

LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO MODERNO

Carlos Andrés Orozco Arcieri*

Resumen

La norma jurídica al interior del Estado de derecho debe concebirse como una garantía que permitirá al hombre vivir libremente en sociedad. Su establecimiento a partir de procedimientos legislativos en los que no exista un debate racional y reflexivo o a través de instituciones que carezcan de legitimidad, las terminan convirtiendo en simples fuentes de autoritarismo.

Palabras clave: Derecho positivo, estado moderno, ordenamiento jurídico, legitimidad.

Abstract

The juridical norm at the interior of the Legal State must be conceived as the guarantee allowing man to live freely in society. Its establishment through legislative procedures where there is no rational debate or institutions lacking legitimacy end up by turning them in authoritarian sources.

Key words: Positive Law, Modern State, Juridical ordering, Legitimacy.

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2002

* Estudiante de 8º semestre de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

Desde la perspectiva de una teoría de la sociedad, el sentido normativo de la democracia puede reducirse a la fórmula de que la satisfacción de las necesidades funcionales de la economía y de la administración, esto es, de los ámbitos de acción integrados sistemáticamente, tienen que encontrar su límite en la integridad del mundo de la vida, es decir, en las exigencias de los ámbitos de acción que dependen de la integración social.

Jürgen Habermas

La idea racional de un Estado Moderno confronta una serie de argumentos válidos y otros no tan válidos, en donde los conceptos políticos y jurídicos se desenvuelven alrededor de una teoría más profunda y general: la teoría de la sociedad. Cualquier presupuesto teórico estará siempre contenido a partir de lo que, envuelto en la sociedad, exista (intereses sociales, intereses particulares o intereses foráneos).

Dentro de esta perspectiva, la conocida Escuela de Frankfurt ha desarrollado importantes trabajos, y se ha interesado en descifrar los *enigmas* que en el transcurso de la historia determinaron a la sociedad. Éstos estudios se conocen con el nombre de teoría crítica de la sociedad¹.

Una visión general de la crítica frankfurtina (o francfortina) entiende que: «el ser humano puede alcanzar la liberación-emancipación», y para ello la teoría crítica de la primera escuela de Frankfurt recurre a la crítica de las ideologías (crítica a las ciencias y técnicas) apoyándose en los estudios adelantados por el psicoanálisis. El planteamiento básico y característico de la teoría crítica es la necesaria búsqueda de una teoría, un conocimiento teórico, que coincidiera con la praxis, el conocimiento práctico: se necesita desprender de la conciencia colectiva el paradigma del saber entendido como mero comprender, para crear una sociedad conformada por seres humanos libres de las diversas formas de dominación, por lo que la influencia psicoanalítica fue fundamental. Nunca ha de separarse la racionalidad del interés; la prueba de ello está en el mismo lenguaje. Éste supone esencialmente comunicación, y el diálogo constituye la forma ideal de comunicación. Y no hay posible situación de diálogo si los sujetos no se reconocen mutuamente la plena igualdad de seres libres y responsables. La igualdad humana a que tiende toda la tradición del idealismo hegeliano y del materialismo histórico aparece exigida como una situación radical y originaria del diálogo: en el diálogo de los seres libres y autónomos surge la idea².

¹ La teoría crítica de la sociedad, nacida en el seno de la Escuela de Frankfurt, tuvo como insignia el texto escrito por Max Horkheimer y Teodoro Adorno *Dialéctica de la Ilustración*.

² La idea de liberación-emancipación es propia de la primera generación: Adorno,

Este ensayo pretende ser una integración de esas visiones críticas de la sociedad con lo que actualmente conocemos como ciencia del derecho, desde la óptica de la política, la filosofía, la sociología y la criminología crítica. Obviamente, y quisiera quedara totalmente claro que, debido a la naturaleza del trabajo, mi intención es tan sólo dilucidar algunas ideas globales entre la teoría crítica de la sociedad y la ciencia del derecho en la actualidad.

ESTADO MODERNO

La concepción de un Estado Moderno presupone obligatoriamente la existencia de una sociedad moderna. La literatura actual³ da por realizada esa etapa y va más allá al calificar a la sociedad actual de post-modernista. Existe un interesante debate anclado en la idea del concepto post-moderno. Pero para las intenciones de este escrito nos vincularemos a la particular visión del filósofo y sociólogo Jürgen Habermas en su obra *El discurso filosófico de la Modernidad*. Esta discusión es supremamente interesante e imprescindible, pero por motivos de especificación daremos por entendida esta posición filosófica y nos ocuparemos de nuestro tema concreto.

