

§ 23. LA ESFERA FORMAL DE LA LEGITIMIDAD
(El Estado de Derecho y la opinión pública política)

[344] El tema de este párrafo³⁵¹, como su título lo sugiere, trata lo que en la moral ocupa la cuestión de la *validez práctica* intersubjetiva, o la aplicación del principio de universalidad: lo acordado es válido porque ha sido decidido por una participación discursiva y simétrica de los afectados³⁵². Analógicamente, lo que en moral se denomina *validez práctica*, en política se nombrará *legitimidad institucional*. La intersubjetividad en la política se refiere a esta cuestión de la validez en general subsumida dentro del horizonte del *campo político*. La pregunta es: ¿en qué condiciones una acción estratégica o una institución política *tiene* legitimidad? Sin *legitimidad* todos los momentos del campo políticos están faltos de una fundamentación comunicativa, consensual, que dé fuerza discursiva a la unidad de la voluntad de todos los participantes. Es decir, sin legitimidad *se pierde el poder político*, en su sentido originario, fuerte, fundamental. Podrá ejercerse la fuerza, el dominio, la violencia, y otros tipos de relaciones prácticas políticas fetichizadas (ya que son ejercicio de un poder tiránico, de dictadura, etc.), pero no será ya *poder político obediencial* que responde a la *potentia*. Quien construye sólo sobre la fuerza de la violencia edifica sobre arena, a largo plazo viene el torrente de agua y socavando los cimientos echa la obra abajo. Augusto Pinochet y Carlos Menem son buenos ejemplos. Y esto porque no se reúnen las voluntades plurales por comunicación consensual (que siempre involucran a la razón discursiva) o se usa la fuerza, la violencia, el engaño, etc., maniobras que constituyen una unidad endeble, puramente aparental, ocultando el haber «dominado» la voluntad de la comunidad sin su propio consentimiento libre, autónomo, racional. La unidad es ficticia. La política, para tener duración en el largo plazo, exige *legitimidad* consensualmente aceptada por todos los miembros del cuerpo político. Es un componente *esencial* de la definición de lo político, del campo político.

El *sistema democrático* constituye una totalidad de funciones estructurales que sirven de mediación legitimadora entre la comunidad política soberana, lugar de emergencia del poder (*potentia*), y las instituciones encargadas del ejercicio delegado del poder del Estado (tanto en sentido restringido como ampliado: la *potestas*). Un sistema democrático concreto es una manera *empírica*, nunca perfecta (de manera que el *principio democrático*³⁵³ jamás puede ser *perfectamente* llevado a cabo; es imposible efectuarlo del todo fácticamente), y, por lo tanto, ningún sistema *empírico* o histórico (o tipos concretos de sistema democrático, como por ejemplo el liberal o el norteamericano) puede tener la pretensión de ser el modelo democrático a imponer a cualquier otro Estado. Todos los sistemas *empíricos* democráticos pueden acercarse o alejarse de un modelo ideal inalcanzable, imposible de efectuarse empíricamente de manera acabada. La democracia *en cuanto tal* es también

un *postulado*, y de allí tantos falsos problemas que se presentan en su estudio o descripción.

1. *La discursividad de la política. Soberanía y legitimidad*

El pasaje de la esfera *material* a la esfera *formal* la expresa Hegel cuando escribe en su *Filosofía del Derecho*:

La relación recíproca de las necesidades y del trabajo que las satisfacen se reflejan en sí, en general en la personalidad indeterminada³⁵⁴, en el derecho abstracto. Es en la esfera de lo relativo, como cultura³⁵⁵, que se da la existencia (*Dasein*) del derecho, como lo *reconocido* (*Anerkanntes*), sabido y querido universalmente, que recibe *validez* (*Gelten*) y realidad objetiva por mediación de este saber y este querer³⁵⁶.

Lo que indica Hegel como «cultura» es el ámbito de la intersubjetividad histórica, para él la «eticidad» (*Sittlichkeit*), que debe interpretarse «intersubjetivamente», generalizando la doctrina del «reconocimiento» de su juventud³⁵⁷. El ámbito de una subjetividad indeterminada, en la intersubjetividad de la comunidad política, es decir, no institucionalizada todavía en lo político, adquiere por la institucionalización concreta de un sistema cultural o civilizatorio dado, desde el mutuo reconocimiento, la validez universal, sabida (consensual o discursivamente) y querida (como pluralidad de voluntades), que adquiere la forma determinada de un sistema de derecho. De esta manera:

La realidad objetiva del derecho es, por una parte, de lo que se tiene conciencia, [es decir] de ser algo sabido; [y] por otra parte, el tener el Poder y la validez de lo real, y por ello devenir conciente del saber de su validez universal (*allgemein Gültiges*)³⁵⁸.

Para que algo *valga prácticamente*³⁵⁹ para alguien, es necesario que ese «alguien» haya podido de una manera libre, autónoma (éstas son las condiciones tanto kantianas como liberales, que frecuentemente se oponen a la justicia³⁶⁰), aceptar las razones (no los actos o «presiones» contra su voluntad de la violencia o de la pura fuerza física) que se le ofrecen a su consentimiento, a su aceptación racional. Las condiciones de la «aceptabilidad» de cuestiones a ser decididas prácticamente de manera racional son, intersubjetivamente hablando, las condiciones de la validez, y, en política, de la legitimidad. La «fuerza»³⁶¹ de la voluntad en torno a lo decidido mutuamente de manera libre (indica la incondicionalidad de la subjetividad) y racionalmente (indica el *modo* o *forma* —argumentativa, con razones— de la propuesta intersubjetiva, que le permita desde la propia decisión, autonomía, de cada participante el «tomar como propio» el enunciado ajeno: aceptarlo como razonable) es el poder. Cuando mayor libertad, autonomía tienen los participantes, cuando mayor simetría suponen, mayor es el poder resultante. Es un momento esencial de la política.

La pluralidad de voluntades deben, entonces, alcanzar consenso en numerosos y decisivos aspectos de la vida de la comunidad política, para poder desarrollar las exigencias de los proyectos de todos los participantes. Para ello deben decidirse cada uno de esos aspectos. El mero decidir algo entre muchas voluntades pone ya sobre la mesa el *modo*, la *manera*, el *procedimiento* que se usará para efectuar dicha decisión desde una pluralidad de voluntades que pueden oponerse irreconciliablemente (y perder por lo tanto el poder). Paradójicamente, la primera decisión a decidir es el *modo* de cómo se deberá decidir. Como la *decidibilidad* es inevitablemente finita, imperfecta (imposible de ejercerse perfectamente), habrá que lentamente ir probando históricamente las *maneras* siempre perfectibles, es decir, imperfectas, de decidir con mayor legitimidad. Pero antes aun de decidir el *modo* de decidir las decisiones, habría una pregunta esencial: ¿quién tiene el derecho, la potestad o la autoridad de decidir? Es la cuestión tradicional de la *soberanía*, sobre la cual ya Jean Bodin³⁶² escribió el primer famoso libro (poniéndole un nombre, *sobraineté*, y definiendo a la antigua cuestión de ¿quién tiene en último término esa capacidad (*majestatem* escribe Bodin) y de dónde la recibe³⁶³). Toda la historia de la filosofía política es el largo camino del pasaje de la soberanía de los dioses (como en Mesopotamia, ya que eran los dioses quien dictaban la ley³⁶⁴) a la soberanía del rey (como Hammurabi, que recibía las leyes de los dioses, y posteriormente del Dios monoteísta en las tradiciones semitas, bizantina, islámica o según la tradición cristiana latino-germánica). Al final, la soberanía llega a ser una facultad de la comunidad política como tal. Con Francisco Suárez, contra Bodin y otros autores, incluyendo Hobbes, Dios no da la autoridad al rey en primer lugar, sino a los reinos que firman el pacto con el rey (que recibe la autoridad de los reinos firmantes del pacto). Pero el paso definitivo es cuando se define como última instancia de la soberanía a la misma comunidad política, como el último fundamento intersubjetivo de la soberanía. Sin embargo, el camino fue lento, porque en muchos casos se pensaba que el soberano era el Estado, la macro-estructura de la Sociedad política, que se levantaba como un Leviatán, como un nuevo Dios en la tierra.

