

El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas

Oscar Mejía Quintana

Resumen: Este artículo aborda la teoría del derecho de Jürgen Habermas, sobre la base de su obra *Facticidad y Validez* (1992), que constituye uno de los clásicos más significativos del pensamiento jurídico. Para el autor, la apuesta de Habermas es para que el juez constitucional deje de adoptar, los modelos de democracia que viene asumiendo, el liberal de democracia formal y el republicano de democracia directa, y reconozca, de acuerdo a un tercer modelo sociológico, que la democracia actual es democracia deliberativa o de opinión pública. El alter ego del tribunal constitucional no son los meros procedimientos democráticos ni la voluntad de las mayorías sino la deliberación ciudadana que se manifiesta en la dinámica comunicativa de la esfera pública. Habermas apuesta por una perspectiva deontológica de decisiones judiciales “justas para todos”

Palabras clave: Constitución, control de constitucionalidad, decisión judicial, democracia, deliberación

Abstract: This article discusses the legal theory of Jürgen Habermas, on the basis of his work *Facticity and Validity* (1992), which is one of the most significant classics of legal thought. For the author, Habermas bet is to leave the constitutional court to adopt the models of democracy that has assumed: the liberal of formal democracy and the Republican, of direct democracy, and recognize, according to a third sociological model, which current democracy is deliberative democracy or public opinion democracy. The alter ego of the Constitutional Court are not merely democratic procedures or the will of the majority but citizen deliberation manifested in communicative dynamics of the public sphere. Habermas deontological perspective advocates a judicial decision “fair for all”

Keywords: Constitution, judicial review, judicial adjudication, democracy, deliberation

Introducción.

Sin duda la teoría del derecho de Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez* (1992), 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 solo de la filosofía del derecho sino de la teoría jurídica contemporáneas.

Habermas carga el estigma, entre lo abogados especialmente, de ser en esencia un “filósofo” en general, y ni siquiera un filósofo 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, desconoce la comunidad jurídica 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 de planteado por Hegel a nivel filosófico: el del derecho como colonizador interno del mundo de la vida. E ignoran 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 a la clásica distinción del profesor Hart, sino desde el “punto de vista interno” durante varios años. De ahí que *Facticidad y Validez* sea el fruto de un seminario permanente de expertos europeos y norteamericanos sobre derecho privado y derecho 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, procesalizada jurídicamente, sino, de manera simultánea, una integración social, democráticamente mediada. Planteado esto, que funge como hipótesis valorativa, Habermas procede, en la línea de los textos clásicos reitero, primero –como espero mostrarlo más abajo- 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 lo 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 perspectiva axiológica del derecho, oponiendo y clarificando así 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.

Lo cual a su vez, para que no quepa duda, contrasta Habermas con los paradigmas de adjudicación constitucional que en el Tribunal Constitucional alemán y 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 escrito 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, adop-

tando así cada una de ellas una perspectiva axiológica de decisiones judiciales “buenas para algunos”, Habermas apuesta por una perspectiva deontológica de decisiones judiciales “justas para todos” que reivindica a partir de la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, en línea con Rawls, frente a la 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 contexto 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 que 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 (1). 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 (2).

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 (3).

Quisiera terminar esta introducción aclarando la ubicación de este trabajo en el terreno de la teoría jurídica, incluso si se quiere de la filosofía del derecho, no de la hermenéutica y la interpretación constitucional. Su objetivo no es confrontar lo 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 fin 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.

Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual como instrumento para garantizar que los principios de justicia social que deban orientar la sociedad sean escogidos dialogicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad normativa de los mismos¹. 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 a su interior².

Aquí ya 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 “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 .

En ese contexto, el **velo de ignorancia**, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la potencial discusión simétrica sobre la estructura básica de la sociedad, asegurando la libertad e igualdad argumentativas de los grupos sociales, con el fin de garantizar que la concepción pública de la justicia que se concerte sea el fruto de un procedimiento dialogal amplio y deliberativo.

Rawls introduce enseguida la noción de **bienes sociales primarios** por cuanto que 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. Estos bienes primarios son necesidades que los ciudadanos requieren para el desarrollo de sus planes racionales de vida y, como tales, tienen

1. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, F.C.E., 1978, pp. 35-40.