A partir de los conocimientos de la filosofía moderna, los historiadores y políticos han intentado crear teorías que fundamenten la existencia de un Estado dentro de una sustentación racional. Desde Platón y Aristóteles, clásicos que inician este proceso, hasta los modernos Hobbes y Rousseau, la política ha creado una serie de supuestos en los que no sólo se da por

Horkheimer, Marcuse, Fromm, quienes retomaron a Marx e incorporaron los desarrollos del psicoanálisis de Freud. Walter Benjamin les colaboró pero no hizo parte de la Escuela. La idea del lenguaje es eje central de la teoría habermasiana. Habermas ingresa en 1956, y alrededor de los acontecimientos de Mayo del 68 en Francia y Estados Unidos, se convierte en la figura más representativa de la segunda generación. Para un estudio detenido de la idea que esbozaba la Escuela de Frankfurt en cuanto a la búsqueda de un conocimiento que coincidiera con la praxis, es importante el texto escrito por Max Horkheimer y Teodoro Adorno *Dialéctica de la Ilustración*, y *Teoría y Praxis* escrito por Jürgen Habermas, entre otros.

³Para una comprensión de estas visiones post-modernistas ver *The Postmodern Condition* (Manchester, 1984), escrito por J-F. Lyotard; *¿What is Postmodernism?* (Londres, 1986), escrito por Charles Jenks. Para una visión distinta ver *El discurso filosófico de la modernidad* (Madrid, 1989), escrito por Jürgen Habermas. Desde una óptica radical y fundamentada ver *Against Postmodernism: A Marxist Critique* (Bogotá, 1993), escrito por Alex Callinicos. Para el caso colombiano existe un texto interesante: *Colombia: el despertar de la modernidad* (Santa Fe de Bogotá, 1994), recopilación de textos internacionales y nacionales realizada por Fabio Giraldo Isaza y Fernando Viviescas.

entendida la existencia del Estado sino que se automatiza la existencia de un Estado Moderno⁴.

Tomás Hobbes, por ejemplo, descubre que el mundo real está constituido únicamente por seres materiales. Niega la existencia del espíritu, debido a lo cual desemboca en un materialismo total: «*El hombre es lobo para el hombre*». La vida humana es una constante lucha de todos contra todos, el hombre es esencialmente antisocial⁵. El criterio de *utilidad* posee una fuerza de convicción racional que al ser interiorizado por cada persona permite una estabilidad social, con lo cual se construye el fundamento de la obligación política. Para protegerse mutuamente, por miedo a su propio egoísmo, los hombres hacen un pacto de sujetarse a determinadas leyes, y de esta manera surge el Estado, el Leviathan.

En el siglo XVIII, con el proceso de Ilustración, aparece Juan Jacobo Rousseau, quien a través de ideas pedagógicas, políticas y económicas construye una teoría de la sociedad. Asume que la sociedad humana, en el transcurso de la historia, recorrió un primer estado natural y logró que los individuos sean seres iguales, con respeto a la intimidad, libres. Se reconoce al hombre como un ser bueno. El segundo estado es el social, pero lo logrado en la fase anterior cambia sustancialmente, ya que los hombres no son libres, se crean diferencias sociales, políticas, económicas y culturales. Hasta cierto punto se extingue su estado de soledad y se ingresa a su intimidad. El hombre en busca de satisfacer sus necesidades destruye la paz que existía en el anterior estado. El tercer estado es lo que propone Rousseau: el contrato social, la creación de las pautas de comportamiento a través de un *acuerdo* para que el hombre del primer estado pueda permanecer en paz en un estado social⁶.

⁴ La filosofía clásica de la antigua Grecia realizó, con Platón y Aristóteles a la cabeza, un profundo estudio de las distintas formas de Estado, y visualizó unas estructuras sociales que aún se manejan en la política. Pero, en cuanto a los desarrollos de la filosofía moderna, objetó la idea de que a partir de la Ilustración se manejó acerca del Estado Moderno en Europa. La concepción de un Estado Moderno debe estar adjunta la idea de una sociedad moderna, por lo que ya habría un punto discutible frente a los teóricos que aceptan ciegamente la modernidad y actualmente la post-modernidad. Si el proyecto de la Ilustración se llevó a cabo a medias, entonces no entiendo cómo hemos podido aferrarnos a la idea de la sociedad moderna.