[345] Para esta *Política de la Liberación*, la última instancia de la soberanía, o la última instancia en la toma de decisiones, y por ello el origen del «darse las leyes» (y todo lo que esto supone, como veremos) es la misma comunidad política como pluralidad de voluntades consensuadas. La única soberana es la comunidad política misma como totalidad. Su intersubjetividad autónoma, comunitariamente libre y responsable, es el fundamento desde donde se toman las decisiones (como voluntad y como consenso discursivo racional). El fundamento ontológico primero, como poder instituyente originario, es el poder de la misma comunidad política en su mayor generalidad y extensión, que hemos denominado *potentia*³⁶⁵. Todos los ciudadanos (y por ello la importancia de internarse más allá del horizonte del sistema hasta los que no son parte, haciendo participantes a los excluidos: desde los antiguos esclavos en Grecia hasta las mujeres, los no propietarios, los no alfabetizados, los proletarios, los

adultos mayores, los menores de veintidós años, los ciudadanos que habitan tierras extranjeras, etc.) deben ser partes componentes indivisibles del cuerpo político que ejerce siempre (en el tiempo), en todo lugar (el territorio del Estado), en toda circunstancia (universalidad de ser miembro del cuerpo) el poder de decisión universal como poder instituyente primero, de lo que llamaremos comunidad política *particular* (dentro de los límites de un territorio, de un Estado *particular*: México, Alemania, Rusia, Estados Unidos, Nigeria, etc.³⁶⁶). La *potentia* funda la *potestas*.

La soberanía, debe precisarse, es una determinación de la comunidad política y no de alguna institución en particular. Ningún ciudadano singular que ejerce el poder delegado es soberano. Lo es la comunidad en cuanto intersubjetiva. Por otra parte, como es una determinación del poder, en tanto la pluralidad de voluntades de los ciudadanos están aunados consensualmente como comunidad política, sólo hay soberanía cuando dicho poder político tiene *auto-determinación*, es decir, libertad como independencia ante otro poder estatal, y *auto-nomía* con respecto a todo otro poder legislativo. La emancipación de las colonias, por ejemplo, permite determinar el poder de la comunidad política de la ex-colonia como autónomo (en este caso con capacidad de dictar sus leyes). No se trata de la libertad y la autonomía del ciudadano (como condición del acto moral o político como tal), sino de la libertad y autonomía de la comunidad (como condición del acto soberano y de la posibilidad de la institución de leyes propias). La soberanía es así una determinación del poder político: es el momento en que dicho poder, al poseer la *auto-determinación*, puede constituirse como poder instituyente sin dependencia de otras comunidades políticas. Los Estados postcoloniales, frecuentemente, no han alcanzado todavía plena autonomía en el comienzo del siglo XXI, es decir, real independencia o soberanía política. Dependen de las metrópolis en el fundamento de sus últimas decisiones.

Primero está *a*) la comunidad política; después *b*) el poder político (*potentia*), aunque sea inicial y sólo emergente en el «acontecimiento fundacional»³⁶⁷; posteriormente se cumple *c*) la emancipación, la autonomía de la comunidad; por último adquiere esa comunidad *d*) el carácter de soberana, en cuanto capacidad de *auto-determinarse*: puede decidir por sí misma *e*) la institución de sus estructuras prácticas, y actuar en referencia a ellas con libertad consensual comunitaria.

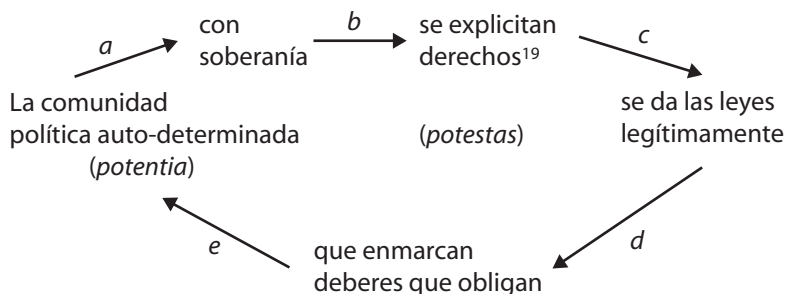
Soberanía y legitimidad son conceptos diversos. La soberanía se refiere al carácter de la comunidad como origen de toda decisión, por lo tanto también de las leyes. Tiene que ver con *la comunidad como emancipada*. La legitimidad se refiere en cambio a un *modo* de alcanzar el consenso de los ciudadanos. Tiene que ver con *los singulares en cuanto participantes simétricos*. Legítimo es lo decidido con equidad (*to ison* en griego, *fairness* en inglés) en todos los momentos de la participación libre o autónoma (momento de la voluntad) de los ciudadanos afectados por lo que se decide consensualmente (mediante condiciones racionales). De esta manera, las acciones o instituciones son decididas con derecho soberano por la comunidad; es decir, por ser la comunidad auto-deter-

minada puede decidir algo *desde sí*, siendo su propio origen. Por su parte, puede decidir la comunidad estructurar de una manera determinada las instituciones o actuar por ciertos objetivos *legítimamente*, en cuanto al *modo* de la participación de los ciudadanos; o en cuanto al modo de participación de esa comunidad, como singular, ante otras comunidades, también tomadas en su singularidad.

El primer problema político, entonces, consiste en que la comunidad política guarde siempre una conciencia activa práctica (*Gewissen* diríase en alemán) de la responsabilidad de ser participante pleno o agente último de la soberanía —de la *potestas*, del poder delegado, y por ello de ser sujeto del derecho anterior a todos los derechos restantes³⁶⁸, de decidir universalmente como comunidad; de decidir los *modos*, de decidir el *darse* el sistema de las leyes, sus contenidos, y su aplicación—. Es decir, en el tiempo, la comunidad política debe estar *siempre actualmente* atenta a ejercer la soberanía *in actu*. Una elección sexenal de un representante es un momento puntual del decidir por la persona que cumplirá una obligación delegada (poder *obediencial*) con respecto a la comunidad. Pero ese acto puntual de la elección debe ser interpretado como la erupción de un volcán (que acontece pocas veces en el tiempo), de un magma (la comunidad política viviente) que está continuamente en actividad (evaluando, efectuando muchas otras actividades políticas en la *sociedad civil*, organizando asociaciones las más diversas, estudiando, elaborando proclamas, protestas, escritos a representantes, etc.), buscando los momentos para manifestar su vida política soberana permanente.

