

V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires, 2010.

Producción del Derecho, legitimidad y Democracia.

Vita Leticia.

Cita:

Vita Leticia (2010). *Producción del Derecho, legitimidad y Democracia.* V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-036/430>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Trabajo preparado para su presentación en el V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP).
Buenos Aires, 28 a 30 de julio de 2010.

Producción del Derecho, Legitimidad y Democracia

Leticia Vita

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja,
Facultad de Derecho, UBA, CONICET
ljvita@derecho.uba.ar

Área temática: Teoría Política

Subárea temática: Teoría de la Democracia

Panel: Democracia deliberativa y legitimidad del Derecho.

Resumen:

El presente trabajo busca rastrear en los elementos teóricos que brinda la teoría política y jurídica de la Alemania de entre guerras, el debate acerca de la producción y legitimación del Derecho. Partiendo del pensamiento de Hans Kelsen, Hermann Heller y Carl Schmitt se buscará analizar un modelo estatalista de legitimación del Derecho y luego actualizarlo críticamente con el modelo de democracia deliberativa, planteado por Jürgen Habermas.

Trabajo preparado para su presentación en el V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP).
Buenos Aires, 28 a 30 de julio de 2010.

Producción del Derecho, Legitimidad y Democracia¹

Leticia Vita²

¿Qué es una concepción deliberativa? Es una concepción por supuesto conectada con el constructivismo epistémico en materia moral y es la concepción según la cual la democracia tiene un poder transformador de las preferencias de tipo impersonal (no de las de tipo personal) y en consecuencia la democracia tiene un cierto valor epistémico (dados una serie de mecanismos que son discutibles y que he tratado de defender, etc.) respecto de la validez de las preferencias de tipo impersonal que se constituyen a través del método democrático (Nino, 1993: 45-46).

(1) Preliminares

Que la democracia pueda transformar nuestras preferencias personales, como sostiene Carlos Nino, implica ampliar este concepto a mucho más que un mero procedimiento o método para elegir entre elites, es también rechazar que la vida política se reduzca a la lucha entre grupos rivales y confiar en la posibilidad de alcanzar un punto de vista del bien común a partir de la deliberación.

Por ende, también replantea la posibilidad de dotar de una legitimidad especial al Derecho, producido ahora no por acuerdos y negociaciones de grupos, sino como fruto de un proceso de discusión e intercambio de argumentos. Esta cuestión, la de la legitimidad del Derecho, pone de manifiesto el controvertido problema de la relación entre el Derecho y la Moral. Estos pares de conceptos: *Legalität* y *Moralität*, legalidad y legitimidad, Derecho y Moral, nunca son claramente determinados, no sólo en cuanto a los dominios que abarcan las relaciones que los delimitarían, sino en cuanto a la definición de la relación misma. Mientras que para Max Weber y Hans Kelsen, por ejemplo, no se da relación alguna entre ambos dominios, para otros, como H. L. Hart o John Rawls, podría darse contingentemente una intersección (Vernengo, 1992: 274).

Robert Alexy (2004) describe con claridad la existencia de dos posturas con respecto a la relación entre el Derecho y la Moral: las positivistas y las no positivistas. Se podría afirmar que las teorías positivistas sostienen *la tesis de la separación*. Según ella, el concepto de Derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. Esta tesis presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral. Por lo tanto, para el concepto positivista de Derecho, quedan sólo dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento y

1 El presente trabajo fue producido en el marco de la investigación que estoy desarrollando para mi tesis doctoral acerca de la Legitimidad del Derecho y el Estado en el pensamiento jurídico de la República de Weimar.

2 Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA, CONICET.
ljvita@derecho.uba.ar

el de la eficacia social. Las numerosas variantes del positivismo jurídico resultan de las diversas interpretaciones y del peso que se dé a estos dos elementos definitorios. La corrección del contenido del Derecho, cualquiera que éste sea, no juega aquí ningún papel.

En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen *la tesis de la vinculación*. Según ella, el concepto de Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de Derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social.

Ahora bien, sería ingenuo considerar que estamos hablando sólo de posturas metodológicas cuando escogemos uno u otro enfoque. Se ha acusado, por ejemplo, al positivismo jurídico de haber removido en Alemania los problemas ético-jurídicos de la enseñanza del Derecho y con ello, contribuir a un atrofiamiento de la conciencia de los juristas con respecto a este problema. Por supuesto que también quienes sostenían una postura iusnaturalista o jusmetafísica también contribuyeron y prepararon la vía al nacionalsocialismo (Dreier, 1985: 86), pero no podemos dejar de preguntarnos acerca de estas consecuencias prácticas.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la postura que indicaron los juristas de la época de Weimar acerca de la legitimidad del Derecho, su producción y la democracia. ¿Por qué el pensamiento de Weimar? Por muchas razones, pero principalmente por dos. La República de Weimar enfrentó una certera crisis del Estado en toda su dimensión: política, social, económica. Esta crisis se manifestó en una crisis de la misma Constitución, las instituciones democráticas y por supuesto, una crisis de la legitimidad del Derecho. La amenaza de la Constitución hizo que los teóricos de Weimar investigaran en profundidad las precondiciones del gobierno constitucional y de la legitimidad del Derecho (Jacobson, Schlink, 2002).

El segundo motivo para partir del pensamiento de Weimar es que éste es el único período en la historia de Alemania, previo a la República Federal (a parte de unos pocos meses en 1848) en el que la teorización acerca del Derecho del Estado tuvo lugar en un contexto democrático. Por lo que los debates de Weimar juegan hoy en Alemania un papel en cierto sentido similar al de *Los Federalistas*, en los Estados Unidos (Jacobson, Schlink, 2002:3)

Por último, la propuesta es la de contrastar el modelo presentado por estos juristas de Weimar con el paradigma deliberativo que plantea Habermas. Habermas propone un modelo donde la legitimidad del Estado moderno deja de estar asociada a la legalidad como planteaba Weber (1944) o como veremos, propone el positivismo, para dar cuenta de la producción del Derecho en el marco de una democracia deliberativa. Así, para Habermas (2008a) la manera de operar de un sistema político articulado en términos de Estado de Derecho no puede describirse de modo adecuado, tampoco empíricamente, sin referencia a la dimensión de validez del Derecho, y a la fuerza legitimadora que tiene la génesis democrática del Derecho (Habermas, 2008a:363-364)

(2) Legitimidad del Derecho y la Democracia en el pensamiento de Weimar

La particularidad del pensamiento jurídico y político de la República de Weimar esta signada por la gran diversidad de corrientes ideológicas y metodológicas que predominaron y generaron debates aún más allá de la caída del régimen nazi. El

conflicto de métodos y orientaciones en la doctrina del Derecho político se caracterizó, además de por el debate sobre determinados temas o en torno a ciertas propuestas teóricas, por el hecho de que los problemas fundamentales del Derecho público resultaban constitutivamente vinculados a una discusión metodológica (Lepsius, 2008).