⁵ La filosofía moderna desarrolla, entre otras, la idea de la insociable sociabilidad.

⁶ La doctrina de Rousseau y luego la de Kant coinciden con la idea contractualista de un Estado y una sociedad, lo cual sustenta la idea o el carácter procedimental del derecho. Actualmente existen interesantes planteamientos alrededor de las ideas de la Ilustración. Podemos citar el trabajo de John Rawls, *Una Teoría de la Justicia*, quien es catalogado como teórico neocontractualista, y su más reciente obra, *Liberalismo Político*.

El contrato social estructura lo que he llamado la caracterización del derecho en la construcción del Estado Moderno. A partir de Hobbes, Locke, Rousseau y Kant se instituye dentro de la problemática de la organización social (en el discurso político) la necesaria presencia de la legitimidad racional moderna: «Sólo es legítimo el principio racionalmente aceptado por cada uno de los ciudadanos integrantes de esa colectividad». Pero, el derecho (contrato social) no puede llevarnos a creer que él es el constructor de un Estado. Precisamente, el contrato social mantendrá el Estado Moderno, pero no lo puede crear. A pesar de esto existen ciertos teóricos empeñados en sustentar (en abstracto) que las normas son fuente de motivación, y que podrían motivar la creación de comportamientos en individuos para establecer equilibrios sociales⁷.

EL ORDEN DEL DERECHO

Eligio Resta escribió un texto que tituló *El orden del derecho*. Resta explica a través de un análisis teórico las doctrinas sociológicas más importantes, de Weber a Luhmann, e integra estos estudios en dos grupos: «Imaginando la estructura de las relaciones sociales como juego de cooperación, se supone un orden social fundado en la integración y el consenso; imaginando, al contrario, un juego de incesante conflicto, el orden social se convierte en el producto de una acción coercitiva fundada sobre la existencia de organizaciones dominantes. El concepto de solidaridad orgánica en Durkheim y la *productive cooperation* en Parsons pueden ser asumidos como explícitos modelos de orden integrador».⁸

Pero me enfocaré desde la otra perspectiva, en las teorías conflictivas, donde el orden es el producto de una coerción del soberano; «cada sistema político, con las redes institucionales con que se ha abastecido, responde a la lógica de un dominio siempre legitimado, pero originariamente impuesto con la fuerza o con una desigual contratación»⁹. Es este el análisis de Max Weber y Carl Schmitt.

Y es precisamente con Weber como podemos integrar lo que anteriormente mencionábamos con respecto a la incidencia de la modernidad y el Estado Moderno. Weber entiende como racional aquel proceso de desencantamiento que condujo en Europa a que del desmoronamiento de las

⁷ Me refiero a las posiciones radicales del funcionalismo actual en cabeza de Günter Jackobs.

⁸ RESTA, Eligio, *El orden del derecho*. Nuevo Foro Penal, 1999, pp. 84 y 85.

⁹ *Ibid.*, p. 87.

imágenes religiosas del mundo resultara una cultura profana. Con el posterior análisis de Habermas se concluye que lo que condujo a la modernidad fue:

1. La profanación de la cultura de Occidente.
2. La evolución de las sociedades modernas por la existencia de:
 - a. Empresa capitalista
 - b. Aparato estatal burocrático

Weber concluye que la teoría de la modernización práctica convierte la modernidad en un patrón de procesos de evolución social¹⁰, en el cual se rompe la conexión interna entre modernidad y contexto histórico del racionalismo occidental, por lo que la modernización no se puede entender ya como racionalización (que era el principal e inicial proyecto de la Ilustración), como objetivización de estructuras racionales¹². La idea de Estado Moderno estará empañada por ese proceso de modernización que se desvinculó de su idea original y terminó siendo un proceso de legitimación de diferencias sociales. El concepto actual de globalización y consumismo nos da una idea de lo perjudicial que ha sido tanto para las potencias, como para la periferia, los procesos de modernización social¹².

En el contexto filosófico, toda la tradición que nace de Hegel y Marx, y profundizada por Weber, comprenderá el carácter de empresa del Estado, a partir de las diferenciaciones sociales creadas por los desequilibrios económicos, y que encierra unos intereses particulares de quien detenta el poder, lo cual crea una mentira social basada en intereses sociales, que a la larga, legitiman su discurso frente a la colectividad, y lo legalizan con las

¹⁰ Sobre este tema ver *El discurso filosófico de la modernidad* (Madrid, 1989), escrito por Jürgen Habermas.