Este círculo ontológico muestra que la comunidad soberana (flecha *a*) toma decisiones (flecha *b*) que no son simples imposiciones, sino que deben ser fruto legítimo de las decisiones consensuales, racionales, de una comunidad política. Y que, como fruto del consenso (*b*), pueden determinar (*c*) los derechos de los ciudadanos y de las instituciones por ellos fundadas (hasta la macro-institución del Estado), que enmarcan

Esquema 23.01. LA COMUNIDAD POLÍTICA, SOBERANA, EXPLICITA LOS DERECHOS, SE DA LAS LEYES LEGÍTIMAS QUE DETERMINAN DERECHOS, QUE ENMARCAN DEBERES QUE LA OBLIGAN



al mismo tiempo deberes (*d*) de los participantes discursivos que han tomado parte en las decisiones con libertad y autonomía (por ahora puede ser de manera acrítica³⁷⁰), es decir, simétricamente, en ese decidir o «darse las leyes» que, por haber participado son co-responsables y, por ello mismo, obligan (a los ciudadanos y al Estado) a cumplir deberes fijados por ellos mismos (*e*); es decir, cuando se decidieron legítimamente las exigencias o penas auto-impuestas (*a*) obligándose a cumplirlas para permitir la convivencia civil.

Cuando se parte de una comunidad política soberana debe decidirse, como el momento posterior, sobre los *modos* o *procedimientos* que se adoptarán en toda decisión de la comunidad. Ese *modo* determina lo legítimo en el ejercicio de la soberanía (es decir, la comunidad como poder de auto-determinarse, como condición universal, decide ahora y en primer lugar *cómo* se va a determinar a sí misma). La soberanía puede ejercerse ilegítimamente, y la legitimidad puede no ser soberana³⁷¹. La decisión sobre dichos *modos* es ya la decisión fundamental, que, en cierta manera, sobre-determina el resto. El primer paso decide el rumbo de todo el camino posterior. No es lo mismo caminar hacia el sur que hacia el norte. El primer paso indica la *dirección* y *define* el trayecto posterior. Marca además la distancia de cada paso, su ritmo, su fuerza, su precisión. Es la primera acción del Poder instituyente (la soberanía con voluntad legítima, en el mejor de los casos) todavía no institucionalizado; es anterior al Poder constituyente (porque el Poder constituyente ya ha sido institucionalizado).

[346] Por supuesto, no es lo mismo legalidad que legitimidad. Kant exigió para lo político, en cuanto se situaba en la esfera pública, sólo la legalidad del fuero externo de las acciones o instituciones. Reservó la moralidad para la integración de la subjetividad plena, por convicción, en el acto privado. Carl Schmitt atribuyó a Spinoza, y de alguna manera a Kant, este *vaciamiento* de la política, reducida a ser como un campo de mera legalidad externa. La «decisión» (*Entscheidung*)³⁷² de la voluntad dejaba de tener sentido en una política del puro cumplimiento objetivo de las leyes. Legitimidad, en el sentido en que lo hemos bosquejado, es sin embargo mucho más que mera legalidad, y, además, es anterior a las leyes y las determina como legítimas o no. La legalidad (o coincidencia de la acción con la obligatoriedad objetiva de la norma legal) de la acción o la institución con respecto a la ley se funda, por otra parte, en su legitimidad. La legitimidad define el *modo* de la voluntad y de la razón práctica que deciden y promulgan la ley. Si la ley no es legítima se anula la necesidad de la legalidad. Si no hay legitimidad, es decir, participación simétrica de los afectados en tanto libres y racionales, la ley es ilegítima: no obliga (*flecha e*, del *esquema* 23.01), y el no-participante o participante asimétrico no se juzga obligado a cumplir algo que le es ajeno, contrario a su voluntad, ya que no tomó parte en la elaboración del consenso por haber sido excluido. El excluido puede obedecer por violencia, por fuerza, por temor, pero estas presiones no otorgan legitimidad a la ley. En el largo plazo el orden político sin legitimidad consensual

no puede sostenerse. Creación de consenso político es universalización de aceptación legítima de las acciones e instituciones. Gramsci describió esto adecuadamente como *hegemonía*. La legitimidad compartida crea hegemonía o aceptación del poder político con la participación mayoritaria voluntaria de los ciudadanos. En ese caso la fuerza de la ley no se funda en el temor a la coerción externa policial, sino a la convicción ciudadana que surge como responsabilidad del haberla generado, lo que, en una narrativa comunitaria podríamos llamar, en el campo imaginario, la defensa de la propia identidad, o de fraternidad o patriotismo.

Kant, el de la tercera etapa de su vida (la de la crítica trascendental) es responsable, en buena medida, de la tradición *formalista*, que redujo lo político a lo *legal*, separándolo reductivamente del *contenido* de convicción subjetiva (y qué decir de la *materialidad* de lo político, que fue despreciada como patológica, no advirtiendo la importancia de lo económico y social, quizá por estar sumergido en un mundo cotidiano que impedía ver críticamente el capitalismo mercantil de la Confederación de la Hansa a la que pertenecía Koenigsberg). Kant conoce explícitamente el tema que hemos repetido tanto en esta *Política de la Liberación*: «La facultad de un ser de actuar según sus representaciones se llama *vida (Leben)*»³⁷³, pero este tema quedará siempre fuera de la moral (y de la política), lo mismo que las «inclinaciones». Por ello, en su descripción sobre el derecho escribe:

El concepto de derecho, en tanto que se refiere a una obligación que le corresponde [...], afecta, en primer lugar, sólo a la relación *externa*, y ciertamente práctica de una persona con otra [...] Una acción es *conforme a derecho* cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal³⁷⁴.

Por ello, la acción política no puede exigir una adhesión interna de la convicción fraterna, sino sólo la coincidencia con la ley en la esfera pública:

A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma [lo que pondría con razón muy nervioso a Schmitt], se llama *legalidad (Legalität)* (conformidad con la ley, pero a aquélla en la que la idea del deber según la ley es a la vez el móvil de la acción, se le llama la *moralidad [Moralität]* de la misma)³⁷⁵.

De ahí que lo único que pueda unir las voluntades o impulsos de los sujetos políticos individuales libres es la coacción externa (policial):

El derecho estricto puede representarse también como la posibilidad de una coacción (*Zwanges*) recíproca universal, concordante con la libertad de cada uno según leyes universales³⁷⁶.

Ésta es casi la definición de *Sociedad burguesa* o *civil* en Hegel, como Estado *externo*, que se unifica por *coacción*, y no por consenso racional

que obliga normativamente, por haber participado simétricamente en los acuerdos con las voluntades fraternas de los ciudadanos. Ha *vaciado* a la política de motivaciones *materiales*.

Carl Schmitt denomina a este tipo de régimen «Estado legislativo» o «juridicista»³⁷⁷. La pura legalidad no puede fundarse a sí misma, porque emana de una sustancia política que la funda, pero Schmitt no puede institucionalizar adecuadamente su ambigua propuesta de una «democracia plesbicitaria».