2. *Ibid.*, p. 36.

conocimiento de ellos en sus consideraciones al interior de la posición original, en cuanto saben que los principios de justicia deben asegurarles un número suficiente de éstos en su vida ciudadana³.

Del procedimiento de discusión consensual, 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. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y 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 como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y 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 a 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 tienen que serlo en el orden dispuesto por consenso en esa posición original, es decir, como fruto del acuerdo político al interior del congreso constituyente.

Aquí se introduce tanto una restricción moral y política como 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 a las necesidades del momento, pero no podrán cambiar su jerarquización.

En efecto, del procedimiento de discusión consensual, Rawls deriva los dos **principios de justicia**. Los principios buscan regular la estructura básica de la sociedad y 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

3. Ibid., pp. 289-290.

principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados.

En el marco de ellos, Rawls introduce un nuevo subconstructo, de especial importancia para nuestra reflexión, que denomina **orden lexicográfico consecutivo**, un “orden serial” por el cual ningún principio interviene mientras no hayan sido satisfechos los primeros⁴. De esta forma, el principio de igual libertad será situado en una jerarquía anterior y con un carácter inalienable, quedando el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales supeditado a él.

El orden lexicográfico consecutivo garantiza no sólo el orden de aplicación de los principios sino el criterio permanente para solucionar los eventuales conflictos de interpretación y aplicación que puedan presentarse.

La **formulación final** de los Principios de la Justicia es, entonces, 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

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.

Primera Norma de Prioridad (La Prioridad de la Libertad)

Los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad en sí misma.

Hay dos casos:

- a) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartido por todos;
- b) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptada por aquellos que detentan una libertad menor.

4. Ibid., p. 83.

Segunda Norma de Prioridad (La Prioridad 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: a) la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos; b) 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.”⁵

El orden lexicográfico define igualmente las dos normas de prioridad. En primer lugar, la prioridad de la libertad, y, en segundo lugar, la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar: Estos principios y subprincipios 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. De ellos se derivan, pues, tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

Dworkin vs Alexy: Peso vs Ponderación de los Principios.

En el contexto nuestro 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 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 a 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 dos posiciones antagónicas que los dos representan en cuanto al dilema histó-

5. Ibid., pp. 340-341.

rico 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 USA 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 unos 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 unas subreglas que permiten determinar el grado de optimización práctica entre ellos, logrando 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 derecho⁶.

Superando la dicotomía, establecida por el utilitarismo, el positivismo y la filosofía analítica del derecho, entre derecho y moral, Dworkin muestra su estrecha correspondencia y la necesidad de establecer entre ambos sólidos nexos, manteniendo, por supuesto, la autonomía de sus respectivas esferas.

La pregunta por el derecho remite, entonces, a la pregunta por la interpretación:

“Pero si el derecho es un concepto interpretativo, cualquiera 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.”⁷

6. Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa, 1992, p. 76.

7. *Ibid.*, p. 47.

El derecho, como práctica social, es una interpretación creativa de la realidad que Dworkin denomina, además, como “constructiva”. Como tal, cumple determinadas etapas: una etapa preinterpretativa, donde se esclarecen las reglas y normas de una práctica dada; una etapa interpretativa, donde el interprete establece una hipótesis de trabajo, en el marco de las reglas y normas anteriores, y la justifica; y una etapa posinterpretativa donde evalúa y eventualmente reforma o no los resultados previos de su interpretación⁸.

Obviamente, el derecho no está sujeto a una sola interpretación, precisamente por la existencia de determinados paradigmas dominantes:

“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.”⁹

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. Los jueces, no como meros técnicos jurídicos, sino en la medida en que ellos sí producen, a diferencia de los “filósofos de la justicia”, reglas semánticas útiles para el derecho¹⁰:

“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.”¹¹

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 inter-

8. Ibid., pp. 57-58.

9. Ibid., pp. 73-74.

10. Ibid., p. 74.

11. Ibid., p. 74.

pretación de lo que, a grandes rasgos, es la misma idea”¹².