Temas como la viabilidad de la democracia parlamentaria, la defensa de los derechos fundamentales, las prerrogativas del Poder Ejecutivo, el papel del Poder Judicial, la defensa de las minorías y los derechos sociales pasaron por los debates de Weimar. Asimismo, la cuestión del vínculo entre moral y Derecho y sus implicancias para la democracia jugaron un papel importante en las discusiones de la República como así también, con posterioridad, para poder explicar la caída del régimen democrático.

Entre los académicos de Weimar encontramos tanto representantes del positivismo jurídico como Gerhard Anschütz, Hans Kelsen, Gustav Radbruch como del idealismo de Rudolf Smend o el anti-positivismo de Hermann Heller o de Hugo Preuss, y representantes de la izquierda como el mismo Heller o de la derecha como Carl Schmitt, defensores de la República -como Kelsen, Heller o Radbruch- y críticos de ella. Es por eso que, debido a la variedad de enfoques, en lo que sigue, nos concentraremos en tres autores que ejemplifican muy bien las distintas corrientes ideológicas, políticas y metodológicas de Weimar. En primer lugar, analizaremos las ideas acerca de la legitimidad del Derecho y la democracia del positivista Kelsen, luego las ideas del conservador y crítico de la República Schmitt y finalmente, las del socialdemócrata Hermann Heller.

Empecemos entonces por la perspectiva del positivismo kelseniano, que como sabemos, se inserta dentro de las tesis de separación entre la Moral y el Derecho. Es sabido que Kelsen emprende la tarea de “purificar” al Derecho de sus elementos extraños, dejando de lado los elementos políticos o morales que interfieren con lo jurídico (Kelsen, 1986: 15). Se trata de separar al Derecho de la Moral y es por eso que el problema de la legitimidad no es un asunto que le corresponda a la ciencia jurídica juzgar, ya que ésta no tiene por qué justificar en forma alguna -sea mediante una moral absoluta, o sólo a través de una moral relativa- el orden normativo que en todo caso sólo debe conocer y describir (Kelsen, 1986: 82).

A partir de este objetivo explícito, Kelsen emprende su crítica a la doctrina del Derecho natural que se caracteriza precisamente por defender la teoría de la vinculación entre Derecho y Moral. Para el iusnaturalismo existiría por encima del Derecho positivo imperfecto creado por el hombre, un Derecho natural perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad divina. De esa manera, esta doctrina entiende que el Derecho positivo queda justificado y es válido sólo en la medida en que corresponde al Derecho natural (Kelsen, 1993: 70). En definitiva, lo que critica Kelsen es la función ideológica que cumple el iusnaturalismo, ya que en esta doctrina, la única función del Derecho natural es la de justificar al Derecho positivo, es decir, a cualquier derecho positivo establecido por un gobierno efectivo.

Sin embargo, Kelsen observa que a pesar de las “evidentes falacias que contiene”, la doctrina iusnaturalista ha tenido una gran influencia sobre el pensamiento social porque satisface una necesidad humana profundamente enraizada: “la necesidad de justificarse” (Kelsen, 1993:93).

Partiendo entonces de la tesis de separación entre Derecho y Moral, Kelsen vincula la validez jurídica no con la legitimidad, entendida en términos de reconocimiento por parte de los implicados en el orden jurídico, sino no la legalidad.

Desde una perspectiva weberiana, maneja un concepto formal de validez y legitimidad jurídica coherente con su intento de no involucrar valores morales en la consideración de las normas. Por tanto, para Kelsen la “validez” consiste en la fuerza que obliga a obedecer el Derecho, o sea la idea según la cual una ley debe ser obedecida por las personas cuya conducta regula (Kelsen, 1993:183) pero esta obediencia al Derecho no se debe, como dijimos al convencimiento de los involucrados, sino a una cuestión de adecuación normativa. Kelsen responde a la pregunta de por qué el Derecho es obedecido a partir de su concepto de norma fundamental. El Derecho entonces es obedecido porque presuponemos una norma, esta norma fundamental, a la cuál este Derecho se adecúa. Así, si nos preguntamos por qué determinada norma legal es válida, siempre tendremos que responder en relación a otra norma (superior) que regula la creación de la norma inferior, es decir, que determina los hechos que condicionan la existencia de la norma inferior. Si continuamos investigando por qué las normas legales son válidas, llegaremos a una última norma cuya creación no viene determinada por ninguna norma superior, la norma fundamental o *Grundnorm* (Kelsen, 1993:138). Así, para Kelsen debe existir una razón última, una norma fundamental, origen de la validez de todas las normas que pertenecen a un determinado orden legal.

De esta manera, podemos ver claramente cómo Kelsen deslinda el concepto de legitimidad de algún tipo de moralidad determinada a partir de lo que Kelsen quiere dar a entender por el “principio de legitimidad” (Kelsen, 1986: 218). Kelsen define a este principio como aquel por el que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico. Dicho en otras palabras, para Kelsen las normas permanecen válidas mientras no son derogadas de la manera que el orden jurídico determina. Se trata entonces de un criterio meramente formal.

Esto queda aún más claro cuando Kelsen subordina la vigencia de este principio de legitimidad, a la efectividad del orden jurídico. Para Kelsen el principio de legitimidad deja de valer en el caso de una revolución, incluyendo aquí a los golpes de Estado (Kelsen, 1969: 137). La sustitución del orden jurídico ocasionada por un golpe, es una sustitución que no se hace en la forma prescrita por el orden anterior. Pero, como la eficacia del orden jurídico total es para Kelsen condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran, las normas dejan de ser válidas no sólo cuando son derogadas de acuerdo con el procedimiento constitucional, sino también cuando el orden jurídico total pierde su efectividad. Es decir, el principio de legitimidad es restringido por el principio de eficacia (Kelsen, 1969:140).

Ahora bien, si bien Kelsen plantea en estos términos el problema de la legitimidad del Derecho y la separación entre Derecho y Moral, no encuentra obstáculos para -desde una perspectiva no jurídica, sino política- defender al régimen democrático³. Se trata esta de una constante en su obra, pero es tal vez su temprano ensayo de 1920, *Esencia y valor de la democracia*, el que nuclea estas ideas. Su concepto de la democracia ha sido catalogado como procedimental (en el sentido en que la toma Bobbio, 1986) y definitivamente se encuentra vinculado a su reconocido relativismo filosófico (Kelsen, 1993:120).

Así, para Kelsen la democracia es la idea de una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo. Así, democracia significa para Kelsen

³ Aunque su defensa pueda ser considerada insuficiente, debido justamente a la asepsia ideológica de su teoría jurídica (Dyzenhaus, 1999).

identidad de dirigentes y dirigidos (Kelsen, 2005:30), identidad del sujeto y del objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo.

Kelsen parte del presupuesto de la imposibilidad de una democracia directa en nuestras sociedades modernas, y por lo tanto, define a la democracia representativa como una democracia mediata, parlamentaria, donde la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos. Asimismo, considera que es errónea la ficción de la representación, que ve al Parlamento como el lugarteniente del Pueblo. El sistema de la democracia representativa no puede legitimarse por este medio -de hecho, de allí vienen sus principales críticas- sino por los resultados que genera en la toma de decisiones. Para Kelsen, la democracia es un procedimiento que asegura la consecución de soluciones intermedias, postura que se corresponde con una visión del mundo relativista donde predomina la tendencia a buscar un término medio entre dos posiciones opuestas, ninguna de las cuales puede ser objeto de una única y exclusiva posición por parte de alguien, en absoluta negación de la contraria (Kelsen, 2003: 261-262).