Como puede observarse, la posición formalista funda en la *legalidad* (y en su momento en el *estado de derecho*) la esencia de lo político. El voluntarismo ontológico lo funda en la sola voluntad de la comunidad. Hemos por ello descrito el poder político como la pluralidad de las voluntades (momento material de la emotividad) pero siempre aunadas por el consenso (discursividad racional), fuerza que moviliza y da legitimidad originaria (*potentia*). El fundamento substancial de la legalidad legítima, entonces, es voluntad + racionalidad, materialidad + formalidad, poder político de la comunidad que funda la decisión auto-determinante de la soberanía que se constituye como poder instituyente. Instituirse es darse instituciones. Como diría Luhmann, la unidad voluntaria histórica de una comunidad es necesario asegurarla de manera permanente³⁷⁸, porque es una doble contingencia con expectativas en ambos extremos que deben estabilizarse institucionalmente. De lo contrario, la unidad de las voluntades pueden disolverse en cada instante y desaparece el poder político de la comunidad. Las voluntades consensuales que institucionalizan dicha unidad fortalecen el poder, lo estabilizan en el tiempo y le dan factibilidad, mediaciones. De lo contrario las expectativas pueden no cumplirse por parte de la alteridad que puede contingentemente no realizar la función que se espera. Sin legitimidad el poder no tiene forma; sin voluntad de vida el poder no tiene contenido; sin institucionalización el poder se disuelve en la imposibilidad de su ejercicio.

2. *Del poder indeterminado (potentia) a su diferenciación como legislativo*

[347] El poder debe institucionalizarse para permanecer en el tiempo, para durar históricamente y servir a la vida. Pero toda determinación institucional concreta deja de ser una idea regulativa³⁷⁹ y se transforma en una realidad empírica concreta, imperfecta, corregible, contingente (la *potestas*). Los sistemas concretos democráticos intentan, de diferentes maneras, guardar legitimidad *acercándose* a su manera, nunca perfecta, a la *identidad de representante/representado* —ante la imposibilidad de la factibilidad de la democracia directa—. Toda *lejanía* entre *representante/representado* (como de la *potestas/potentia*) prestará motivos a equívocos, opacidades, distorsiones, dominación posibles. De todas maneras es inevitable, la institucionalización diferenciada pone un «ente» (*Dasein*) o mediación entre los muchos (voluntades consensuales de la comunidad política) y los pocos (los actores del Estado y otras instituciones neces-

sarias). Todo el problema es que dicha función sea *legítima*. El sistema democrático intenta tipos de mayor o menor legitimidad, estabilidad, gobernabilidad. Un sistema puede ser más legítimo y menos gobernable, puede tener mayor estabilidad pero menor legitimidad. Toda decisión en elegir las proporciones, articulaciones, prioridades son contingentes, en mayor o menor medida inciertas —lo que no significa que hayan principios universales políticos implícitos, como veremos en el próximo capítulo 3.

Quizá la más antigua institución de las comunidades políticas fueron mediaciones para alcanzar el consenso, y poder así ejercer el poder mancomunado del grupo. Todos los clanes, las tribus, las etnias, las ciudades neolíticas tuvieron siempre un cuerpo de ancianos (de sabios, de shamanes, etc.) que gobernaban la comunidad o servían de contrapeso al ejercicio del poder por parte de un líder, guerrero o jefe militar, un reyezuelo, un rey. Ese cuerpo de ancianos o *senado* (de *senior*: el adulto mayor) era el lugar del encuentro de todas las familias, las tribus, las étnicas, donde se organizaba la mayor *auctoritas* del gobierno de la comunidad, en base a la tradición, a la memoria de la comunidad, de las costumbres, de sus narrativas míticas. La discursividad se estableció en primer lugar en esta lejana institución.

Entre los pueblos indígenas americanos siempre comenzaba el encuentro de los ancianos, en cada sesión, con el rito del compartir el fumar una pipa que de boca a boca pasaba por todos los miembros de la asamblea y que significaba la fuerza, la vida en la unidad de la paz («la pipa de la paz» la llamaban). Este tipo de organización o *senado* tendrán gran influencia en la organización de la Federación de Estados norteamericano. Los iroqueses, en efecto, habían organizado una confederación de cinco (después seis) pueblos que se reunían para decidir todo lo concerniente a la vida y la guerra de esa gran comunidad. Franklin, que tenía gran admiración por la sabiduría política de los iroqueses, la propuso como ejemplar para la organización de las colonias de Nueva Inglaterra.

En efecto, la «Gran Ley de Paz» tenía claramente estipulado el modo confederativo del gobierno de las «cinco naciones» iroquesas. Así leemos:

Ésta es la Gran Ley de las Cinco Naciones confederadas. Esta es la sabiduría y la justicia que nos ha otorgado el Gran Espíritu para crear y elegir a los jefes, dada y establecida como la Ley que no se cambia, usos y costumbres de las Cinco Naciones indias, que son los Mohawks, Oneidas, Onondagas, Cayugas y Sénecas y otras naciones de indios del continente. El objeto es que las Leyes sean establecidas para la paz entre las numerosas naciones [...] El número de los representantes de esta confederación de las Cinco Naciones es de cincuenta, no más ni menos. *Ellos son los únicos que deciden, legislan y toman medidas sobre lo que interesa a sus pueblos.* Y los Mohawks [...] envían nueve jefes. Y los Oneidas [...] nueve. Y los Onondagas [...] catorce. Y los Cayugas [...] diez. Y los Sénecas [...] ocho. Y cuando los jefes de las Cinco Naciones confederadas se reúnen para tener consejo, éste debe ser abierto y cerrado por los jefes de los Onondaga [...].

Cuando se trate una propuesta en el consejo de las Cinco Naciones, los jefes Mohawk con los de los Sénecas deben considerar en primer lugar el asunto [...], después la de los jefes Oneidas y Coyugas [...]³⁸⁰.

Y así, paso a paso, iban estipulando las reglas en el tratamiento de todos los asuntos políticos de la confederación. De esta manera los iroqueses lograron una paz prolongada —ya que parece que la «Gran Ley» fue estipulada en torno al 1400 d.C. y rigió durante cuatro siglos—, y pudieron, como los mapuches en Chile, ofrecer larga resistencia a los invasores europeos.

En el Mediterráneo, lo hemos repetido frecuentemente, las ciudades fenicias tenían asambleas con los representantes de las diversas corporaciones mercantiles y de las colonias. Los griegos los imitaron. Los romanos, con tradiciones etruscas, se inspiraron en muchos elementos del sistema griego. En el Imperio bizantino oriental (griego) las ciudades continuaron las antiguas tradiciones. El sistema de las ciudades islámicas también son de tradición bizantina, pero igualmente persa. Venecia, ciudad bizantina en el occidente, fue el antecedente cercano de toda la organización político-legislativa moderna. Su sistema mixto de gobierno se impondrá universalmente. El *Doge* veneciano será en Inglaterra el Rey, el *Consiglio maggiore* será en las islas británicas lo correspondiente al *Great Council* (*magnum Concilium*), electo desde 1332. Como en Venecia (con su *minore Consiglio*) hubo una Cámara que rodeaba al Rey (*privy Council*), que después se independiza (también como en Venecia desde 1229 aparece el *Consiglio de' Pregati*)³⁸¹, y constituye la *House of Lords*. Por su parte, la *House of Commons* (que de alguna manera cobrará nuevamente la importancia del *maggiore Consiglio* de Venecia) será al comienzo órgano de la nobleza baja, y después la ocuparán los burgueses desde la revolución de Cromwell, pero desde 1689 que con Guillermo III de Orange comienza propiamente lo que podría llamarse el «parlamentarismo», con su *alternative government*. Esas dos cámaras constituyeron el *Parlamento*, que desde dicha revolución fue orientada por dos corrientes de opinión o proto-partidos políticos: los *Tories* y los *Whigs*. En 1832 se efectuó la primera elección con participación de ciudadanos ingleses de diversas clases sociales, que pronto pasaron de medio millón a un millón de electores. Las mujeres deberán injustamente esperar casi un siglo para ser consideradas ciudadanas a parte entera.

