, 279, 285, 302, 310, 325, 328, 339, 349, 362, 368, 373, 374, 376, 381, 391, 392, 393, 397, 399, 407, 454, 455.
racionalismo: 138, 168, 182, 185, 204, 294, 355.
racionalización del lenguaje: 372.
razón pública: 32, 70, 71, 72, 76, 257, 260, 261, 287, 297, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 323, 325, 337, 340, 341, 342, 345, 347, 349, 401, 429, 430, 431, 433, 434, 435, 436, 441, 445, 446, 448, 449.
rama judicial: 71.
reconstrucción: 21, 23, 69, 70, 74, 84, 97, 101, 102, 104, 106, 116, 121, 123, 124, 127, 133, 141, 170, 171, 178, 189, 213, 252, 253, 259, 288, 291, 327, 353, 354, 356, 360, 361, 363, 364, 366, 372, 373, 375, 376, 397, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 430, 436, 443, 475, 477.
-discursiva: 356, 372, 401.
regímenes: 303, 306, 313, 415, 423, 438.
-constitucionales: 146, 297, 302, 336, 432.
-políticos: 32, 346.
regla(s): 32, 43, 50, 55, 57, 58, 59, 65, 68, 77, 91, 105, 179, 219, 227, 231, 233, 242, 273, 274, 281, 284, 330, 333, 342, 357, 365, 367, 374, 385,

386, 387, 389, 391, 392, 393, 394, 396, 402, 405, 406, 409, 423, 452, 454, 460, 461, 462, 463, 464, 467, 468, 474, 475, 478, 480.
-de juego: 386.
-de reconocimiento: 50, 55, 57, 59, 77, 91, 105, 227, 394, 452, 460, 461, 463, 467, 468, 480.
reificación: 109, 112, 115, 125, 126, 130, 132, 169, 371.
regulación: 49, 238, 241, 260, 268, 272, 273, 308, 331, 334, 423, 433, 467, 468, 472.
relaciones internacionales: 20, 21, 312.
religión: 29, 32, 114, 134, 135, 137, 141, 145, 172, 188, 192, 205, 206, 307, 308, 437, 444, 445.
reforma protestante: 453.
representación: 19, 48, 138, 141, 144, 145, 148, 150, 153, 185, 206, 247, 254, 256, 277, 287, 296, 342, 438.
república: 40, 49, 292, 293, 420, 440.
republicanismo: 23, 66, 67, 75, 78, 257, 260, 271, 276, 289, 292, 293, 294, 295, 296, 318, 319, 419, 420, 440.
resistencia: 56, 59, 61, 67, 98, 110, 111, 122, 123, 156, 163, 169, 192, 199, 228, 234, 236, 243, 253, 269, 325, 333, 334, 335, 338, 344, 349, 394, 451, 459, 462, 472.
Revolución francesa: 397, 438, 442.

S

segregados pero iguales: 74, 218, 239, 242, 243, 244, 246, 248, 249, 250, 254.
sistema: 29, 30, 32, 37, 41, 45, 46, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 68, 69, 70, 71, 75, 76, 77, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 98, 99, 101, 104, 105, 106, 111, 113, 114, 117, 121, 127, 128, 129, 132, 137, 141, 145, 152, 156, 162, 163, 164, 165, 168, 169, 171, 175, 179, 180, 186, 202, 204, 205, 206, 208, 209, 222, 223, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 245, 247, 251, 256, 261, 262, 266, 267, 268, 271, 274, 281, 290, 297, 298, 301, 303, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 318, 322, 324, 325, 326, 330, 331, 332, 334, 337, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 374, 381, 382, 384, 386, 391, 393, 394, 395, 397, 398, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 409, 410, 413, 414, 418, 420, 421, 424, 425, 426, 432, 442, 448, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 471, 472, 473, 475, 478, 480, 481.
-de derechos: 92, 401, 402, 403, 404, 405, 418, 420.
-judicial: 464.
-jurídico: 30, 45, 50, 53, 57, 59, 60, 61, 62, 68, 70, 76, 77, 85, 87, 91, 92, 93, 94, 96, 99, 101, 104, 105, 106, 175, 226, 227, 228, 232, 261, 262, 268, 325, 330, 345, 366, 370, 381, 386, 391, 393, 394, 395, 409, 410, 413, 426, 451, 452, 453, 454, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 473, 475, 478, 480, 481.
-político: 54, 56, 62, 99, 129, 261, 271, 325, 343, 362, 381, 413, 425, 432, 442, 456, 471, 478, 480.