¹¹ La propuesta que nos trae Habermas es la de retomar el proyecto de la Ilustración, porque para él, a diferencia de Nietzsche y sus seguidores, el problema no fue el «exceso» de razón sino el «defecto». Es interesante, para efectos de una discusión abierta y nutrida, observar cómo en el campo de la filosofía han aparecido maduros intentos en la búsqueda de una epistemología que nos brinde una mayor consistencia social, una epistemología que no sufra de miopía social. Tal es el caso del raciovitalismo de Ortega, quien, en mi concepto, continúa lo que el perspectivismo estaba llevando a cabo. Éstas doctrinas filosóficas, integradas a la sociología, son instrumentos claves para generar sociedades con estructuras sociales que permitan el debate y la confrontación en cada sector social, entendiendo al ser humano como un ser único y especial en sí mismo. Éstos serían cimientos para una democracia.

¹² En este tema es importante la literatura de José Saramago, en especial su última obra, *La caverna*.

normas que ese mismo poder crea, gracias a lo cual mantienen su oscuro monopolio¹³.

Podemos concluir citando a Resta: «Por el genérico sistema de reglas con mecanismo disciplinal, el camino del concepto de orden, a través de itinerarios diferentes, encuentra en el lenguaje de la política y del derecho la expresión más nítida de la epistemología de la fuerza. El orden del derecho es precisamente una metáfora de regla universal sólo porque ha incorporado estructuralmente la asimetría sobre la que –había dicho Heráclito– reinan polemos y erin. Es, por tanto, orden de la asimetría, regla de la diferencia, igualdad de funciones contendientes».¹⁴

EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

En el caso particular del derecho penal, la situación se hace más crítica. El ordenamiento jurídico dejó de ser un contrato social nacido de la sociedad y sus necesidades para convertirse en un «proceso monológico» en el que el Estado y los otros detentores del poder obligan, determinan, engañan y someten a los individuos dentro de una colectividad. No entiendo qué tan moderno sea eso, o en términos actuales, qué tan democrático pueda llegar a serlo.

En Colombia, con la expedición del nuevo Código Penal, podemos entender fácilmente cómo la normatividad pasa de ser un mecanismo de garantía social, sinónimo de respeto a la igualdad y a la libertad (como enseñó Rousseau), para convertirse en un mecanismo de control y dominación de la colectividad por unos sectores económicos y políticos.

Precisamente, este análisis es el punto de partida de los criminólogos críticos¹⁵. La criminología crítica parte de un concepto que ellos llaman el sistema penal. Consiste en analizar el derecho, la norma, desde dos

¹³ [El poder es la probabilidad de imponer la propia voluntad]. Una manifestación concreta del poder es la dominación: «[la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato]. El poder puede ejercerse de formas distintas, pero necesita una legitimidad o fundamento. La legitimidad es la cualidad del poder que le hace ser reconocido y obedecido por los súbditos». Lo que está entre corchetes pertenece a Max Weber, el resto es el análisis de Ramón Soriano en cuanto a la sociología de Weber. Ramón Soriano, *Sociología del derecho*, 1997, p. 109.

¹⁴ RESTA, Eligio, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵ Incluyo en este ensayo a los criminólogos críticos no por capricho sino porque su análisis nace de estudios sociológicos similares a la perspectiva de este trabajo.

perspectivas: la norma penal como resultado de un proceso de creación, ejecución y aplicación, y la norma penal como una forma de control social, un control formal. Sociólogos y críticos del derecho como Alessandro Baratta, Massimo Pavarini y Emiro Sandoval Huertas (en Colombia) hacen parte de un estudio del derecho penal que observa la norma como mecanismo de control social y de monopolio del Estado. No quisiera entrar a detallar los análisis de estos autores, porque en la búsqueda de sintetizar conceptos podría caer en reduccionismos, lo cual me parece intolerable. Pero mi intención, y en esto sí quiero ser claro, de vincular a este texto las perspectivas de la criminología crítica, es la de confrontar intelectualmente el concepto de derecho que manejamos actualmente (o que nos hacen manejar en nuestras conciencias, que en la práctica es lo mismo) con lo que otras corrientes ideológicas entienden como ciencias del derecho. Y estas corrientes confluyen en repudiar las normas existentes debido a su ilegítima función de control.