De esta manera, partiendo de la aceptación de la democracia representativa, Kelsen confía en la posibilidad de poder intensificar los elementos democráticos del parlamentarismo por medio de la implantación de una serie de reformas. Estas reformas consisten en la ampliación de las instituciones del referéndum, la iniciativa popular, alguna modalidad adaptada de mandato imperativo y la supresión o restricción de la inmunidad parlamentaria (Kelsen, 2005). Se trata siempre de intensificar los elementos democráticos del sistema, no se vinculan estas reformas con un incremento de la democracia en la producción del orden jurídico como lo hace, por ejemplo Carlos Nino (1997).

En resumen, podemos identificar en Kelsen por un lado una preocupación metodológica que lo lleva a defender la separación de todo elemento moral del análisis de la validez del Derecho y al mismo tiempo, una preocupación política, legítimamente motivada en su tiempo, que lo lleva a realizar una defensa de la democracia parlamentaria como el mejor procedimiento de gobierno, por garantizar la convivencia de valores diversos en una sociedad. Es importante no dejar de lado esta defensa teórica que realiza Kelsen y que muchas veces es opacada por su convicción metodológica. Aún la misma insistencia kelseniana en mantener la tesis de separación entre Moral y Derecho puede entenderse como motivada por razones morales, en una lucha contra la utilización ideológica del Derecho (Garzón Valdes, 1990).

Sin embargo, es cierto que desde una postura exclusivamente positivista, podemos hablar de la validez -en términos de legalidad o de adecuación a la norma fundamental- de normas no democráticas, incluso de la validez de normas injustas. Es posible ver esto en el concepto mismo de Estado de derecho postulado por Kelsen, para quien limitar este concepto a un Estado que corresponda a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica, implica admitir que sólo el orden coactivo así tipificado pueda ser visto como un “verdadero” orden jurídico. Pero para Kelsen, tal supuesto es un prejuicio iusnaturalista, ya que también un orden coactivo relativamente centralizado de carácter autocrático, que no ofrezca, por su ilimitada flexibilidad, ninguna seguridad jurídica, es un orden jurídico y -en tanto se diferencie orden y sociedad- la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, es una comunidad jurídica que, como tal, es un Estado (Kelsen, 1986: 320).

Kelsen mantuvo estas ideas aún después de la experiencia nazi, no así fue el caso de Gustav Radbruch, socialista defensor de la República, quien fue conocido por haber

sido hasta 1933 un positivista y relativista convencido y después del ascenso de Hitler al poder haber renunciado a su convicción metodológica. En su extensa obra *Rechtsphilosophie* de 1932, Radbruch sostenía que el Derecho debía permanecer firmemente separado de la moral. Así, entendía que el juez tenía el deber profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificando su propio sentimiento jurídico. El juez debía preguntarse sólo qué es derecho y no si también es justo.

Sin embargo, luego del avance nazi Radbruch comenzó a dudar de esta postura⁴. En su conocido ensayo publicado en 1946, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal” acuñó la famosa fórmula de que en caso de conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, es decir, entre derecho y moral, por lo general hay que darle prioridad al derecho positivo, salvo que se trate de un derecho injusto. Allí sostiene que el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse en el sentido de que el derecho positivo tiene preeminencia aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, aunque cuando el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deberá ceder su lugar a la justicia (Radbruch, 1962:37). En ese sentido, no se puede definir el Derecho, aún el derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia.

Así Radbruch, intenta buscar cierto equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica, porque considera, es ella misma una parte de la justicia. Para Radbruch, es necesario después de la experiencia nazi volver a construir de nuevo un Estado de Derecho que satisfaga en lo posible ambos pensamientos. La democracia es, por cierto un valioso bien, el Estado de Derecho es, empero, como el pan cotidiano, el agua que se toma, el aire que se respira y lo mejor de la democracia es que ella es la única apropiada para asegurar el Estado de Derecho (Radbruch, 1962:51,52).

Ahora bien, no todos estaban de acuerdo con la defensa de la democracia de Weimar y la República. Del lado de los teóricos críticos encontramos sin duda a Carl Schmitt. Su postura -vinculada a una noción particular de democracia plebiscitaria- es útil para comprender los límites y las tensiones entre la legitimidad y la legalidad en el Estado representativo moderno. Y en ese sentido, es su famosa obra de 1932, *Legalidad y Legitimidad*, la que más elementos aporta al debate, además de representar un interés histórico más complejo, ya que fue elaborada a pocos meses de la llegada de Hitler al poder.

Schmitt distingue claramente entre legalidad y legitimidad, vinculando la primacía del principio de legalidad al Estado legislativo moderno. En este Estado la forma específica en que se manifiesta el Derecho es la ley, y la justificación específica del poder coercitivo del Estado es la legalidad (Schmitt, 2002a: 22). Desde una perspectiva crítica de la democracia parlamentaria Schmitt acuerda con la caracterización de Otto Kirchheimer, para quien la legitimidad de la democracia parlamentaria consiste únicamente en su legalidad.

El gran problema que ve Schmitt en esta identificación entre legalidad y legitimidad radica en el olvido de los valores que sustentan el régimen político. Así, frente a lo que cree Schmitt consiste en una crisis de los presupuestos del Estado legislativo democrático y parlamentario, se cierran los ojos ante la situación constitucional concreta y para salvar el sistema de legalidad, se permanece aferrado a un concepto de ley funcionalista y formal, absolutamente “neutral en cuanto a los valores”. Uno de los problemas más graves que ve Schmitt es el olvido del concepto “material”

4 Ver Martínez Bretones, M. (2003) *Gustav Radbruch, Vida y Obra*, México, UNAM.

de ley, pasando a ser comprendido este concepto como tan solo la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento (Schmitt, 2002a: 43).

Para Schmitt esto hace posible que se de una “revolución legal”: cuando la legalidad se identifica con la legitimidad quien tiene legalmente el poder puede actuar como quiera, ya que quien tenga la mayoría requerida por el sistema ya no cometerá injusticias, pues todo lo que haga se convierte en Derecho y en legalidad. Así, la pretensión de legalidad convierte en “ilegalidad” a toda resistencia y a toda revuelta contra la injusticia y la antijuridicidad y lo más importante, si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos *hors-la-loi*, excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Efectivamente, quien domine el 51% podría ilegalizar, de modo legal, al 49% restante. Podría cerrar tras sí -como en efecto hizo Hitler- de modo legal, la puerta de la legalidad por la que ha entrado y tratar como a un delincuente común al partido político contrario, *que tal vez golpeaba con sus botas la puerta que se le tenía cerrada* (Schmitt, 2002a: 48).