sistémico(s): 30, 49, 69, 71, 72, 92, 95, 103, 127, 128, 226, 227, 228, 322, 324, 325, 332, 333, 342, 348, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 365, 369, 370, 371, 373, 397, 398, 399, 423, 424, 463, 465, 466, 467, 468, 475, 480.
soberanía popular: 54, 55, 57, 59, 60, 61, 102, 103, 105, 166, 294, 327, 405, 418, 441, 442, 443.
soberano: 90, 221, 232, 234, 367, 437, 438.
sociedad: 22, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 85, 86, 90, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 120, 122, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 136, 137, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 154, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 179, 180, 181, 183, 184, 203, 204, 210, 213, 217, 222, 223, 228, 229, 230, 231, 233, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 253, 257, 259, 260, 261, 263, 264, 266, 267, 268, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 288, 290, 291, 294, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 70, 371, 372, 381, 382, 383, 384, 397, 398, 399, 402, 405, 407, 409, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 419, 421, 423, 426, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 452, 453, 454, 455, 456, 563, 564, 465, 466, 467, 470, 471, 477, 478, 479, 480.
socialismo real: 54, 109, 112, 117, 119, 163, 168.
sociología: 24, 30, 52, 53, 54, 62, 64, 73, 75, 83, 85, 86, 89, 90, 92, 93, 106, 107, 118, 121, 122, 132, 168, 169, 172, 179, 181, 182, 222, 353, 354, 355, 356, 366, 368, 376, 377, 379, 398, 465.
-del derecho: 30, 52, 53, 54, 73, 83, 85, 89, 90, 93, 222, 368, 465.
-jurídica: 86, 89, 92, 93, 106, 107, 366, 379, 398.
sospecha: 45, 58, 87, 99, 218, 240.
-sobre lo jurídico: 58, 99.

T

teoría(s): 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 111, 115, 117, 119, 121, 123, 125, 127, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 140, 146, 150, 151, 152, 153, 154, 157, 165, 169, 172, 173, 174, 181, 183, 192, 207, 210, 213, 215,

217, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 237, 238, 239, 249, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 275, 276, 277, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 289, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 336, 338, 339, 340, 342, 344, 347, 348, 351, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 363, 366, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 388, 389, 391, 392, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 405, 406, 407, 408, 410, 412, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 424, 425, 426, 430, 431, 434, 436, 440, 442, 446, 451, 453, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 477.

-comunicativa: 366, 376, 465.

-consensual: 32, 67, 70, 71, 72, 74, 76, 77, 79, 323, 451.

-consensual de la justicia: 32, 72, 74, 215.

-críticas del derecho: 31, 73, 77, 85, 99, 105, 106, 407.

-de la justicia: 20, 22, 31, 45, 48, 62, 65, 66, 67, 68, 71, 72, 74, 89, 90, 97, 98, 217, 220, 223, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 237, 238, 239, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 276, 286, 289, 314, 315, 316, 317, 319, 321, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 336, 338, 339, 340, 348, 382, 383, 394, 434, 436, 451, 453, 457, 462, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 477.

-de la ponderación: 58, 70, 380, 391, 395, 397, 408.

-del derecho: 20, 23, 30, 45, 62, 65, 68, 72, 74, 75, 84, 87, 89, 91, 94, 95, 96, 102, 106, 135, 224, 226, 379, 380, 381, 382, 391, 397, 400, 401, 408, 410, 421, 425, 453, 458.

-discursiva del derecho: 13, 32, 63, 68, 69, 72, 75, 79, 101, 103, 323, 351, 356, 396, 408.