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 justificatoria un parámetro que ordena el proceso jurídico y el cual es tenido en cuenta por los otros actores del mismo.

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... [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”¹³.

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”¹⁴.

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, “imaginación interpretativa” la denomina¹⁵, con el objeto de interpretar un amplio es-

12. Ibid.

13. Ibid., p. 78.

14. Ibid., p. 20.

15. Ibid., p. 237 y ss.

pectro 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 sólo 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 posinterpretativas) 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 imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad. Llamémoslo Hércules”¹⁶.

La interpretación del juez, al intentar comprender toda esa amplia estructura socio-jurídica, incluso la intención primigenia del legislador y aplicarla a un nuevo contexto, lo desborda, convirtiéndose, 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 sólo 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 éstos se aplican en forma específica a la legislación en una democracia.”¹⁷

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 iusfi-

16. *Ibid.*, p. 173.

17. *Ibid.*, p. 239.

losófica en lugar de otra. De allí que el juez Hércules sea susceptible de todo tipo de objeciones y críticas, señala Dworkin, como la de que juega a la política, 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 existe¹⁸.

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 debe 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.”¹⁹

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**, el paleopositivismo (como lo denominaría Ferrajoli) para el que todo principio es externo al ordenamiento: de ahí que para ellos Dworkin sea “iusnaturalista”²⁰. Por supuesto, quienes así opinan no han leído a Dworkin cuando sostiene:

“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.”²¹

18. Ibid., p. 186 y ss.

19. Ibid., p. 267.

20. Ver Pablo Bonorino y Jairo Iván Peña, “Iusnaturalismo moderno” en *Filosofía del Derecho*, Bogotá DC: Consejo Superior de la Judicatura (Escuela Judicial Lara Bonilla-Facultad de Derecho, Universidad Nacional), 2002, pp 58-66.

21. Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Gedisa, 1992, pp. 128.

Un **segundo tropiezo** ha sido el desconocimiento de la *Teoría de la Justicia* (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 proliferara la interpretación errada de que en el debate Hart-Dworkin²², 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”²³.

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 (devido 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 en 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 vo-

22. Ver César Rodríguez, “Estudio Preliminar” en *El Debate Hart-Dworkin*, Bogotá DC: Siglo del Hombre-Universidad de Los Andes, 1997.

23. Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Gedisa, 1992, pp. 77-78.

luntad 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 atiende al peso de un principio sobre otro, de acuerdo a 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, en función del caso concreto y su optimización pragmática, un principio frente a otro.

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** logrando lo que más tarde llamará aquel la “estabilización del punto de vista moral en los procedimientos jurídicos” lo que 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 la misma 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 la misma: 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 tradición 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 kantiana²⁴.

Alexy problematiza su fundamentación de la razón práctica a partir de la tradición kantiana, cuyo principio de universalidad es la clave de la misma, en contraste con la tradición aristotélica (centrada en la vida buena) y hobbesiana (centrada 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 diversa manera. Aquí habrá de interesar

24. Robert Alexy, “La polémica acerca del concepto de razón práctica” en *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 132-135.

sólo la interpretación de la teoría del discurso.”²⁵

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 discurso²⁶.

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 lo 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”²⁷.

Las segundas reglas son de tipo no-monológico:

“1. Todo el que pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
2.1. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.
2.2. Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.
2.3. 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”²⁸.

Y enseguida puntualiza:

25. Ibid., pp. 133.

26. Ibid., pp. 136-137.

27. Ibid., p. 137.

28. Ibid., pp. 137-138.

“Estas reglas expresan, bajo un ropaje teórico-argumentativo, el carácter universalista de la concepción teórico-discursiva de la racionalidad práctica”²⁹.

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 sólo 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”³⁰.

Al atenerse una norma a estas condiciones logra una aprobación universal ideal y, por tanto, se constituye en una norma moral idealmente válida, ateniéndose así, señala Alexy, al principio del poder legislador kantiano:

“De ahí que sólo 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, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora”³¹.

Aplicado 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 los mismos, garantizando así una dimensión de corrección discursiva, no axiológica ni estratégica, en el derecho en general.

Validez triádica del derecho.