Así, Schmitt vincula a la legalidad -heredera del liberalismo- con la neutralidad axiológica y a la legitimidad, con la consagración de valores. En efecto, para el jurista, uno de los problemas principales de la Constitución de la República es la combinación de los elementos de legalidad liberales con ciertos valores y principios sociales que fueron consagrados en la Constitución (fundamentalmente en su segunda parte).

La posibilidad de una salida a esta legalidad sin valores la ve Schmitt en la consagración del principio de legitimidad plebiscitaria. Para el jurista, este tipo de legitimidad es la única especie de justificación estatal que hoy debe reconocerse en general como válida (Schmitt, 2002a: 112). Históricamente, Schmitt distingue dos clases de legitimidad, la dinástica y la democrática, correspondientes a los dos sujetos del Poder constituyente que históricamente hay que considerar: príncipe y pueblo (Schmitt, 2006: 104). Así, para nuestro autor, la legitimidad de nuestro tiempo se basa en la soberanía del Poder constituyente o del Pueblo.

Vemos entonces que a diferencia de Kelsen, Schmitt sí ubica a la legitimidad en relación con la producción del Derecho y por eso critica la idea de validez -vinculada a la legalidad- que Kelsen sostiene. Para Schmitt la legitimidad de una Constitución no depende de que haya sido tramitada según leyes constitucionales antes vigentes. Es por eso que considera que la legitimidad de la Constitución de Weimar se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán y no en que ella derive de la Constitución del Imperio (Schmitt, 2006: 104).

Así, para Schmitt la legitimidad democrática se apoya en el idea de que el Estado es la unidad política de un pueblo, pero esta voluntad constituyente no está vinculada a ningún procedimiento determinado. Por eso, considera que el hecho de que las decisiones sean las de una Asamblea constituyente o las de una votación popular no hace a la mayor o menor legitimidad democrática (Schmitt: 2006:106-107). Para Schmitt estos métodos de votación individual secreta son problemáticos, precisamente desde el punto de vista de una Democracia auténtica. Así, no sin cierta vaguedad conceptual, Schmitt considera que sería posible adjudicar a las más distintas Constituciones el carácter de la legitimidad democrática, siempre en tanto se basen en el Poder Constituyente del pueblo, poder presente, incluso cuando sólo actúa de forma tácita (Schmitt, 2006: 107).

Para completar este panorama de pensamiento jurídico de Weimar resumiremos las ideas acerca del Derecho y la legitimidad de quien fuera un fuerte defensor de las

instituciones de la República de Weimar, convencido de los valores sociales de su constitución, afiliado al partido socialdemócrata alemán con ciertas reservas y extrañamente “nacionalista-socialista”⁵. Heller ha sido muchas veces ubicado como en una postura intermedia entre la de Hans Kelsen y la de Carl Schmitt (Dyzenhaus, 1999).

Con respecto entonces a la cuestión de legitimidad del Derecho se podría decir que Heller, retomando la idea de legitimidad weberiana, sostiene que todo grupo de dominación precisa a la larga de la creencia de que sus principios jurídicos y, por éstos, sus preceptos jurídicos, poseen una fuerza obligatoria general que liga también a los sometidos (Heller, 1992: 209). Sin embargo, Heller va aun más allá porque la suya no es una concepción formalista o legalista de la legitimidad sino todo lo contrario. Heller sostiene la existencia de ciertos principios suprapositivos del Derecho. Para el jurista, la voluntad del Estado extrae su propia justificación, como poder, de principios jurídicos suprapositivos, vinculados a una realidad social existencial. La misma soberanía estatal se basa en esta legitimidad.

Heller acepta una relación necesaria entre el Derecho y la Moral. Sin embargo, precisa postular un punto intermedio, ya que cree que si la amoralización del Derecho conduce a “la glorificación religiosa de la situación real del poder”, su moralización absoluta nos lleva a la anarquía. Así, si todos sostuviéramos que determinado precepto jurídico no es obligatorio porque carece de legitimación ética, lo único que nos impediría de caer en el anarquismo *sería la ficción jusnaturalista de una comunidad jurídica absolutamente uniforme* (Heller, 1992: 214).

De esta manera, para Heller tanto la moralización que la amoralización del Derecho pasan por alto el condicionamiento recíproco de la formación de Derecho por parte del poder y de la formación del poder por el Derecho. En vano ciertas posturas pretenden una irrealizable y falsa amoralización de la justicia y el Derecho, de la legitimidad y la legalidad, de la normatividad y la positividad. Poder y Derecho se autoimplican y por tanto, es necesario encontrar parámetros morales para juzgar tal realidad.

De ahí la crítica de Heller a Kelsen. Kelsen ha intentado disolver al Estado en el Derecho, constituyendo una doctrina exclusivamente formal de un Derecho natural sin contenido. La “doctrina pura del Derecho” no conduce a la representación de una autoridad impersonal del Derecho, sino a la de una autoridad depurada de todo contenido ético y sociológico (Heller, 1992: 216). Así, para Heller toda la Teoría Pura del Derecho descansa y, a la vez, se disuelve, en la afirmación de que la validez del Derecho nada tiene que ver con la facticidad de una voluntad individualizada que positivice las normas (Heller, 1995: 136) ni tiene relación alguna con principios morales.

Heller distingue, al igual que Schmitt, a la legitimidad de la legalidad y sostiene que la conformidad de un acto estatal con la ley y de esta con la constitución jurídico positiva o con la constitución hipotética “lógico-normativa”, solo puede constituir la base de una legalidad, pero nunca de una legitimidad justificadora. La afirmación de que la forma de legitimidad más corriente en la actualidad sea la creencia en la legalidad es -es decir, la definición weberiana- es para Heller sencillamente inexacta. Para él, sólo en el Estado de Derecho con división de poderes existe una conexión entre legalidad y legitimidad, y esa conexión es tanto una conexión material como formal y de técnica de

5 Acerca de la peculiaridad del pensamiento de Heller y el socialismo jurídico de Weimar ver HERRERA C. (2002) *Derecho y Socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

organización (Heller, 1992: 239). Así, la legalidad no puede sustituir a la legitimidad, por el mismo motivo de que hoy en día nadie cree que todas las disposiciones del legislativo popular sean, “en virtud de una especie de predestinación metafísica”, derecho justo (Heller, 1992: 239).

Para Heller entonces, existe un vínculo entre el Derecho y la Moral de tal manera que cuando hablamos de Derecho debemos distinguir aquellos principios morales del Derecho que constituyen la base del orden jurídico, de las normas jurídicas positivas. Estos principios no se contentan con poseer una validez de carácter ideal, absoluto, sino que aspiran a operar también como preceptos jurídicos positivos hasta donde sea posible (Heller, 1992: 240). Así, el precepto jurídico recibe toda su fuerza moral obligatoria exclusivamente del principio ético del Derecho, supraordinario.

Sin embargo, estos principios del Derecho proporcionan sólo las directrices generales sobre cuya base debe establecerse el status jurídico entre los miembros de la comunidad jurídica (Heller, 1992: 240-241). La actuación estatal sería entonces legítima, cuando tiene en cuenta a estos principios como directrices. El Derecho entonces, sería legítimo, siempre que incluya como guía a estos principios.