-jurídica: 18, 20, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 44, 52, 62, 67, 68, 69, 70, 73, 77, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 101, 103, 106, 107, 322, 323, 379, 380, 382, 397, 399, 426, 430, 453, 460, 461, 463, 469, 473.

tradición: 38, 44, 55, 61, 66, 68, 70, 73, 74, 84, 85, 86, 88, 90, 96, 97, 99, 102, 106, 119, 125, 129, 130, 145, 152, 159, 162, 163, 171, 174, 178, 186, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 211, 212, 213, 218, 220, 221, 224, 225, 228, 237, 258, 259, 261, 271, 274, 275, 276, 285, 293, 294, 297, 298, 310, 316, 317, 319, 323, 354, 355, 362, 391, 399, 404, 407, 419, 423, 432, 440, 442, 444, 447, 461, 463, 466, 471, 479.

tribunales: 23, 255, 306, 327, 342, 406, 410, 412, 417, 458.

-constitucionales: 23, 306, 406, 412, 417.

U

utilitarismo: 39, 40, 47, 74, 97, 217,

219, 220, 228, 229, 230, 231, 232, 239, 259, 261, 262, 264, 280, 282, 283, 287, 327, 385.

V

validez: 21, 23, 30, 45, 48, 50, 54, 58, 59, 61, 62, 64, 67, 68, 70, 71, 72, 75, 76, 77, 79, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 165, 195, 226, 227, 232, 235, 268, 271, 297, 317, 318, 323, 325, 330, 333, 334, 338, 342, 344, 345, 347, 348, 349, 367, 373, 374, 375, 379, 380, 381, 383, 391, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 403, 404, 406, 408, 409, 410, 412, 413, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 443, 447, 451, 452, 453, 456, 457, 458, 460, 461, 462, 463, 465, 466, 467, 468, 470, 471, 472, 475, 477, 478, 480, 481.
-autopoiética: 463, 468.
-autorreferencial: 70, 463, 466, 467.
-consensual jurídica: 344.
-tríadica del derecho: 95, 393.
valores: 23, 41, 44, 52, 56, 58, 94, 95, 122, 123, 128, 130, 137, 140, 165, 171, 184, 212, 226, 227, 243, 249, 251, 275, 293, 294, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 310, 318, 336, 337, 340, 341, 357, 358, 360, 362, 364, 366, 367, 368, 396, 404, 408, 409, 410, 418, 434, 435, 440, 453, 458, 459, 464, 474, 480.
velo de ignorancia: 221, 222, 223, 239, 257, 263, 264, 265, 268, 279, 282, 297, 312, 326, 328, 334, 348, 471.
violencia: 34, 62, 110, 131, 162, 167, 174, 235, 245, 246, 251, 253, 405, 438.
-física: 131.
-moral: 131.
virtudes: 28, 86, 156, 230, 274, 276, 293, 303, 304, 336, 433.

ÍNDICE DE NOMBRES

A

Ackerman, Bruce: 31, 58, 411, 419.
Adorno, Theodor: 125, 126, 127, 131, 132, 157, 159, 169, 170, 182, 186, 353, 354, 355.
Aguilera, Mario: 46.
Alexy, Robert: 20, 31, 32, 35, 42, 44, 50, 58, 62, 65, 68, 69, 76, 77, 85, 91, 94, 95, 96, 97, 102, 106, 227, 330, 342, 379, 380, 381, 384, 385, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 398, 408, 410, 418, 425, 426, 435, 451, 452, 453.
Althusser, Louis: 18, 72, 88, 112, 122, 133, 137, 141, 142, 146, 147, 151, 169, 170, 172, 207.
Arango, Rodolfo: 45, 46, 94, 474.
Aristóteles: 28, 87, 283, 391.
Arnaud, André-Jean: 100, 101.
Asimov, Isaac: 245.
Atienza, Manuel: 55.
Austin, John Langshaw: 375.

B

Barthes, Roland: 139, 140, 183.
Baudrillard, Jean: 159, 160, 161, 165.
Bauman, Zygmunt: 31, 159, 163, 164, 166, 213, 423.
Beck, Ulrich: 31, 159, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 170, 172, 173, 423, 424.
Benjamin, Walter: 119, 121, 125, 354.
Beriain, Josétxo: 33, 52, 163, 164, 166, 424.
Berlin, Isaiah: 293.
Berman, Marshall: 51, 100.
Betegón, Jerónimo: 453, 473, 475.
Bobbio, Norberto: 89, 412, 457, 464.
Bohman, James: 396, 480.
Bonilla, Daniel: 33, 35, 45, 473.
Botero, Darío: 42, 45, 46.