En un segundo momento que quisiera destacar de su obra, Alexy aborda los tres tipos de normas fundamentales de acuerdo a 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,

29. *Ibid.*, p. 138.

30. *Ibid.*, p. 138.

31. Emmanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Berlin: Real Academia Prusiana de Ciencias, 1907, pp. 313 y ss; citado por R. Alexy, *Op. Cit.*, p. 138.

en la perspectiva de superar las debilidades de aquellos sobre la norma básica³².

Para Alexy, Kant define un tipo de **norma fundamental normativa** cuya obligatoriedad es conocida a priori por la razón³³. 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 una norma de derecho racional de 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 derecho³⁴.

Kelsen, por su parte, define un tipo de **norma fundamental analítica**³⁵. La norma fundamental es una norma que 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. 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 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 estatus³⁶. 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 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 con lo que el argumento deviene circular y la concepción empírica fracasa.

32. Robert Alexy, “La norma fundamental” en *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 95-130.

33. Ver, en general, José Luis Colomer, *La Teoría de la Justicia de Immanuel Kant*, Madrid: C.E.C., 1995.

34. *Ibid.*, pp. 116-120.

35. *Ibid.*, pp. 96 y ss.

36. *Ibid.*, pp. 121-130.

A partir de las debilidades de las tres propuestas, Alexy propone como alternativa un **triádico** concepto de validez del derecho. Una **dimensión socio-lógica** 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 sea dictada por órgano competente y según el procedimiento previsto³⁷.

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 sistemas jurídicos y no valen jurídicamente. La injusticia aunque se aplica sólo 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, originando la pérdida de validez jurídica de una norma debido a la pérdida generalizada de su eficacia. Las normas aisladas pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas con lo que la validez social y la validez 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 defiende 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**³⁸.

“Si acepta lo hasta aquí dicho, hay que partir del hecho de que en todo sistema normativo justificable existen tanto derechos individuales como

37. *Ibid.*, pp. 87-94.

38. Robert Alexy, “El problema de la ponderación” en *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 203-208.

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.”³⁹

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... tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización”⁴⁰. Por el contrario, si tienen carácter de reglas es sólo un conflicto de reglas 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 tanto mandatos de optimización que son. 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 ponderación 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”⁴¹.

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.

39. Ibid.

40. Ibid., p. 204.

41. Robert Alexy, “Concepto de ponderación” en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 157 y ss.

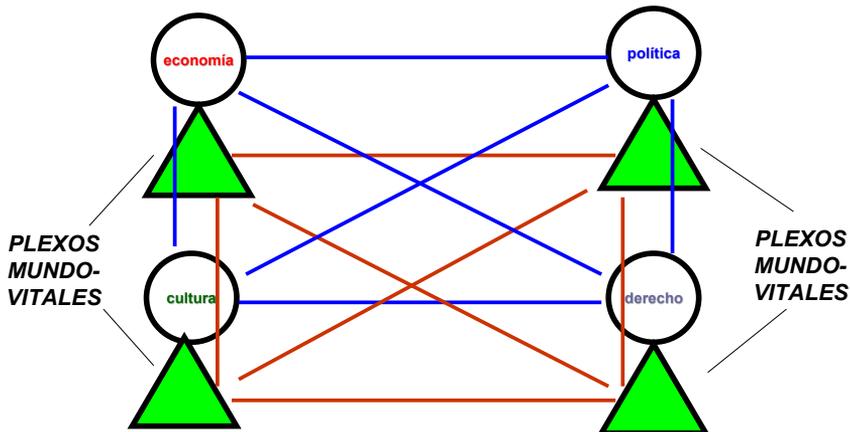
Habermas: Teoría del Derecho y Decisión Judicial.

El concepto de derecho.

En los primeros capítulos de *Facticidad y Validez*, Habermas –en una autocrítica aunque sutil, de hondo calado a su teoría de la acción comunicativa– plantea, en la línea de las teorías del derecho clásicas, el concepto de validez que pretende fundamentar⁴². Para ello descarta a Rawls –un tanto injusta y contradictoriamente, lo que quedará en evidencia unos años más tarde en la polémica sobre el *Liberalismo Político*–, 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 reivindicando a 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 abajo⁴³.