[348] Como puede comprenderse, esa tradición de casi tres milenios de instituciones políticas, contingentes, empíricas (fueron éstas concretamente, aunque pudieron ser otras y mejores), son meras mediaciones inventadas por la razón política estratégica a partir de una larga experiencia de éxitos y fracasos. Nada tiene de esencial, de ciertas, ni de naturales. Son históricas, puramente decididas desde la experiencia, fallibles, falsables, invalidables. Sin embargo, responden al crecimiento de una conciencia en ciertos horizontes culturales, que recuerdan también a una acumulada evolución de prácticas, y teorías que se ocupan de su fundamentación. El concebir el poder político como una unidad con-

sensual de las voluntades de una comunidad política, dicha descripción sirve de horizonte desde la cual, como un *postulado*, se tienen criterios para mejorar las instituciones histórico-contingentes ya inventadas y experimentadas por una larga práctica.

El caso de la transformación del cuerpo legislativo en Estados Unidos de Norte América, responde a un trasplante de un cierto tipo de comunidades políticas —de las que nos ocuparemos en el § 29— en otro horizonte histórico. El enfrentamiento con una naturaleza extraña y ahistórica —para ellos—, la confrontación con los pueblos indígenas, la presencia masiva de esclavos africanos traídos del lejano continente, y por último la discriminación de los hispano-americanos en suelo norteamericano, configurará una fisonomía política muy diferente a la europea. No son simplemente Europa en suelo americano. Son otra realidad histórica, cultural, técnica, económica y política. La concepción norteamericana del poder legislativo es nueva en muchos aspectos, aunque guarda continuidad.

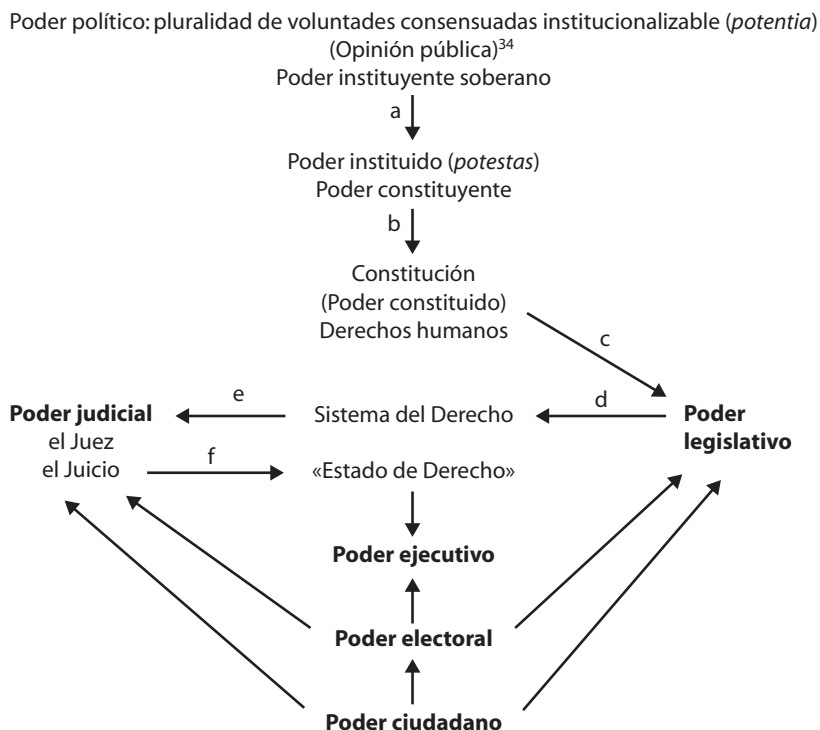
La *House of Lords*, en una América sin nobleza, se transforma (inspirándose en los iroqueses) en un *Senado* donde cada Estado autónomo envía igual número de representantes, para guardar equidad y dar derechos a los Estados más pequeños³⁸². La *Cámara de diputados* ocupa el lugar de las *House of Commons*. Ambas cámaras constituyen el *Congreso*. Por su parte el presidencialismo norteamericano reemplaza claramente al Rey, pero crece en ejercicio del poder, equivalente o aún mayor al del *Doge* veneciano.

En América Latina se imitó el modelo norteamericano, sin llegar nunca ni a la real separación de poderes, ni a una viable gobernabilidad de las Cámaras. El federalismo en la mayoría de los casos fue ficticio (ya que hubo un centralismo exagerado en torno a las ciudades capitales), y el presidencialismo fue casi dictatorial. Sólo después de la caída de las últimas dictaduras de Seguridad Nacional (1983 en adelante) ha comenzado un proceso de institucionalidad algo más compleja del régimen democrático.

El *Parlamentarismo* europeo, por su parte, especialmente el alemán en el siglo XX, tenderá a dar la totalidad del poder al Parlamento unificado (sin *House of Lords* ni senado), y donde el primer ministro (que forma el gobierno mientras dura la «confianza» del cuerpo legislativo-gubernamental) es elegido por el mismo Parlamento. En este caso el legislativo ha cobrado y concentrado la totalidad del Poder político. Un presidente o un monarca guardan un papel de representación casi exclusivamente simbólica.

Por su parte, en Inglaterra, por ejemplo, la tradición del antiguo partido de los *Whigs*, evolucionará hasta propugnar una «democracia liberal», que nació propiamente en el siglo XIX ante dos oponentes: por una parte, los conservadores que apoyaban la Monarquía absoluta, y, por otra, el naciente movimiento obrero que se expresaba en una posición de «democracia radical». La denominada «democracia liberal», que organiza el Estado en favor de los intereses de la burguesía industrial,

Esquema 23.02. ALGUNOS MOMENTOS DE LOS TEMAS
QUE DEBEREMOS ABORDAR EN CUANTO
A LA INSTITUCIONALIDAD DEL ESTADO



Aclaraciones al Esquema.23.0: a. El poder indiferenciado (*potentia*) decide determinarse institucionalmente; b. El poder se determina en primer lugar como poder instituido (*potestas*), que con respecto a la Constitución es poder constituyente (que se concreta como Asamblea constituyente); c. La Constitución (que debe positivizar los *Derechos humanos*) establece un Poder legislativo; d. El *Poder legislativo* promulga el *Sistema del Derecho* constitucionalmente; e. El *Poder judicial*³⁸⁵ interpreta el sistema del derecho y lo aplica a los casos singulares, resolviendo los conflictos que se presentan en la comunidad política, lo que crea un «Estado de Derecho»; f. El *Poder ejecutivo* actúa acciones dentro del marco legal. El *Poder electoral*³⁸⁶ determina y juzga la validez de todos los procesos electorales de todos los Poderes restantes y de todas las instituciones (políticas y civiles, si lo requieren estas últimas). El *Poder ciudadano* es la última instancia fiscalizadora de todos los demás Poderes e instituciones.

entonces, se opondrá a la monarquía, la nobleza y los terratenientes en decadencia y defenderá los nuevos derechos de la burguesía (esencialmente el derecho a la propiedad empresarial, a la libertad de comercio, de mercado, de prensa, etc.), pero, ante el proletariado creciente a causa de la Revolución industrial, la restricción de la participación de las masas, disponiendo medidas institucionales que restringían su representación (por ejemplo: *no taxation without representation*³⁸³), instituciones que permitían a la minoría burguesa mantener la «hegemonía» ante las mayorías populares. El dilema era: ¿cómo gobernar siendo minoría? Esto abrirá toda la problemática de los conceptos de «hegemonía» (cuando un proyecto político de una minoría tiene el *consenso* de la mayoría) o la pura «dominación» (cuando pierde ese *consenso*). Hay todavía mucho espacio entre el «*consenso* de la mayoría» *contra* sus intereses o *en favor* de ellos. Es toda la diferencia entre la *Democracia liberal* y la *Democracia participativa* o *radical* —según las denominaciones que se adopten.