C

Camps, Victoria: 125, 277, 285, 322, 353.
Canetti, Elías: 139, 140, 183.
Cepeda, Manuel José: 45.
Colóm González, Francisco: 55.

D

D'Agostini, Franca: 107, 183.
Dahl, Robert: 412.
Derrida, Jacques: 34, 35, 99, 148, 183.

Dilthey, Wilhelm: 178, 189, 190, 192, 199.
Dubiel, Helmut: 76, 169, 424, 436, 437, 438, 439.
Durkheim, Émile: 120, 179, 236.
Dussel, Enrique: 22, 35, 38.
Dworkin, Ronald: 20, 31, 32, 35, 44, 45, 47, 53, 56, 58, 59, 69, 76, 77, 85, 91, 94, 95, 275, 341, 379, 380, 381, 382, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 397, 398, 408, 410, 417, 425, 426, 430, 453, 463, 464, 465, 469, 473, 474, 475, 481.

E

Elster, Jon: 446.
Engels, Federico: 99, 135, 137, 179.
Estevez Araujo, José: 56, 396, 479.

F

Fernández, Eusebio: 55, 90, 226, 237, 238, 457, 462, 469.
Ferrajoli, Luigi: 46, 99, 389.
Foucault, Michel: 34, 35, 47, 99, 126, 133, 136, 138, 139, 145, 170, 171, 172, 183, 184, 185.
Fraser, Nancy: 25, 100, 381, 415, 416, 417, 425.

G

Gadamer, Hans-George: 22, 74, 192, 193, 194, 197, 198, 200, 201, 211.
García Canclini, Néstor: 164.
García Villegas, Mauricio: 34, 45, 46, 110, 174.
Gargarella, Roberto: 61, 271, 293, 294, 479.
Gaviria, Carlos: 41, 42, 44.
Giddens, Anthony: 52, 162, 164.
Goldmann, Lucien: 201, 206, 209, 210, 211.
Gramsci, Antonio: 136, 142, 207.
Gutmann, Amy: 52, 335, 480.

H

Habermas, Jürgen: 23, 24, 25, 32, 35, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 84, 85, 95, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 111, 115, 124, 127, 128, 129, 145, 159, 169, 171, 172, 179, 182, 186, 187, 211, 212, 259, 314, 318, 323, 326, 327, 330, 335, 353, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 364, 365, 366, 368, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 379, 380, 381, 384, 390, 391, 392, 393,
396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 426, 430, 431, 435, 436, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 448, 453, 454, 455, 461, 465, 468, 469, 470, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 481.
Hart, H. L. A.: 30, 35, 45, 50, 55, 58, 67, 68, 74, 77, 79, 85, 91, 94, 96, 105, 225, 226, 227, 228, 239, 268, 342, 379, 380, 389, 391, 393, 394, 418, 451, 452, 453, 459, 460, 461, 462, 463, 467, 468, 469, 474, 480.
Harvey, David: 172, 422.
Hayek, Friedrich: 272, 273.
Hegel, G. W. F.: 18, 22, 32, 36, 42, 63, 66, 75, 83, 84, 86, 87, 88, 99, 111,

112, 113, 114, 115, 116, 119, 120, 130, 145, 168, 169, 173, 178, 179, 180, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 212, 257, 260, 277, 285, 288, 289, 290, 291, 307, 309, 310, 380, 391, 432, 437, 446, 447.
Heidegger, Martin: 35, 184, 190, 191, 192, 212.
Heller, Ágnes: 100, 112, 118, 159, 160, 168.
Hobbes, Thomas: 27, 28, 29, 54, 55, 85, 232, 234, 235, 236, 243, 269, 272, 283, 288, 400.
Honneth, Axel: 24, 76, 100, 113, 130, 131, 132, 169, 436, 437, 439, 440, 441.
Horkheimer, Max: 100, 115, 125, 126, 131, 157, 159, 169, 171, 181, 353, 354, 355.
Hoyos Vásquez, Guillermo: 18, 41, 45, 49, 54, 213.

J

Jameson, Fredric: 35, 100, 160, 164, 172.
Jaramillo Vélez, Rubén: 353.
Jaramillo, Isabel Cristina: 45, 115, 473.
Jay, Martín: 353.