LA NORMA COMO RESULTADO DE UNA ACCIÓN COMUNICATIVA: UNA CRÍTICA A LA GÉNESIS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

A pesar de lo dramática que ha sido la exposición anterior, existen análisis jurídicos que confrontan el actual derecho y nos permiten crear una idea menos abstracta y más concreta de democracia, que se convierta en fuente de garantía al ciudadano. Uno de esos análisis es el que nos trae Jürgen Habermas en su obra *Facticidad y Validez*, donde sustenta, a partir de la acción comunicativa, la forma de establecer un Estado democrático en términos de su teoría del discurso¹⁶.

Habermas ha permitido la idea de considerar su teoría política como «*republicanismo kantiano*». Comienza su teoría política agrupando las 3 dimensiones de la razón práctica: la dimensión moral, la dimensión ética y la dimensión pragmática. Con esto, y a diferencia del «liberalismo político» de Rawls, busca Habermas una deliberación política sumergida

¹⁶ En mi concepto, esta nueva obra de Habermas es la continuación de su proceso de justificación política y jurídica de una teoría más general: La Acción Comunicativa. Para un estudio sociológico y crítico de la teoría del discurso, ver Ramón Soriano, *Sociología del derecho*, 1997, capítulos X y XII. Ver también Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, 1999, Universidad Externado de Colombia. Ahora bien, el hecho de citar la obra de Habermas no significa que esté estableciendo como dogma su análisis. Por el contrario, la democracia sólo la alcanza el pueblo mismo con sus propios principios, y la idea de Habermas nos ayudaría como un análisis sociológico pero no (obviamente) como solución a nuestros problemas.

en una discusión intersubjetiva. Para ello necesita que las tres dimensiones de la razón práctica se vinculen en el discurso¹⁷.

La consecuencia lógica de esta presunción, la vinculación del principio del discurso, será la *validez* de la norma a partir de la participación de todos los afectados en un discurso racional. Pero las sociedades modernas han perdido todo *referente normativo vinculante*¹⁸, lo que amenaza las lógicas comunicativas del mundo de la vida, base fundamental de la teoría habermasiana. Es por esto que el siguiente paso que adopta el filósofo alemán es el de fundamentar la legitimidad¹⁹ y el principio del discurso sobre la legalidad. Recurre, entonces, a la **normatividad**. «*Es el mismo procedimiento y las condiciones sustantivas de las que se imbuye, derivadas de la concepción kantiana de la autonomía moral de la persona, el que constituye el fundamento de la justificación de las normas morales; sus resultados pueden aspirar en consecuencia a la presunción de validez. Los elementos o contenidos fundamentales del procedimiento discursivo –la imparcialidad, la igualdad, la apertura a todos, la ausencia de coerción y la unanimidad–, que equivalen a una moral del respeto mutuo y de la responsabilidad solidaria por toda persona, pueden*

¹⁷ La vinculación de la razón a la teoría habermasiana está desarrollada en su *Teoría de la Acción Comunicativa*, donde desplaza el término de razón práctica kantiano e introduce la razón comunicativa. Y luego lo concretiza en su obra *Facticidad y Validez*. Este desplazamiento de la razón se debe a una estrategia metodológica que utiliza Habermas en su teoría: «*La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa. Esta racionalidad viene inscrita en el telos que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye un ensamble de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas. Quien se sirve de un lenguaje natural para entenderse con un destinatario acerca de algo en el mundo se ve obligado a adoptar una actitud realizativa y a comprometerse con determinadas suposiciones*». Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 1998, p. 65.

¹⁸ «*La carencia de referentes normativos vinculantes se agrava aún más en países como el nuestro: «Uno de los aspectos determinantes de la crisis de la modernidad consiste en que el contrato social fundacional de la sociedad, la política y el Estado moderno no sólo ha fracasado, sino que parece no viable en países en los cuales la pobreza absoluta, la inequidad o injusticia institucional y la violencia se han convertido en una especie de paradigma realmente inconmensurable con los presupuestos de los derechos civiles y políticos de la democracia*». Guillermo Hoyos Vásquez, *Liberalismo y comunitarismo en diálogo sobre los derechos humanos*.