La institucionalidad de las mediaciones organizativas se encuentra entonces en el *nivel B* de nuestra arquitectónica. Se trata de un nivel siempre contingente y que se ha históricamente constituido. Puede haber, además, fundamentación filosófica de las instituciones (en la medida en que se argumente sobre su sentido último), evaluación de su contenido (en cuanto se acerquen más a su «concepto» diría Hegel, o a su postulado, según Kant), y sobre todo estudios de ciencia política sobre su conveniencia política. Nos mantendremos en el nivel de la fundamentación filosófica.

[349] Veamos la diferencia de fundamentación de algunos aspectos a partir de una expresión clásica retomada por C. Schmitt. Cuando indica que «*auctoritas, non veritas facit legem*». Si la autoridad reside en la comunidad política, que delega su ejercicio en el gobierno (como parte funcional del Estado), dicha autoridad debe ser usada para producir, reproducir y acrecentar la vida ecológica, económica y cultural de la comunidad (la *verdad política*), tendríamos entonces que invertir la propuesta: «*Veritas, non auctoritas facit legem*». La *auctoritas* se delega en el gobierno para cumplir sus *contenidos* (la *verdad* de la política). De otra manera: si el poder político pertenece al pueblo, y la *verdad práctica* (*veritas*) es el consenso de la comunidad en cuanto referida extra-discursivamente (como expresa A. Wellmer) a la *realidad de la vida* de la comunidad, debe ser en dicho contenido donde se encuentra el fundamento de la ley y no en el mero ejercicio del poder de una voluntad fetichizada por parte del gobierno.

Por ello, y contra Schmitt, podemos considerar la siguiente expresión suya: «El orden legal, como todo orden, se sustenta en una decisión (*Entscheidung*) y no en una norma»³⁸⁷. Estamos de acuerdo en aquello que en su fundamento ontológico no puede partirse de una norma. La voluntad decide primeramente sobre una norma, que es su efecto. Para Schmitt esa «decisión» no tiene fundamentación alguna, y por ello es el punto de partida, manifestada en la capacidad que tiene, cuando es soberana, de declarar el «estado de excepción». En este momento ya no po-

demos seguirle —y en esto tampoco estamos de acuerdo con G. Agamben—. Para nosotros esta «decisión» de la voluntad del gobernante está fundada en la voluntad que le otorgó *delegadamente esa autoridad*, decisión de la comunidad en su nivel de «razón político-consensual». Ese acuerdo y esa decisión volitivo-racional político están fundados —como hemos mostrado en el § 14—, por una parte, en la misma voluntad intersubjetiva, que como toda voluntad, que es el «*querer-vivir*» de la vida humana en comunidad, puede decidir soberanamente (cuando es una comunidad emancipada o auto-determinada) sobre el poder-poner los medios para el sobrevivir de la misma comunidad. Esto desde un punto de vista *material*, sabiendo que *formalmente* es la razón política su otro constitutivo fundamental. La «decisión» de la autoridad de declarar el «estado de excepción» se funda en la «decisión consensual» de la voluntad comunicativa de la comunidad política, que ahora será mediada por el ejercicio delegado de su poder por medio de una autoridad representativa, por una institución organizada para ese fin³⁸⁸. En este sentido Schmitt sugiere en otros textos, aunque en los estudiados parecía que nada podía anteceder a esa «decisión», una cierta fundamentación ontológica de la tal «decisión». En efecto, la Constitución (que es la *forma formarum* de la legalidad) estaría debajo de la ley, pero debajo de aquella se encontraría todavía «la *voluntad del pueblo* alemán, que es algo existencial, superando todas las contradicciones sistemáticas, las conexiones y la oscuridad de los momentos singulares de la Constitución, funda la unidad política y el derecho público»³⁸⁹. Habría que aclarar que para nosotros la voluntad del pueblo debe incluir un momento de racionalidad discursiva e institucional, siempre ausente en las descripciones de Schmitt.

La «decisión» de la comunidad con poder soberano de institucionalizarse (como cuando los patriotas mexicanos deciden darse una Constitución en Chilpancingo)³⁹⁰ es un acto segundo de la misma voluntad consensual que se determina a sí misma como «poder instituyente» —usando la expresión de C. Castoriadis—. En nuestro tiempo, el primer paso del poder instituyente es darse una Constitución, una ley fundamental que defina el fundamento legal del futuro «sistema de derecho». Préstese atención al hecho de que el *modo, forma o procedimiento* que ese poder instituyente se de a sí mismo determinará, como un *a priori* imposible de superar, el contenido formal mismo de la Constitución y el sistema del derecho a organizarse. Si la convocación es a nobles (no plebeyos), a propietarios (no pobres), a alfabetizados (no incultos), a varones (no mujeres), a libres (no esclavos), a criollos (no indígenas), a blanco (no afros), etc., queda determinado el futuro contenido del sistema legal. El «velo de la ignorancia» de J. Rawls quiere subsanar este aspecto de la cuestión, pero nunca podrá hacerlo, porque, al final, se convocará a los que hayan cobrado conciencia de sus derechos y hayan luchado hasta ese momento por su reconocimiento. Los oprimidos o excluidos del presente y del futuro, sin conciencia de sus derechos políticos, no son convocados; siendo el primero de todos: el poder participar en las

discusiones instituyentes (antes que las constituyentes). Por ello, quedarán inevitablemente *fuera* de «los muros de la *polis*» (los no-humanos asiáticos y bárbaros) como enseñaba Heráclito en Éfeso. El licenciado Primo Verdad *dejó fuera* de la comunidad que debía tomar las riendas del poder en Nueva España, estando el rey de España preso por Napoleón en 1809, a toda la comunidad de pueblos originarios, indígenas, que eran el 80% de la población mexicana. Sólo se aceptaron como soberanos a los Ayuntamientos criollos (de blancos nacidos en América). El poder instituyente, fundamento del constituyente, define en cierta manera el sistema del derecho futuro desde la auto-definición de los límites³⁹¹ que se fija la comunidad política que se afirma a sí misma y se reflexiona sobre sí decidiendo cómo institucionalizarse.