Lo importante es que en este modelo que plantea Heller, las instituciones organizadoras del Estado por perfectas que se las imagine, sólo pueden llegar a garantizar la observancia de las formas jurídicas y la seguridad jurídica, la legalidad pero no la legitimidad ética de los actos del Estado (Heller, 1992: 244). Para Heller, es el ciudadano, quien en verdad deberá comprobar que la norma positiva se adecúe a los principios morales. Por eso, a causa de su función social, el poder del Estado no ha de contentarse con la legalidad técnico-jurídica sino que, por necesidad de su propia subsistencia, debe también preocuparse de la justificación moral de sus normas jurídicas o convencionales positivas, es decir, el Estado debe buscar la legitimidad (Heller, 1992: 261-262). En definitiva, su autoridad se basa únicamente en su legalidad en tanto ésta se fundamenta en la legitimidad.

Resumiendo entonces las ideas principales del modelo planteado por el pensamiento de Kelsen, Schmitt y Heller se podría afirmar que encontramos en cada postura cierto concepto de Derecho -y de legitimidad del mismo- que se corresponde con determinado modelo de democracia. El modelo positivista de Kelsen, plantea la separación entre Derecho y Moral y por lo tanto reniega de la posibilidad de hablar de una legitimidad basada en algo diferente a la legalidad. La validez jurídica en Kelsen se apoya en la idea de adecuación normativa con una norma fundamental superior. Se trata de una presuposición, pero claramente, sin ninguna conexión con la moralidad prevaleciente en una sociedad determinada. El modelo de democracia defendido por Kelsen es el de la democracia representativa parlamentaria, la esencia de la democracia es la de ser un procedimiento para lograr acuerdos, su punto de partida y de llegada: el relativismo axiológico.

En cambio, para Schmitt el Derecho no se define exclusivamente en términos normativos. El Derecho es tanto norma como decisión (Schmitt, 2005: 30) y la legitimidad del mismo se sustenta en el poder constituyente del Pueblo. Es por eso que Schmitt plantea un modelo de democracia plebiscitaria, del pueblo soberano inmediatamente presente, que se identifica consigo mismo (Schmitt, 2002a: 83. Para Schmitt la legitimidad plebiscitaria es actualmente el único sistema de justificación reconocido que queda.

Ahora bien, para Schmitt, esta democracia plebiscitaria no se sustenta en la existencia de un pueblo sin intermediarios, sino que, por el contrario, precisa de un

gobierno o de cualquier otra instancia autoritaria en la que pueda tenerse confianza de que planteará correctamente la pregunta correcta (Schmitt, 2002a: 113). Es así que para Schmitt no existe necesariamente incompatibilidad entre democracia y dictadura. La fuerza democrática puede ser incluso mucho mejor expresada a partir de una dictadura plebiscitaria, frente a la democracia artificial del Parlamento se presentan los métodos dictatoriales y cesaristas que pueden ser para Schmitt la expresión directa de la sustancia y la fuerza democrática (Schmitt, 2002b:22).

Finalmente, en el caso de Heller, si bien, como hemos visto, aparece también una relación entre Derecho positivo y principios morales, el modelo de democracia que Heller plantea se basa en la democracia parlamentaria y en el Estado Social de Derecho. Heller cree en la posibilidad de legitimar el Derecho a partir de la adecuación del mismo a ciertos principios directrices, que predominan en un pueblo y un horizonte de sentido determinado. El papel asignado al ciudadano -a quien diferencia del burgués (Heller, 1985)- es activo en la custodia de esta adecuación, y el papel asignado a los Derechos sociales, juega un rol fundamental tanto en la legitimación como en la aplicación del Derecho.

(3) Moral y Derecho en Habermas: La democracia deliberativa

Al modelo derivado del pensamiento jurídico y político de Weimar, podríamos oponerle el modelo deliberativo de Habermas, que plantea el problema de la legitimidad y legalidad del Derecho desde una perspectiva distinta y deriva de ese concepto de Derecho un modelo de democracia también diferente. En Habermas encontramos un planteo de la relación entre el Derecho y la Moral que permite analizar desde otro lugar la teoría del Derecho predominante y que, por más que podamos discutir su alcance y eficacia, da cuenta de una conexión ponderable entre el ámbito de la normatividad y la moralidad.

Si bien se trata de una temática recurrente en el pensamiento de Habermas, es sin duda *Facticidad y Validez*, de 1992, la obra en la que encontramos mejor desarrolladas estas tensiones entre la legalidad y la legitimidad. Allí, Habermas se ocupa de integrar la visión de la Filosofía del Derecho, la Teoría del Derecho y la Sociología Jurídica analizando el Derecho desde la tensión existente entre su “ser” y su “deber ser”, entre la “facticidad” (*Geltung*) y la “validez” (*Gültigkeit*). Estas dos dimensiones, facticidad y validez, plantean la tensión básica presente en el Derecho en la conjunción por un lado de la validez legítima de las normas que supone un sistema de reconocimiento y la dimensión de la facticidad que implica la utilización de una fuerza fáctica que abarca tanto la realización de conductas como la imposición de sanciones institucionalizadas. Así, la validez del derecho se plasma en su legitimidad y las condiciones de facticidad en su legalidad. Veremos entonces como Habermas, a diferencia del positivismo de Kelsen o el primer Radbruch, plantea la posibilidad del reconocimiento de legitimidad del Derecho diferente a la legalidad del mismo y a diferencia de Schmitt o de Heller, plantea la posibilidad de una legitimidad de tipo procedimental.

¿Cómo soluciona la cuestión de la legitimidad del Derecho Habermas? Pues a partir de su teoría de la acción comunicativa⁶. Habermas explica la cuestión de la validez y legitimidad del Derecho con ayuda de procedimientos y presupuestos comunicativos -institucionalizados a la vez jurídicamente- que fundan la presunción de que los procesos de producción del Derecho y aplicación del mismo, conducen a

6 Desarrollada extensamente en su obra de 1981, *Teoría de la Acción Comunicativa*.

resultados racionales (Habermas, 2008a: 497). De esta manera, Habermas, encuentra el origen de la falta de legitimación del Derecho en una perturbación de la génesis democrática del mismo. Así, sin desconocer la importancia de los momentos de ejecución e interpretación del Derecho, el momento de creación y, consecuentemente, el de legitimación se erigen en Habermas como el centro de toda su teoría del Derecho y la sociedad (Chavarro Orozco, 2007).

Habermas parte entonces para explicar la idea de validez del Derecho de la ética del discurso. Como sabemos, ésta consiste en un procedimiento formal de construcción de normas independiente de todo presupuesto de contenido, que resulta del modelo comunicativo del paradigma del lenguaje. El objetivo de todo el procedimiento es el de obtener un argumento capaz de contemplar los intereses de todos los afectados y partícipes del procedimiento discursivo, y por tanto, su aprobación, por el hecho de representar el mejor argumento.