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 integración social (ver siguiente esquema):

INTEGRACION SISTEMICA Y SOCIAL



42. Jürgen Habermas, “El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez” en *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1988, pp. 63-104.

43. J. Habermas, “Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia” en *Ibid.*, pp. 105-146.

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 *medium* de la integración social a nivel ontológico-social. Pero la reivindicación del derecho no será la del derecho convencional ni la de sus los 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.

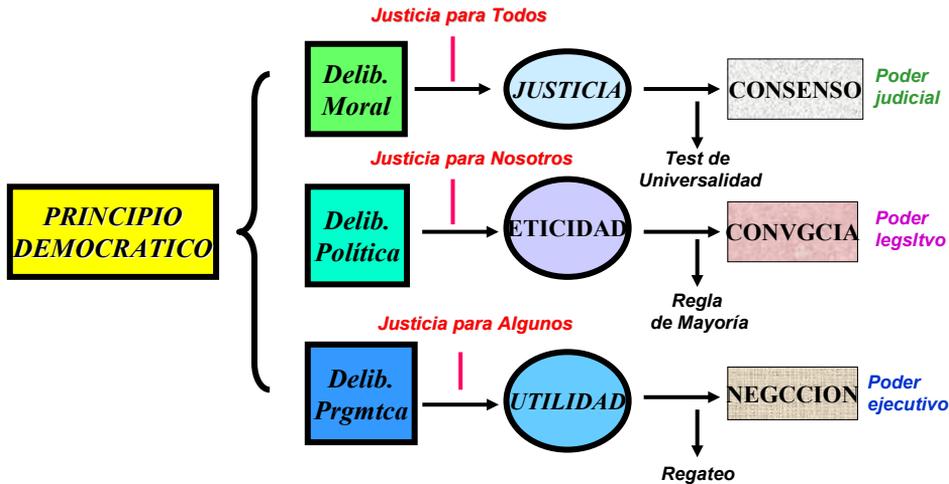
El primer paso por tanto será la reconstrucción del concepto de derecho. En los siguientes capítulos Habermas procede inicialmente en dos sentidos: de una parte, muestra que el principio consensual de su ética del discurso responde al *factum* histórico constituyente de Filadelfia y de París, si bien el primero, como Hanna Arendt lo sugiere, pudo responder más al esquema de una revolución conservadora –lo cual es discutible- y el segundo mejor 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.⁴⁴

Y de otra, en un *tour de force* muy original, eleva su principio D, de un principio de argumentación moral, a un principio de 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 Rawls 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 (ver siguiente esquema):

44. J. Habermas, “Reconstrucción interna del derecho (I): el sistema de derechos” en *Ibid.*, pp. 147-198.

ARQUITECTURA DEL ESTADO DEMOCRATICO 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 exigencia normativa (en términos morales y jurídico-constitucionales).⁴⁵

Derecho, justicia y tribunales constitucionales.

Indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia.

Recogiendo estudios sociojurídicos sobre el impacto que las escuelas teórico-jurídicas dominantes (hermenéutica, realismo y positivismo) han tenido en los campos jurídicos respectivos, Habermas aborda sus consecuencias en términos de la indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia que han propiciado a nivel de la decisión judicial, contrastando sus criterios prescriptivos

45. J. Habermas, “Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del estado de derecho” en *Ibid.*, pp. 199-262.

y sus implicaciones prácticas con 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”⁴⁶.

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 la 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 que tan justas pueden ser sus respectivas decisiones. El cuadro siguiente resume las falencias de cada una de ellas (ver siguiente esquema):



En este punto, Habermas confronta todas estas teorías por la discrecionalidad que suponen, propiciando con ello una alta indeterminación de la decisión judicial y, consecuentemente, una enorme irracionalidad de la justicia, originando con ello decisiones que no cumplen con el ideal regulativo de la decisión judicial. Habermas introduce aquí lo que constituiría el dilema histórico e ideal-regulativo