El «procedimiento» por el que se convoca y se organiza una Constitución no puede ser constitucional, es un poder anterior y fundacional. El formalismo kelseniano en este punto es indefendible. Se trata de un procedimiento propio del poder instituyente originario, que debe ser legítimo —y democrático como pensaba F. Suárez, según veremos más adelante— desde el origen. En la descripción misma de lo que sea el poder político ya se incluye el procedimiento instituyente primero: las voluntades se aúnan por un consenso que debe respetar las razones de todos los ciudadanos afectados reconocidos en igualdad (condición de la validez práctica y teórica en general³⁹²); debe ser democrático (aun pre-institucionalmente, como bien lo intuía F. Suárez). Si existe ese consenso de las voluntades se tiene poder, fuerza, *potentia*. Es ese mismo procedimiento normativo el que convoca a la elección de los constituyentes que formarán un cuerpo constitucional. Discursividad y legitimidad del ejercicio del poder político en la institucionalización de la base *formal* del campo político es un único proceso que debe culminar en la posibilidad de estabilizar (con permanencia en el tiempo) por instituciones un sistema político. El poder instituyente se transforma en constituyente³⁹³.

Jürgen Habermas ha aportado, siguiendo el camino abierto por K.-O. Apel, muchos elementos a tener en cuenta en la discursividad de la política³⁹⁴, hasta el exceso, ya que, en definitiva, lo político sólo es para él un ejercicio de razón discursiva, es decir, la política se reduce a la filosofía del derecho³⁹⁵.

Una vez que la comunidad instituyente se auto-determina como constituyente, confirma el *modo* o *procedimiento* por el que fue convocado como el que regulará o normará las discusiones decisorias para promulgar una Constitución. De nuevo, esas normas internas del cuerpo son ya las que determinan el contenido de la Constitución. De todas maneras, todas las decisiones, consensos, normas procedimentales tienen siempre como última instancia el poder de la comunidad política.

Por otra parte, cuando al comunidad política se auto-constituye como poder instituido (*potestas*) al darse una Constitución (sea la que fuere, y aun como forma muy simple de determinar su forma de gobierno en general), la comunidad se transforma en Estado (en el sentido ampliado de A. Gramsci). Por ello hemos indicado más arriba que el

Estado es la comunidad política institucionalizada. Todo lo compleja que dicha institucionalidad llegue a ser, serán momentos de la institucionalización del Estado, y en tanto vaya cumpliendo los requerimientos que la creciente conciencia política de la comunidad política, situada histórica y circunstancialmente, exija. No hay *a priori*s estratégicos válidos para todas las comunidades; hay solamente exigencias situadas para cada comunidad política (lo que no niega principios universales). En América Latina, la costumbre de pretender copiar la mejor Constitución del momento (creada adecuadamente para otra comunidad en otro momento político), impulsó a los políticos y patriotas a pretender cumplir una función imposible, la de «meter» la realidad de la propia comunidad política en un «modelo» extraño, en un estrecho corsé. El resultado está a la vista. Nunca se alcanzó hasta el presente un «estado de derecho», porque las instituciones (y el mismo derecho) no surgieron de prácticas pre-existentes registradas en la experiencia como exitosas políticamente a las que había que institucionalizar para fijarlas como permanentes para hacer posible la gobernabilidad estable a la que aspira todo orden político.

[350] Continuemos nuestra descripción. El Poder instituyente/constituyente, como hemos dicho, se determina ahora como poder instituido por una Constitución. El mismo J. Rawls³⁹⁶ plantea la cuestión de que los principios, en primer lugar, que se aplican conformando una Constitución: «El procedimiento sería el proceso político regido por la Constitución, el resultado la legislación promulgada, mientras que los principios de justicia definirían un criterio independiente, tanto para el procedimiento como para el resultado»³⁹⁷.

Por nuestra parte, hemos dejado para el próximo capítulo toda la cuestión de los principios políticos implícitos, de los que la Constitución es un efecto concreto, histórico, contingente. Por ahora, la Constitución es el fruto de una Asamblea constituyente anterior al Estado convocada *ad hoc*, y debería en principio distinguírsela del Poder legislativo, que funda su accionar sobre la misma Constitución, ya que es un Poder del Estado o *sociedad política*. La Constitución define la *forma* del Estado mismo (si es república o monarquía, si es federal o unitaria, su territorio, los derechos de los ciudadanos, las prerrogativas de las instituciones públicas, sus poderes, su separación y mutua fiscalización, etc.). La Constitución define así la *forma arquitectónica* del Estado, como sociedad política y civil: «Constitución en sentido absoluto puede significar una *regulación legal fundamental*, es decir, un *sistema de normas* supremas y últimas (Constitución = norma de normas)»³⁹⁸.

La Constitución es así el acuerdo segundo, institucional, explícito (*potestas*), del consenso de la comunidad (que se funda en el consenso primero de la pluralidad de voluntades por la que «un pueblo es un pueblo» nos ha dicho Rousseau [*potentia*]) que se da una forma *concreta* de Estado. Podría ser considerado el *contrato* positivo, explícito y segundo de la comunidad política. Así se produce ahora una brecha, una *Zweiung* (escisión)³⁹⁹ originaria se establece, la separación entre el poder de la

pluralidad de voluntades consensuadas *indeterminado* (*potentia*) y la *determinación* institucional de ese poder formalizado en una Constitución (*potestas*). Se abre así todo el espacio de una posible confrontación entre *a*) los *derechos de los miembros* de la comunidad política (como sujetos y actores en otros campos que el político), como derechos que guardan una cierta exterioridad con respecto al campo político, al sistema y al Estado (no a la comunidad humana en toda su riqueza, pero sí a la comunidad en tanto política), y *b*) las *instituciones constituidas positiva y concretamente* (que podrían violar eventualmente derechos de los sujetos en otros campos). En la misma Constitución deben ser expresados positivamente esos derechos humanos del ciudadano⁴⁰⁰ en tanto sujeto de otros campos prácticos (de la familia, la economía, la cultura, la religión, etc.), que no deben ser considerados simplemente como derechos *privados* del ciudadano, ni como derechos *individuales* anteriores al Estado —como lo formula el liberalismo en su individualismo metafísico—, sino como respecto a la subjetividad de los ciudadanos, siempre intersubjetiva, que interviene en otros campos y sistemas en los que tiene posibilidad de ejercer su «libertad comunicativa». Según el desarrollo y las luchas por el reconocimiento de los propios derechos del ciudadano (en otros campos), de los derechos político y sociales se positiviza una lista siempre abierta de Derechos humanos.

Tiene razón Hans Kelsen⁴⁰¹ al colocar a la Constitución como punto de partida *formal* del sistema legal, y considerar al tal sistema como una totalidad auto-referencial en su consideración lógica⁴⁰²; en esto N. Luhmann⁴⁰³ lleva al extremo la hipótesis kelseniana sistémica. Por ello, siendo la Constitución el fundamento formal del sistema del derecho, debe no sólo garantizar a los mismos participantes de la comunidad política sus derechos de sujetos *previos* y en parte *exteriores* al solo campo político, sino que también debe determinar los deberes o las exigencias de los contratantes (de ellos mismos) de cumplir responsablemente (obedeciéndose a sí mismos por haber sido participantes) en aquello de que *pacta sunt servanda*. Es decir, la Constitución institucionaliza también los órganos legítimos por los que el Estado ejerce el monopolio de la coacción ante los que no cumplieran a lo que se comprometieron acordándolo libremente y participando simétricamente en el pacto constitucional. Por esto debe normarse la separación de Poderes⁴⁰⁴, para que se fiscalicen mutuamente, y que, desde el ciudadano hasta el más alto gobernante cumplan con los deberes que se han auto-constituido. Esto supone, además, institucionalizar el sistema judicial para que pueda ejercer públicamente la justicia como monopolio del Estado, el tan prestigiado «juez» con visión panóptica y equidad justa, para privar a los ciudadanos, de manera singular, el erigirse como jueces de sus pares. El «estado de derecho» es entonces un círculo que se cierra con un Tribunal Constitucional supremo que dictamina la constitucionalidad de leyes, acciones o instituciones. La Constitución fundamenta el «estado de derecho» en cuanto se coloca como la última referencia *formal* (no material, que es la misma voluntad consensual de la comunidad política) de todos