En este sentido, la validez consiste en la aceptación intersubjetiva de un argumento que observa la universalidad de un interés común, está dirigida a la producción de consensos, normas válidas construidas por un grupo de individuos que quiere regular un problema que afecta a todos ellos. Los fundamentos de esta ética del discurso son resumidos por Habermas en su obra de 1983, *Conciencia moral y acción comunicativa*, donde introduce los principios de universalización, como puente para el entendimiento de las discusiones morales (Habermas, 2008b: 68). Este principio se expresa en que sólo son válidas las normas en las que todos los afectados por ella, aceptan o pueden aceptar como participantes en un discurso práctico. Por otro lado plantea el postulado ético discursivo, por el que únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consigan o puedan conseguir la aprobación de todos los participantes en cuanto participantes de un discurso práctico (Habermas, 2008b, 103).

Así, podemos concluir que, para Habermas, la legitimidad del Derecho dependerá en última instancia de un acuerdo comunicativo: en tanto que participantes en discursos más o menos racionales, en negociaciones más o menos imparciales, los sujetos sometidos al Derecho tienen que ser capaces de examinar si una norma controvertida cuenta, o puede contar, con el acuerdo de todos los posibles afectados (Habermas, 1994b: 229).

Ahora bien, Habermas da cuenta de un problema que ya los teóricos de Weimar habían señalado: la crisis de la legitimación del Estado de Derecho. Para Habermas, las instancias estatales que instrumentalizan los derechos atendiendo a la consecución de fines colectivos, se autonomizan en concierto con sus clientes más poderosos dando lugar a una administración de bienes colectivos sin que la selección misma de los fines quede controlada por el proyecto de realización y puesta en práctica de derechos que no pueden instrumentalizarse, así se da en el Estado moderno una tendencia cierta hacia la autonomización del poder ilegítimo, y lo más grave -sostiene Habermas- es que las descripciones de esas tendencias presentan la socavación del Estado de Derecho como consecuencia inevitable de los cambios estructurales que se han producido en el Estado y en la sociedad (Habermas, 2008a: 515).

La Teoría discursiva del Derecho viene entonces a solucionar este problema, ya que entiende por una parte, el Estado democrático de Derecho como la institucionalización que discurre a través de Derecho legítimo (y que, por lo tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a la vez el ejercicio de la autonomía política y una producción legítima de normas (Habermas,

2008a: 523). La esperanza que tiene el paradigma procedimental del Derecho es la de determinar no sólo la autocomprensión de las élites que manejan el Derecho como expertos, sino la de todos los implicados. Y aclara Habermas, esta expectativa nada tiene que ver con la intención de adoctrinar a nadie, ni tiene en sí nada de totalitaria, ya que *el nuevo paradigma se pone a sí mismo a discusión bajo sus propias discusiones* (Habermas, 2008a: 531).

Ahora bien, comprendiendo entonces cuál es el mecanismo que le permitirá a Habermas postular una alternativa a la legitimidad vinculada a la legalidad del positivismo y la legitimidad de valores absolutos del iusnaturalismo, vincularemos esta idea con la de su defensa de una democracia deliberativa y el papel de los ciudadanos en ella. En primer lugar, cabe incorporar la idea de autonomía que maneja Habermas. Para nuestro autor, la posibilidad de pensar en la autonomía del sistema jurídico es fundamental para la realización de la democracia. La autonomía no es para Habermas algo que un sistema jurídico cobre por sí para sí sólo, sino autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una *formación imparcial de la voluntad y del juicio* y por esta vía permiten que penetre, tanto en el Derecho como en la política, *una racionalidad procedimental de tipo ético*. Es por eso que para Habermas, no puede haber derecho autónomo sin democracia realizada (Habermas, 1988: 45).

Podemos concluir entonces que en el modelo habermasiano el sistema democrático no se define por constituir una organización social determinada, sino que se caracteriza por un principio racional de legitimación. Habermas apunta a una democracia “enfrentada a toda dominación”: donde la dominación se disuelva y la voluntad se convierta en racionalidad, los intereses particulares o grupales en generales y la democracia sea entendida como “racionalización del ejercicio del poder político y social”. Finalmente, Habermas intenta buscar mecanismos que recojan esta idea de democracia y por eso se confronta con la “publicidad burguesa”, pero apoya, en el Estado social de derecho, a las iniciativas ciudadanas de participación, minimalización de las decisiones burocráticas, a todos los niveles, y transparencia en el proceso de comunicación pública (Mardones, 1988, 76).

Acercándose en algún sentido al papel dinámico que otorga a los ciudadanos Heller, Habermas plantea la necesidad de una opinión pública activa, para contrarrestar los sistemas autorregulados que impiden la aplicación del principio de universalización. El papel dinámico de los ciudadanos es una condición necesaria de este modelo, ya que si bien el orden jurídico del Estado constitucional democrático encarna un contenido moral, para la realización de ese contenido no basta la buena voluntad de los destinatarios (Habermas, 1997: 98). Asimismo, el procedimiento democrático de la legislación, que es el que empieza convirtiendo a los destinatarios del Derecho en autores de él, depende justamente de una ciudadanía activa, por lo tanto, las instituciones del Estado de Derecho se nutren del contexto de comunicación que representan espacios públicos políticos y tradiciones liberales que el sistema jurídico no puede hacer surgir por su propia fuerza.

Así, Habermas sostiene que no hay posibilidad de Estado de Derecho sin democracia radical. Esta complementación no sólo es algo normativamente deseable sino conceptualmente necesaria, pues de otro modo la autonomía de la persona jurídica se vería considerablemente mermada. Para Habermas, si uno se toma en serio la idea de una comunidad de personas jurídicas libres e iguales, no puede conformarse con un

orden jurídico de tipo paternalista que otorgue a todos iguales libertades de acción de tipo privado. Y esto, porque los ciudadanos sólo pueden estar seguros de que la distribución de derechos subjetivos ha sido igualitaria *si como co-legisladores se han puesto de acuerdo sobre los aspectos y criterios conforme a los que lo igual va a recibir trato igual y lo desigual trato desigual* (Habermas, 1997: 100).

Y en este contexto es que plantea la existencia de derechos fundamentales como elemento clave del funcionamiento de este modelo. Para Habermas, cabe interpretar los derechos del hombre tanto de manera liberal -rechazando las injerencias y abusos estatales en los recintos que deberían quedar esencialmente reservados a los hombres particulares- como interpretarlos como principios de una constitución que organice Estado y sociedad simultáneamente: los derechos fundamentales en modo alguno actúan solo “limitando”, fueron pensados también como *garantes positivos de una igual participación de oportunidades en el proceso de producción tanto de riquezas sociales como también de opinión pública* (Habermas, 2000: 118). Así, la Teoría del Discurso toma elementos tanto del modelo liberal como del republicano (Habermas, 1994a: 7) y los vincula de una manera totalmente nueva.

En otras palabras, la conexión interna entre soberanía popular y derechos humanos planteada por Habermas, consiste en que los derechos humanos establecen las condiciones que permiten institucionalizar legalmente las diferentes formas de comunicación necesarias para garantizar un proceso legislativo políticamente autónomo (Habermas, 1994b: 230). Así, los derechos fundamentales no representan tanto condiciones restrictivas como habilitadoras del ejercicio de la soberanía popular.