46. J. Habermas, “Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia” en *Ibid.*, pp. 263-310.

de la decisión judicial en nuestros tiempos: o el derecho defiende una **perspectiva axiológica** de “*decisiones buenas para algunos*” o, por el contrario, una **perspectiva 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 superjuez 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 sólo una interpretación dialógica del derecho, como la que esta supone, permite superar el “solipsismo” del superjuez 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, permitiendo 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 “decisiones 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 en orden a 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 postmetafísico, 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:⁴⁷

47. J. Habermas, “Normas vs. Valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional” en *Ibid.*, pp. 326-339.

“... [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 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.”⁴⁸

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 *preferibilidad 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.”⁴⁹

La ponderación favorece “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”, creando así, a largo plazo, una gran inseguridad jurídica pero también propiciando 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 con la misma discriminadas. La sociedad pierde confianza en las decisiones judiciales porque percibe que no responden a una regla cierta y confiable.

Adicionalmente, parece adolecer de una debilidad tangencial: su énfasis absoluto en el dominio jurídico y su toma de distancia frente a una concepción

48. Ibid., p. 329.

49. Ibid., p. 332.

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 que 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 –en sentido moral, jurídico-político y constitucional- y de la decisión judicial desde 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 Dworkin (en la línea del orden lexicográfico de Rawls) busca balancear los principios en términos de explicitar el peso de uno frente a otro, generando con ello 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: cual 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 la misma, 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.⁵⁰

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 basado en la ponderación y 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

50. J. Habermas, “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional” en *Ibid.*, pp. 311-362.

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 interpretaciones de la Constitución por parte de dos paradigmas dominantes⁵¹. De una parte, el **modelo liberal** y, de otra, el **modelo 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: un paradigma liberal que defiende, en últimas, un modelo de **democracia formal**. Y un paradigma 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 CSJ de EEUU.

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** propicia 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**, defiende una concepción activa de la ciudadanía, fundamentado en la prioridad de las libertades políticas, poniendo el acento en los procesos deliberativos que la permitan y la sustenten y concibiendo

51. C.R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990. Bruce Ackerman, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona: Ariel, 1995 y *La Política del Diálogo Liberal*, Barcelona: Gedisa, 1998. Ver, entre otros, M.J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1998, y Michelman F.I., *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument*, Florida Law Review 41, 1998, pp. 443-490.

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 **etitzación 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 un modelo de democracia alterno que permita sustentar un paradigma de adjudicación constitucional que sepa interpretar la democracia 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 como tienen que concebir sociológicamente la democracia los tribunales constitucionales en orden a 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, conciliando con ello las dicotomías de los paradigmas liberal y republicano.

En una discusión paralela, a nivel de teoría política, a nuestro hilo conductor pero relevante y definitiva para la misma, la **traducción sociológica** que recoge Habermas permite superar, simultáneamente, tanto la definición minimalista de Norberto Bobbio⁵² sobre la democracia, como la interpretación tecnocrática de Robert Dahl, en orden a confrontar ambas desde una concepción alterna de política deliberativa⁵³. En efecto, las dos desconocen las condiciones sociales 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

52. Norberto Bobbio, *The Future of Democracy*, Cambridge: 1987.

53. Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Connecticut, 1989.

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 la misma.⁵⁴

Frente a este espectro de posiciones, tanto a nivel de la adjudicación constitucional como a nivel de concepciones de democracia, Habermas adopta entonces un **modelo sociológico de política deliberativa de doble vía** que 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 “decisiones 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 vida⁵⁵. 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 favoreciendo así 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

54. Jürgen Habermas, “Sobre la traducción sociológica del concepto normativizante de política deliberativa” en *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1998, pp. 393-405.