¹⁹ «*La estrategia habermasiana a la hora de buscar el principio de legitimación del derecho consistirá en trasladarse a los supuestos básicos de la moral discursiva, atendiendo a su naturaleza institucional*». Palabras introductorias de Fernando Vallespín al libro *Debate sobre el liberalismo político*, escrito por Jürgen Habermas y John Rawls. En esta ética del discurso acompañan a Habermas trabajos de filósofos como los de su amigo K.-O. Apel y Adela Cortina.

entenderse como una lectura teórico-discursiva del imperativo categórico kantiano». ²⁰

En cuanto al asunto que tanto hacemos alusión en este escrito, la inidoneidad de una norma para motivar comportamientos, debemos separar dentro del mismo análisis habermasiano (y sólo por motivos de explicación filosófica) tres elementos sistemáticos: la **razón**, entendida como racionalidad comunicativa involucrada dentro de un proceso dialógico, no monológico, cuyo único contenido normativo sea asumir presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico²¹; la **norma**, comprendiendo que en sí misma es el resultado de unas pretensiones de validez que se desenvuelven dentro de un proceso argumentativo donde toda convicción es personal y debe ser susceptible de crítica²²; y la **motivación**, que pretendida, solo existe de manera simbólica y, por supuesto, como una estrategia. Y esta motivación que existe en el discurso político como estrategia (traducido del discurso filosófico) está, en mi concepto, destinada a desaparecer dentro de un verdadero Estado democrático de derecho²³. Concluyo entonces entendiendo la norma como un límite racional.

²⁰ Habermas, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, 1998.

²¹ «En tal situación, quien actúa comunicativamente se halla bajo ese tener que caracteriza a lo que podemos denominar coerción trascendental de tipo débil, pero no por ello se halla ya ante el tienes que prescriptivo de una regla de acción, se reduzca ese tienes que a la validez deontológica de un precepto moral, a la validez axiológica de una constelación de valores objeto de preferencia, o a la eficacia empírica de una regla técnica». Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op.cit.*, p. 66.

²² Pero, aún así: «La normatividad en sentido de orientación vinculante de la acción no coincide por entero con la racionalidad de la acción orientada al entendimiento». Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 67.

²³ En consecuencia, es imprescindible para un Estado democrático de derecho la razón y la norma, pero la motivación es un elemento que no encuentro justificado bajo ninguna teoría sociológica coherente que se plantee. De igual forma, se deriva de aquí que el mismo Habermas (quien posee cierta nutrida influencia de Hegel) sostenga que su concepto de razón comunicativa, aun planteada en términos reconstructivos, «Ya no sirven directamente a introducir una teoría normativa del derecho y la moral. Más bien ofrece un hilo conductor para la reconstrucción de esa trama de discursos formadores de opinión y preparadores de la decisión, en que está inserto el poder democrático ejercido en forma de derecho. Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de Derecho, en las que se desarrollan la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales, aparecen desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de imperativos sistémicos». Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 67. Si se interpretara bajo una perspectiva cerrada estas palabras de Habermas, podríamos creer que a largo plazo puede ocurrir un proceso de motivación normativa. Pero eso sería negar toda una teoría del discurso que más que pretender una simple motivación, busca una reconstrucción.

Para comprender lo perjudicial que se ha convertido la norma jurídica, Habermas en su texto *Derecho y Moral* deslinda el conflicto de la legitimidad nacida de la legalidad: «La ley no es ya sino un embalaje para todo ello, una fina película superficial para legitimar el que la administración de justicia haga en realidad uso de valoraciones suprapositivas, por un lado, y las conexiones y arreglos corporativistas de la Administración, por los intereses más poderosos, por otro. El cambio de la estructura del derecho en función de tal acción situativa por parte de la Administración no puede sino quedar fomentado por una Justicia que se oriente hacia el caso particular y se restringe a sopesar valores».²⁴

La salida que yo le encuentro al conflicto actual, alrededor del procedimiento con el que se redactan las normas jurídicas (el nuevo Código Penal colombiano, por ejemplo) es la de revisar propuestas racionales como la teoría de la acción comunicativa, para que se produzca un procedimiento democrático cierto, dentro de la génesis de las normas jurídicas, en este caso jurídico-penales.