K

Kant, Immanuel: 18, 27, 29, 54, 55, 61, 66, 67, 74, 75, 83, 84, 86, 87, 88, 96, 99, 220, 232, 237, 238, 257, 260, 269, 270, 277, 282, 286, 288, 291, 297, 300, 301, 321, 324, 339, 342, 346, 391, 393, 394, 400, 401, 445, 451, 457, 459, 477.
Kaufmann, Arthur: 42, 52, 88, 89, 201, 227, 379, 460, 467.
Kelsen, Hans: 30, 35, 40, 41, 42, 44, 50, 55, 58, 61, 74, 77, 83, 84, 85, 90, 91, 94, 96, 99, 104, 225, 226, 227, 228, 268, 342, 379, 391, 393, 394, 451, 453, 456, 457, 458, 459, 461, 463, 468, 480, 481.
Kennedy, Duncan: 35, 45, 100, 254, 255, 379, 426, 465.
Kofler, Leo: 208.
Korsch, Karl: 180, 207.
Kuhn, Thomas: 182, 419.
Küng, Hans: 164.
Kymlicka, Will: 276, 324.

L

Laclau, Ernesto: 112, 122, 133, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 169, 170, 171.
Lefebvre, Henri: 114.
Lenin, V. I.: 88, 99, 135, 136.
Lenk, Kurt: 132, 133, 134, 169.
Lipovetsky, Gilles: 160, 161.
Lipset, Seymour Martin: 244, 245, 250, 252, 255, 256.
Locke, John: 27, 29, 54, 55, 74, 85, 128, 232, 234, 235, 237, 238, 272, 278, 289.
López, Diego: 33, 35, 34, 45, 382.
Lowen, Alexander: 25, 154, 157, 158, 159, 160.
Luhmann, Niklas: 23, 30, 33, 46, 51, 52, 53, 57, 62, 63, 70, 85, 92, 93, 105, 128, 164, 165, 368, 370, 371, 453, 463, 464, 465, 466, 467, 468.
Lukács, Georg: 18, 22, 63, 109, 112, 113, 115, 117, 118, 119, 120, 125, 127, 168, 179, 180, 201, 203, 204, 207, 208, 209, 371, 441.

Lyotard, Jean-François: 99, 164, 183.

M

MacIntyre, Alasdair: 43, 46, 51, 52, 160, 162, 163, 171, 172, 274, 275, 391.
Marcuse, Herbert: 86, 100, 113, 125, 126, 154, 157, 158, 169, 186, 353, 354, 355.
Mardones, José María: 177, 187.
Marx, Karl: 18, 47, 51, 86, 87, 88, 99, 111, 112, 114, 116, 117, 118, 119, 120, 127, 132, 135, 136, 137, 142, 147, 148, 159, 168, 169, 173, 179, 180, 186, 201, 204, 206, 207, 210, 237, 257, 260, 288, 289, 290, 309, 311, 364, 370, 371, 372, 332, 342, 346, 347.
Mejía Quintana,Óscar: 23, 24, 25, 43, 45, 46, 49, 53, 54, 60, 70, 86, 97, 106, 160, 173, 174, 269, 470.
Motta, Cristina: 43, 45, 396.
Mouffe, Chantal: 122, 292.
Muñoz, Blanca: 115, 123, 124, 127.

N

Negri, Antonio: 100, 418, 435, 441.
Nino, Carlos: 61, 326, 470.
Nozick, Robert: 52, 67, 272.

P

Parsons, Talcott: 30, 33, 51, 103, 128, 164, 171, 222, 223, 358, 366, 368, 369, 370, 371, 376, 379, 398, 399, 400.
Pérez Lledó, Juan: 99.
Pettit, Philip: 292, 295, 296, 324.
Piaget, Jean: 201, 209, 210, 211, 220.
Poulantzas, Nicos: 47, 88, 112, 122, 133, 137, 140, 141, 169, 170.

R

Radbruch, Gustav: 30, 35, 49, 74, 77, 83, 379.
Rawls, John: 19, 22, 32, 35, 45, 47, 48, 51, 53, 54, 56, 59, 62, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 84, 85, 94, 97, 98, 103, 106, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 237, 238, 239, 242, 243, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 345, 346, 347, 348, 349, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 389, 390, 398, 400, 4001, 402, 410, 417, 425, 426, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 445, 446, 447, 448, 453, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 477, 478, 481.
Reich, Wilhelm: 19, 25, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 459.
Ricoeur, Paul: 70, 73, 112, 115, 116, 117, 119, 133, 142, 178, 195, 196, 211, 212.
Rodríguez, Andrés: 45, 96.
Rodríguez, César: 45, 389.