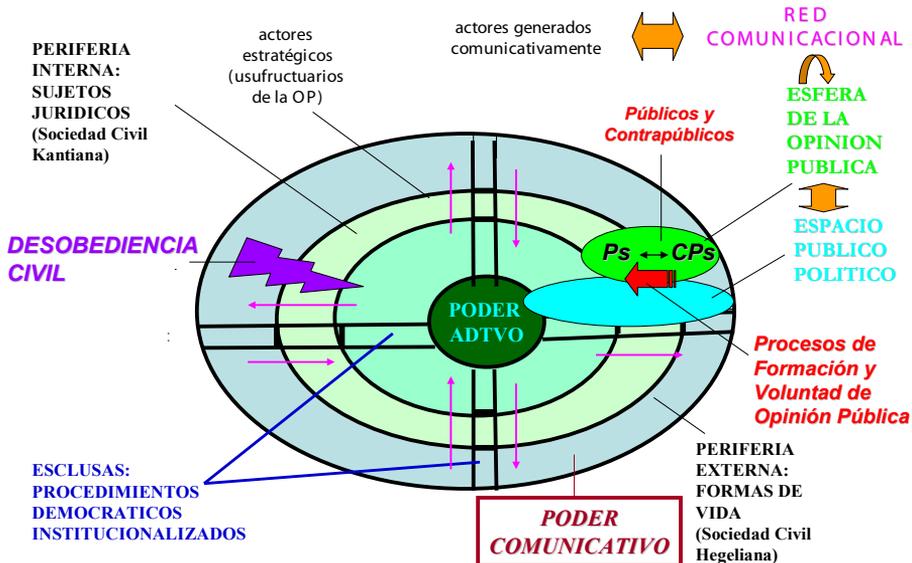
55. J. Habermas, “Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública” en *Ibid.*, pp. 407-468.

acción comunicativa, ejercida por medio del lenguaje natural.

Los agentes a su interior no son **actores estratégicos**, concebidos para el logro de determinados fines, sino **actores 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.

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”⁵⁶ (ver siguiente esquema):

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

56. Ibid., pp. 440-441.

presión que se da en las esferas más alejadas del centro se pueda transmitir a éste. De igual manera, las reacciones y respuestas que el centro produce se comunican a 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 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, creando una presión sobre quienes toman las decisiones.⁵⁷

La sociedad civil periférica posee mayor sensibilidad ante los problemas porque está imbuida de 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 sólo 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, reforzando así los potenciales críticos del público.

Opinión pública postburguesa.

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 participativos⁵⁸.

Para Fraser, el **concepto de esfera pública** de Habermas supera en parte las anteriores dificultades. Es un espacio institucionalizado de interacción discursiva

57. Ibid., pp. 460-466.

58. Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta*, Bogotá DC: Siglo del Hombre, 1997, pp. 115-117.

siva, distinto al Estado, donde se producen y circulan discursos. Es diferente a la economía porque hay relaciones discursivas no estratégicas donde se debate y delibera.

Fraser 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 postburgués de esfera pública** que piense en públicos fuertes y débiles, públicos hegemónicos y contrapúblicos subalternos, así como en sus eventuales formas híbridas que permitan concebir una democracia deliberativa más allá de la democracia liberal existente. La multiplicidad de públicos es preferible a un público hegemónico y una sola esfera pública dominante.

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 tiene 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.”⁵⁹

Tal exploración sobre los contrapúblicos conduce a una **esfera pública postburguesa**, 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, agenciando el surgimiento de nuevos públicos y contrapúblicos⁶⁰.

59. Ibid.

60. Michael Warner, *Publics and Counterpublics*, Boston: Zone Books, 2002, p. 65.

Conclusión.

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 que 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 a 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 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. Sólo 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 Haberle para poner de presente que los ciudadanos son también interpretes 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.⁶¹

Pero es también la consideración de que la constitución no es solo un texto abierto sino es también un texto falible y que el juez constitucional, como los ciudadanos en sus expresiones de confrontación o apoyo diarios, la complementan y reescriben día tras día⁶². 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).

Creemos que así hemos ilustrado plenamente la **hipótesis de trabajo** que animó este escrito, a saber:

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 perspectiva deontológica de decisiones judiciales “justas para todos” que reivindica a partir de la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, en línea con Rawls, frente a la 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 contexto 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 contrahege-

61. Peter Häberle, “la sociedad abierta de los interpretes constitucionales” en Constitución como Cultura, Bogotá DC: Universidad Externado, 2002, pp. 109-152.

62. José Antonio Estevez, La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil, Madrid: Trotta, pp. 41-90.

mónicos de Nancy Fraser, como alter ego del tribunal constitucional, que le permita a este garantizar decisiones justas para todos y no buenas para algunos.