Por último, pero no menos importante, cabe recordar que Habermas también ha señalado que el Derecho moderno no puede obtener su legitimidad *exclusivamente* a partir del discurso práctico que ha sido institucionalizado en el procedimiento legislativo, sino que cree que, especialmente en la etapa del Estado Social del bienestar de las sociedades modernas, las leyes no pueden redactarse de la forma semánticamente inequívoca que se requiere para su aplicación lógica subsuntiva (Habermas, 1988: 36; Tuori, 1989: 60). En otras palabras, el juez no puede ser el “autómata de la subsunción” descrito por Weber, sino que la aplicación de las normas jurídicas requiere inevitablemente un ulterior desarrollo constructivo del Derecho⁷.

Breve excursio: la crítica de Roberto Vernengo al modelo de Habermas

El profesor Roberto Vernengo realiza una crítica al planteo de Habermas acerca de la relación entre Derecho y Moral. Basándose exclusivamente en el artículo de Habermas “¿Es posible la legitimidad por la legalidad?”, Vernengo intenta demostrar que la postura habermasiana, sin llegar a representar una vuelta al iusnaturalismo escolástico, cae en sus misma irracionalidad (Vernengo, 1992: 274).

Vernengo critica la idea de Habermas de que el Derecho “exteriorizado” y la moral “interiorizada” se complementan mutuamente. Para él se trata de una relación vaga que incluso se oscurece más cuando Habermas habla del “simultáneo entrelazamiento de Derecho y Moral” (Vernengo, 1991: 219).

En segundo lugar, Vernengo critica la idea de la posibilidad de una moral procedimental. Para Habermas, la moral “atada al Derecho mismo” sería de “naturaleza

⁷ En ese sentido señala Tuori (1989) que la “Theorie der juristischen Argumentation”, de Alexy (1983) ofrece un ejemplo representativo de los argumentos que se han presentado en favor de la naturaleza discursiva de la aplicación del Derecho.

puramente procedimental” ya que se ha “desembarazado de todo contenido normativo determinado”. Para Vernengo resulta imposible entender qué tipo de relación precisa considera Habermas al describir de tal modo la complementariedad y el control mutuo de Derecho y moral porque, en definitiva, no entiende a las reglas de la argumentación del lenguaje como una moral procedimental sino como simples reglas morales.

Para el profesor argentino, no queda nada clara la lógica que Habermas ve en el procedimiento de la argumentación moral y por lo tanto, no tiene mucho sentido pretender que sea esa moral discursiva la que otorgue validez a las normas del Derecho positivo o establezca los criterios de “legitimidad normativa”. La verdad moral no sería, pues, hereditaria a través de la deducción lógica normal, sino pragmáticamente a través de instancias de esa prometida lógica del discurso práctico, a través de las acciones comunicativas. Para Vernengo, no se entiende por qué esas actividades, que no son inferencias lógicas, produzcan un efecto similar a la transmisión de una propiedad característica que la deducción cumple.

Por último, Vernengo critica que en Habermas, la moral permanece supremamente juridizada, ya que -interpreta- para Habermas la moral adquiere justificación, esto es, validez, por el Derecho (Vernengo, 1992: 283) y así, Vernengo descrea de la posibilidad de una vinculación entre las reglas jurídicas y algún principio moral. Para él, este ideal posiblemente no pueda cumplirse y, por lo tanto, las relaciones entre la moral y el Derecho nunca puedan especificarse suficientemente, *quedando, en casos extremos, a la merced de las ideologías del anarquista, por un lado, y del autócrata, por el otro, el imponer uno u otro orden normativo* (Vernengo, 1991: 223-224).

A estos apuntes se le podrían oponer muchas objeciones, la primera y principal de ellas es que Vernengo deja de lado obras fundamentales para poder comprender la lógica de la argumentación habermasiana como la *Teoría de la Acción Comunicativa* o las reglas del discurso postuladas en *Conciencia Moral y Acción Comunicativa* o aún más importante, *Facticidad y Validez*. En otras palabras, la primer objeción que se le podría hacer es la de realizar una lectura parcial de la obra de Habermas, ya que cierta “lógica” de la moral procedimental aparece claramente desarrollada en estos otros trabajos.

En segundo lugar, no hay que perder de vista que la crítica realizada por Vernengo es hecha desde una postura positivista de la relación entre el Derecho y la Moral, que si bien puede criticarse, se trata de una elección epistemológica fundamentada. Sin embargo, sí puede criticarse que Vernengo pretenda renunciar a cualquier posibilidad de argumentar sobre cuestiones de moral, restando importancia a las relaciones que se plantean entre ambos ámbitos y que Habermas sí intenta tomar en cuenta.

(4) Algunas conclusiones

La cuestión de la legitimidad del Derecho en el contexto democrático es, como hemos visto, posible de abarcar desde múltiples perspectivas. En el caso del pensamiento de Weimar, hemos visto como en un contexto de crisis del Estado de Derecho y la democracia parlamentaria, distintas posturas teóricas han intentado explicar esa crisis, avalarla y en algunos casos defender al sistema.

Ante la pregunta de si la forma de producción del Derecho influye en la legitimación del mismo, Kelsen ha optado por la neutralidad axiológica de adoptar

exclusivamente un criterio formal y legalista de legitimación. Su defensa del régimen democrático, realizada por fuera de la Teoría del Derecho, se vincula exclusivamente con un modelo de democracia representativa considerada como en el caso de Carlos Nino, como un “mal necesario” (Nino, 1997: 184). Y al igual que el autor argentino, Kelsen proponía ya en 1920, como única medida de profundización de los elementos democráticos, mecanismos de democracia participativa como el plebiscito, la iniciativa popular o la revocatoria. Asimismo, la postura positivista de Kelsen -y Vernengo- renuncia a la posibilidad de encontrar algún tipo de vínculo racional entre el Derecho y la Moral, optando entonces por negar las conexiones conceptual y normativamente necesarias entre el Derecho y la Moral (Alexy, 2004: 29).

El planteo de Habermas parece superar estos problemas del positivismo, separándose de la concepción formalista-positivista de la legalidad. EL positivismo kelseniano desplaza la legitimación del orden jurídico en conjunto al origen o fuente, es decir, a una “norma fundamental” o “regla de reconocimiento” que todo lo legitima sin ser ella susceptible de una justificación racional. De esta manera, el resultado es que el orden jurídico se convierte en algo a lo que uno fácticamente se habitúa como parte de la forma histórica de vida en la que ha crecido, es decir, algo que se acepta por costumbre (Habermas, 2008a: 272).

Por otra parte, el planteo de Schmitt permite diferenciar distintos aspectos de la relación entre legalidad y legitimidad y percibir más claramente la relación entre la legalidad y el modelo liberal. Sin embargo, es el mismo Habermas el que identifica lo poco deliberativo que sería el modelo schmittiano de política cuando señala que cuando Schmitt, siguiendo a Donoso Cortés, denuncia a la burguesía liberal como la “clase discutidora”, tiene a la vista las consecuencias anarquistas, disolutorias del poder, que la discusión pública acarrea (Habermas, 2008a: 606) y por lo tanto las neutraliza en el confuso concepto de homogeneidad social. Sin duda también para Habermas la legitimidad del Derecho tiene como último referente al poder constituyente detentado pro el pueblo, sin embargo, a diferencia de Schmitt, no cree que ese poder pueda ser expresado “tácitamente” y mucho menos “interpretado” por una autoridad individual.