Rorty, Richard: 278.
Rousseau, Jean Jacques: 27, 29, 54, 55, 74, 86, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 278, 288, 289, 299.
Rubio Carracedo, José: 218, 219, 220, 224, 324.

S

Sandel, Michael: 52, 274, 275, 276, 480.
Schaff, Adam: 100, 109, 112, 119, 120, 126, 159, 168.
Schmitt, Carl: 58, 90, 91.
Sen, Amartya: 232, 286.
Skinner, Quentin: 292, 293.
Sousa Santos, Boaventura de: 34, 37, 46, 51, 110, 173, 213, 477.
Stuart Mill, John: 220, 230.

T

Taylor, Charles: 20, 274, 275, 235, 341.
Teubner, Gunther: 33, 45, 93, 376, 422, 434, 466, 467, 468, 469, 480.
Tobón Sanín, Gilberto: 44.

V

Van Parijs, Philippe: 319.
Vattimo, Gianni: 198.
Villar Borda, Luis: 41, 42, 44.

W

Walzer, Michael: 153, 274, 275, 440,
Weber, Max: 29, 30, 33, 47, 51, 54, 55, 103, 127, 164, 168, 171, 181, 354, 359, 366, 367, 368, 370, 371, 379, 398, 399, 421, 453, 454, 456, 468, 480.
Wellmer, Albrecht: 24, 76, 130, 131, 169, 375, 376, 436, 437, 440, 441.

Z

Zagrebelsky, Gustavo: 37, 59, 464.
Zea, Leopoldo: 22, 37, 38.
Žižek, Slavoj: 35, 112, 133, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 167, 169, 170.

ÍNDICE DE LUGARES

A

América Latina: 22, 31, 34, 37, 38, 42, 71, 321.
Auschwitz: 126.

B

Birmingham: 109, 112, 113, 115, 120, 123, 168, 169.
Bogotá: 18, 19, 20.
Budapest: 109, 112, 115, 117, 119, 168.
Buenos Aires: 39.

C

California: 19, 24, 275.
Colombia: 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 54, 55, 60, 67, 70, 71, 77, 78, 102, 110, 174, 346, 380, 382, 410, 426, 429.
Corea: 240, 241.

D

Delaware: 247.

E

Estados Unidos: 19, 20, 23, 24, 31, 74, 79, 157, 159, 217, 218, 229, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 272, 276, 288, 292, 354, 381, 384, 410, 411, 418, 425, 429.
Europa: 29, 37, 100, 105, 125, 159, 252, 260, 272, 355, 422.

F

Filadelfia: 376, 384, 390, 401, 473, 481.
Francia: 31.
Frankfurt: 24, 66, 76, 99, 100, 109, 112, 115, 118, 120, 125, 127, 132, 157, 168, 169, 179, 181, 186, 353, 355, 430, 431, 436, 439, 448.

H

Hispanoamérica: 39, 49.

I

Ibérica: 31, 113, 121, 122, 169.

K
Kansas: 244, 246.

L
Latinoamérica: 19, 22, 37, 48.
Londres: 52, 55, 167.
Los Ángeles: 19.

M
Madrid: 21, 167.
Montgomery: 250, 251.

N
Nueva Granada: 39.
Nueva York: 167, 245.

P
París: 18, 21, 66, 69, 376, 400, 401.

T
Topeka: 246, 254.

W
Washington D.C.: 19, 20, 251.

TEORÍA CONSENSUAL DEL DERECHO
El derecho como deliberación pública

Fue editado por Unijus, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. El texto de las páginas interiores fue compuesto en caracteres de las familias tipográficas Gotham, Sentinel y Minion Pro. Se usó papel book cream de 60 gramos y en la carátula papel propalcote de 240 gramos. El tiraje de esta edición fue de 300 ejemplares. El libro se terminó de imprimir en Bogotá en los talleres de Editorial Kimpres, en el año 2016.