Jürgen Habermas nos enseña que: «La comunicación es la esencia del quehacer humano en la medida en que éste se centra en la integración colectiva para transformar realidades adversas en situaciones de bienestar común».²⁵

²⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 550. En la búsqueda de una mejor interpretación a la obra de Habermas, anexamos el enfoque que hace Juan Antonio García Amado: «Las normas jurídicas han de poseer una dimensión fáctica, que tiene que ver con los dos aspectos interrelacionados de su cumplimiento habitual, por un lado, y de la coacción que lo respalda, por otro. La función de integración social que al derecho le corresponde en sociedades complejas sólo puede cumplirse efectivamente si las normas poseen un elemento de legitimidad que rebasa su pura imposición coactiva y posibilita la mínima aceptación necesaria para su seguimiento [...] Son legítimas (las normas) cuando sus destinatarios pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como autores racionales de esas normas, es decir, cuando el procedimiento de creación de esas normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa; o dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático sin distorsiones». Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann* (Universidad Externado de Colombia, 1997), p. 18. De igual forma, bajo el enfoque habermasiano, Guillermo Hoyos Vásquez analiza la situación: «Primero que todo hay que destacar cómo el conocimiento se alimenta por un lado de las perspectivas, a partir del mundo de la vida de quienes participan en la comunicación, y por otro del poder argumentativo del lenguaje: en él radica un Telos, una inclinación hacia el entendimiento mutuo. Se presupone pues un nivel básico de comprensión de los significados de las proposiciones, que es necesario trascender hacia las posibilidades de validarlas en su verdad, corrección y veracidad. Por tanto comprender, por ejemplo el sentido de una norma, no es ya aceptar su obligatoriedad, sino abrirse a la posibilidad de preguntar por razones y motivos, referidos al mundo de la vida social, para obviar cierto idealismo hermenéutico, que amenaza en todo momento con disolver la realidad en una rapsodia de historias sobre ella». Guillermo Hoyos Vásquez, *Liberalismo y comunitarismo en diálogo sobre los derechos humanos*.

²⁵ Jürgen Habermas, *Modernidad y teoría de la acción comunicativa* (México, 1993), p. 29.

Podríamos parodiar a Habermas en lo que llamaríamos la acción comunicativa en el proceso legislativo:

CONOCIMIENTO + EXPERIENCIA + CREENCIA = ACCIÓN COMUNICATIVA.
DOGMÁTICA + CRIMINOLOGÍA + POLÍTICA CRIMINAL = PROCESO LEGISLATIVO
(DEMOCRÁTICO).

En la medida en que se fomente entre los ciudadanos la comunicación circular inspirada en la reflexión sobre el otro, podremos contribuir a que las personas se expresen entre sí comunicándose en medio de la tolerancia, avanzando en la concertación y en busca del *consenso*.

La falta de comunicación reflexiva en los distintos procesos legislativos y la ausencia de legitimación de las instituciones que dirigen esos procesos, provocan la ausencia de validez y la opacidad del derecho. El derecho, en un Estado social y democrático de derecho, está llamado a ser la garantía del hombre para convivir libremente con los demás hombres dentro de las diversas posibilidades presentes en las circunstancias que lo rodean²⁶.

Propone Habermas entonces, crear la norma a partir de procesos democráticos ciertos donde la base de estructuración es la comunicación de todas las esferas sociales, de cada uno de los individuos. El profesor Alex Callinicos dice al respecto: «*Las relaciones de producción no son reductibles a la acción instrumental que con cierta plausibilidad podríamos identificar en el proceso laboral, como tampoco a la interacción social normativamente regulada, cuyo telos implícito sería el consenso; constituyen más bien una esfera de relaciones asimétricas, de distribución inequitativa de la riqueza y los ingresos, de intereses de clases antagónicas y de irreconciliable lucha social*»²⁷. Pero después, a pesar de su descontento, agrega: «*La reconstrucción que hace Habermas del materialismo histórico elimina las relaciones de producción, que se subordinan a las estructuras consensuales de la integración social: El núcleo institucional en torno al cual se cristalizan las relaciones de producción establece una forma específica de integración social. Por integración social entiendo, siguiendo a Durkheim, asegu-*

²⁶ «El llamado contrato social, una vez traducido a pacto constitucional, deja de ser una hipótesis filosófico-política para convertirse en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al estado y al ciudadano, haciendo de ellos dos sujetos con soberanía recíprocamente limitada». Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2000, p. 860.