Finalmente, el modelo de Heller pareciera ser el único que rescata -en la línea de Habermas- de manera activa el papel del ciudadano como “custodio de la democracia”. (Dyzenhaus, 1999: 254) El argumento de Heller responde directamente al asunto que hace el debate sobre la legitimidad del Derecho central para la filosofía política: el hecho de que vivimos en una era secularizada y pluralista donde el hecho de apelar a standars morales trascendentes o a una tradición es generalmente considerado con sospecha (Dyzenhaus, 1999: 256).

Podemos concluir entonces que el modelo de Habermas, a pesar de poder ser sometido a crítica, principalmente aquellas vinculadas a la acusación de etnocentrismo (Tuori, 1989: 56), permite pensar y plantear vínculos mensurables entre el Derecho y la Moral, capaces de ir más allá de un concepto meramente procedimental de democracia. Tal vez lo interesante del planteo de Habermas radique en que sin caer en cierto “utopismo”, hace visible que un discurso “real” solo podrá mantenerse si está apoyado en determinadas instituciones (Maestre, 1988: 97).

La importancia de ciertos valores para la democracia desafía la posibilidad de dar un concepto meramente procedimental de ella. Bobbio mismo acepta que la democracia, aun entendida procedimentalmente, puede ser relacionada con ciertos valores, que a menudo son considerados característicos del ideal democrático, como el de la solución pacífica de los conflictos sociales, de la eliminación hasta donde sea

posible de la violencia institucional, de la frecuente alternancia de la clase política, de la tolerancia y así sucesivamente (Bobbio, 1986: 30: 1998: 449).

Para Habermas, la ventaja de definiciones minimalistas de la democracia como la de Bobbio, consiste en su carácter descriptivo, ya que comprende el contenido normativo de sistemas políticos del tipo de los que ya existen en las sociedades occidentales organizadas en términos de Estado nacional. Sin embargo, este tipo de definiciones, no tocan el núcleo de una comprensión genuinamente procedimentalista de la democracia. Pues el *quid* de esta comprensión radica en que el procedimiento democrático institucionaliza discursos y negociaciones con ayuda de formas de comunicación que, para todos los resultados obtenidos conforme al procedimiento, habrían de fundar la presunción de racionalidad (Habermas, 2008a: 380). Podemos concluir entonces con Habermas acerca de la necesidad de legitimación del Derecho de la siguiente manera:

Si bien el derecho positivo exige sólo una conducta legal, debe ser no obstante legítimo, aunque deja al arbitrio de cada uno los motivos de la obediencia del derecho, éste debe estar creado de tal manera que en todo tiempo pueda ser obedecido por los destinatarios también por respeto a la ley. Un ordenamiento jurídico es, pues legítimo, si asegura de modo equitativo la autonomía de todos los ciudadanos. Éstos son autónomos sólo si los destinatarios del derecho pueden entenderse a sí mismos simultáneamente como sus autores (Habermas, 1999: 202).

(5) Bibliografía

- ALEXY, R. (2004) *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa.
- BOBBIO, N. (1986) *El Futuro de la Democracia*, México: Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO, N. (1998) "Democracia", en BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., *Diccionario de Política*, Madrid: Siglo XXI, pp. 440-453.
- CHAVARRO OROZCO, D. (2007) *La legitimación del Derecho en Habermas*, Cali: Universidad ICESI.
- DREIER R. (1985) "Derecho y Moral", en GARZÓN VALDÉS, E. (comp.) *Derecho y Filosofía*, Barcelona: Alfa.
- DYZENHAUS, D. (1999) *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford: Oxford University Press.
- GARZÓN VALDES, E. (1990) "Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 8, pp. 111-130.
- HABERMAS, J. (1988) "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?" *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 5, pp. 21-45.
- HABERMAS, J. (1994a) "Three normative models of democracy", *Constellations*, Vol. 1, No. 1, pp. 1-10.
- HABERMAS, J. (1994b) "Derechos Humanos y Soberanía Popular: Las concepciones Liberal y Republicana", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 2, No. 3, pp. 215-250.
- HABERMAS, J. (1997) *Más allá del Estado nacional*, Madrid: Trotta.
- HABERMAS, J. (1999) *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- HABERMAS, J. (2000) *Teoría y Práxis*, Estudios de Filosofía social, Madrid: Tecnos.
- HABERMAS, J. (2008a) *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- HABERMAS, J. (2008b) *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid: Trotta.
- HELLER H. (1995) *La soberanía*, Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- HELLER, H. (1985) *Escritos políticos*, Madrid: Alianza.
- HELLER, H. (1992) *Teoría del Estado*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- JACOBSON, A., SCHLINK, B. (2002) *Weimar: a Jurisprudence of crisis*, Berkeley: University of California Press.
- KELSEN, H. (1986) *Teoría Pura del Derecho*, México: UNAM.
- KELSEN, H. (1993) *¿Qué es la justicia?*, Barcelona: Planeta-De Agostini.
- KELSEN, H. (2003) "Forma de Estado y visión del mundo", CORREAS, O. (comp.), *El otro Kelsen*, México, Ediciones Coyoacán.
- KELSEN, H. (2005) *Esencia y valor de la Democracia*, México: Colofón.
- LEPSIUS, O. (2008) "El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina

- del Derecho político de la República Federal alemana", *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, No. 9.
- MAESTRE, A. (1988) "Reflexión para una ética en democracia: discurso ético y utopía", en González García, J., Quesada castro, F. (coord.), *Teorías de la Democracia*, Barcelona: Anthropos.
 - MARDONES, J. (1988) "La filosofía política del primer Habermas", en González García, J., Quesada castro, F. (coord.), *Teorías de la Democracia*, Barcelona: Anthropos.
 - NINO, C. (1993) "Derecho, moral y política", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 14, 1993, pp. 35-46.
 - NINO, C. (1997) *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa.
 - RADBRUCH, G. (1962) *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
 - SCHMITT, C. (2002a) *Legalidad y Legitimidad*, Buenos Aires: Struhart.
 - SCHMITT, C. (2002b) *Sobre el parlamentarismo*, Madrid: Tecnos.
 - SCHMITT, C. (2005) *Teología Política*, Buenos Aires: Struhart.
 - SCHMITT, C. (2006) *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza.
 - TUORI, K. (1989) "Ética discursiva y legitimidad del Derecho", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 5, pp. 47-67.
 - VERNENGO, R. (1991) "Normas morales y normas jurídicas", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 9, pp. 205-224.
 - VERNENGO, R. (1992) "Legalidad y Legitimidad: Los fundamentos morales del Derecho", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 77, Julio-septiembre, pp. 267-284.
 - WEBER, M. (1944) *Economía y Sociedad I*, México: Fondo de Cultura Económica.