²⁷ CALLINICOS, Alex, *Against Postmodernism: A Marxism Critique* (Bogotá, 1993), p. 219. Ver también del mismo autor *Making History*, capítulos 3 y 5.

rar la unidad social del mundo de la vida a través de sistemas y normas»²⁸. De aquí, concluye Callinicos: «la distinción entre el mundo de la vida y el sistema sustituye la distinción entre las fuerzas y las relaciones de producción, y éstas últimas se identifican con las estructuras normativas autónomas de la ley y la moralidad»²⁹. Callinicos y Habermas se separan en sus teorías debido a que Callinicos prefiere sostener la irreductibilidad a la acción instrumental de la teoría marxista de los intereses, mientras Habermas, por otro lado, con sus estructuras homólogas de la conciencia en la historia del individuo y de la especie, prefiere sustentar una ética universal del habla en la cual las normas se justifican argumentativamente³⁰.

CONCLUSIÓN

Pensar en un Estado Moderno nos obliga pensar en una sociedad Moderna. Ya sea que sigamos el análisis de Marx, de Weber, de Luhmann, de Parsons, o de Habermas, el problema de la validez de la norma existe. El punto de partida es este problema, pero las soluciones dependen del enfoque político e ideológico que se maneje.

La asimetría y la epistemología de la fuerza que nos explica Resta, la irreconciliable lucha social de Callinicos, las coerciones del conflicto social en Weber, el control formal como manifestación de sometimiento en la criminología crítica, presentan un factor dominante en común: **la norma jurídica**.

En mi particular concepción de la normatividad dentro de la sociedad encuentro necesario comprender que una norma no puede ser *fuerza generadora* de una sociedad democrática³¹. Puede ser fuente generadora de autoritarismo, de oligarquía, como el caso de Colombia con la expedición

²⁸ CALLINICOS, Alex, *Against Postmodernism: A Marxism Critique* (Bogotá, 1993), p. 219.

²⁹ *Ibid.*, p. 219.

³⁰ GIDDENS, Anthony le objetó a la teoría de la Acción Comunicativa: «¡Demasiado Weber! ¡Muy poco Marx!».

³¹ Crear un Estado Moderno a través de motivaciones subjetivas adheridas a la ley positiva es un absurdo. Mantener un Estado Moderno a través de normas sólo será posible si éstas (las normas) son el resultado de un proceso democrático donde reine el consenso de las comunicaciones entre los seres humanos. Es por esto, que el derecho no es la exclusiva solución para que el Estado colombiano se vincule a la Democracia. Hace falta solidaridad social nacida de la espontánea necesidad humana, no de prohibiciones con alto grado de eficientismo y veneno extranjero.

del nuevo Código Penal, pero en ningún caso podrá ser inspiración de una democracia. El contrato social debe nacer a partir de un Estado Natural, que al degenerar en Estado Social necesita vincularse a unas normas que le permitan su mantenimiento. El contrato social mantendrá la sociedad moderna. Pero no se puede pretender crear una sociedad moderna, un Estado Moderno, a través de normas, porque esa sería otra forma de Autoritarismo.

BIBLIOGRAFÍA

- CALLINICOS, A., *Against postmodernism: A Marxism Critique*. Bogotá, 1993.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2000.
- GARCÍA AMADO, J., *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá, 1997.
- HABERMAS, J., *Teoría y Praxis (1971)*. Madrid, 1987.
- *Teoría de la acción comunicativa (1981)*. Madrid, 1987, 2 vols.
- *El discurso Filosófico de la Modernidad (1985)*. Madrid, 1989.
- *Escritos sobre moralidad y eticidad (1991)*. Barcelona, Piadós.
- *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso (1992)*. Madrid, 1998.
- HOBBS, T., *Leviatán*. Madrid, 1983.
- HOYOS, G., *Liberalismo y comunitarismo en diálogo sobre los derechos humanos*.
- KANT, I., *La metafísica de las Costumbres (1797)*, 1989.
- KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, 1999, Universidad Externado de Colombia.
- PAPACCHINI, A., *Comunitarismo, liberalismo y derechos humanos*.
- RAWLS, J., *Una Teoría de la Justicia*. Baltimore, 1971.
- RAWLS, J. y HABERMAS, J., *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona, 1998.
- RESTA, E., *El orden del derecho (1984)*. En revista *Nuevo Foro Penal*, 1999.
- ROUSSEAU, J., *Contrato Social*. Madrid, 1970.
- SORIANO, R., *Sociología del derecho*. Barcelona, 1997.
- VIVIESCAS, F. e ISAZA, F., *Colombia: el despertar de la modernidad (1991)*. Santa Fe de Bogotá, 1994.