los conflictos que se presenten, inclusive y en primer lugar, del mismo Estado, resueltos en base a las leyes *dictadas* por el Poder legislativo (flecha *c*, del *Esquema 23.02*), e *interpretadas* en su *aplicación* para resolver dichos conflictos singulares por el Poder judicial (flecha *e*) (que tiene bajo su mandato la instancia *coactiva*)⁴⁰⁵. Cuando el «círculo» se cierra (flecha *f*) sin interferencias, se establece el «estado de derecho». No todo Estado con un sistema de derecho tiene un «estado de derecho». Lo tiene y respeta cuando el mismo Estado y todos los ciudadanos, acciones e instituciones tienen al derecho (Constitución, leyes, jueces que «aplican» la norma abstracta al caso singular) como instancia formal última⁴⁰⁶.

Si la Constitución institucionaliza el sistema republicano (no monárquico) de representación (no directo) de una democracia que se ejerce con tres poderes (después estudiaremos una democracia con cinco poderes, tal como la imaginó Simón Bolívar⁴⁰⁷), sólo entonces podemos llegar al momento «legislativo» del Estado (en sentido restringido gramsciano) o *sociedad política*. El parlamentarismo, del tipo italiano o alemán actual, unifica en cierta manera el Poder legislativo y ejecutivo, ya que este último emana como Primer Ministro de una «confianza» no muy duradera ni gobernable del mismo Parlamento. Charles de Gaulle quiso dar a Francia una mayor estabilidad dotándola de un presidencialismo débil, con respecto al norteamericano o latinoamericano (que por su parte son excesivos, y que deberían ser debilitados a favor de una mayor intervención de la Cámaras de senadores y diputados). La Asamblea constituyente que dicta la Constitución es la comunidad legislativa fundacional, pero, como tal, sólo opera una vez y después desaparece —en algunos casos las facultades de la Asamblea constituyente se las otorga el Poder legislativo, y cuando esto se hace frecuente, y sin mayores exigencias, la Constitución pierde el sentido de ser la norma de todas las normas—. Por el contrario, en el sistema norteamericano, el juridicismo del poder de los jueces (y evidentemente la Suprema Corte de Justicia) (*the judicial review*) al poder dictaminar la inconstitucionalidad de una ley se coloca sobre el Poder legislativo (y aun del Poder ejecutivo o de los mecanismos electorales). Hay una cierta primacía del Poder judicial.

[351] El Poder legislativo (que es mucho menos que un *Senatus* romano, que cumplía funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, lo mismo que el *démos* de Atenas) es la cabeza del iceberg de la «democracia deliberativa» —para usar la expresión James Bohman⁴⁰⁸—, cabeza visible de un inmenso iceberg cuya estructura básica es, en último término, la comunidad política *in actu* deliberando cotidianamente, de una manera informada y responsable, sobre el bien común de la sociedad. John Elster muestra muy bien la diferencia entre el *Forum* (el espacio del Senado: el campo político) y el *mercado* (el campo económico)⁴⁰⁹. El ciudadano no es, cuando actúa y decide en el campo político, un mero comprador de mercancías en el mercado (campo económico). La «democracia deliberativa» quiere indicar el comportamiento *sui generis* del sujeto político, actor de la sociedad civil o política, que ejerce su razón discursiva (movida por una voluntad fraterno-política) cuya *decision-*

making no funciona como en el caso de la elección de una mercancía en el mercado. Esta última se relaciona con necesidades, dentro de un marco de escasez (también de dinero por parte del comprador), y en función del criterio fijado concretamente por un *sistema* económico, que en el capitalismo —nivel que en esta *Arquitectónica* no ponemos todavía en cuestión— es «el aumento de la tasa de ganancia». La decisión política, en cambio, se refiere al sujeto mismo (un ciudadano que defiende sus derechos en otros campos no políticos, y también en cuanto actor político dentro del sistema institucionalizado) y en relación a los otros miembros de la misma comunidad política (que tiene que ver con la reproducción y desarrollo de la vida de todos, con instituciones mutuamente constituidas para garantizar la legitimidad de las acciones y de las mismas instituciones, dentro de un marco de factibilidad concreta, histórica). Se trata de una decisión *práctico-comunitaria* que se diferencia claramente de la decisión económica *práctico-productiva*.

Dicho lo cual, debe afirmarse que la «democracia deliberativa»⁴¹⁰ en el nivel institucional del Poder legislativo (Parlamento o Congreso, Cámara de senadores o diputados, etc.) es la culminación de una «discursividad» *in actu* de toda la comunidad, desde los órganos participativos en todos los niveles, hasta la opinión pública, que observaremos como «opinión política», y que es la última garantía «deliberativa» de toda democracia. Una comunidad política *des-politizada*, o bajo el bombardeo de una mediocracia *de facto*, mal puede exigir una deliberación democrática a sus órganos deliberativos del Estado.

Ese Poder legislativo, como postulado y según el sistema de partidos políticos, debiera ser el lugar *ideal* de la discursividad, donde se pesan razones y se toman decisiones racionales (desde una voluntad formada e informada) a favor de la justicia en la comunidad política. Schmitt formuló una demoledora argumentación mostrando las contradicciones concretas del sistema liberal parlamentario⁴¹¹. Una vez sabido que una decisión *perfecta* es imposible (se necesitaría tiempo infinito con una inteligencia práctica infinita), no se puede sino admitir que toda decisión es *falible* (por lo tanto falsable), incierta (por lo tanto corregible), la votación debe decidirse por mayoría (mera cantidad sobre la calidad) y no determinada necesariamente la *mejor* decisión (cualitativamente); sólo indica que ante la no unanimidad de una posible decisión *cierta* y *perfecta*, es necesario internarse en el ambiguo campo histórico de las decisiones falibles que deberán irse corrigiendo *a posteriori* por error/éxito. Pero en ese campo claro y oscuro de las decisiones (tanto legislativas como singulares) hay sin embargo principios universales (que consideraremos en el capítulo 3) y criterios de acción que enmarcan (ponen límites o «diques» ante la *fortuna*, como diría Maquiavelo) las decisiones a tomar o corregir. De todas maneras, como ninguna institución es *perfecta* se las deberá ir compulsando en los hechos y mejorando sobre la marcha... de la historia de cada comunidad política *concreta*. Nada está escrito sobre el futuro, pero ese futuro pende de la *sabiduría práctica* que se expresa en el *consenso deliberativo* que arranca en la base misma de la comuni-

dad política (que se educa por la experiencia, la cultura y la teoría que esa misma comunidad produce) y que culmina en la comunidad de representantes⁴¹² de los órganos institucionalizados deliberativos del Estado.

3. *El sistema del derecho*

[352] El Poder legislativo es el lugar institucional donde se genera el «sistema del derecho» —para expresarnos como Hegel o Luhmann—⁴¹³. La comunidad política se da por medio de la Constitución un órgano cuya función y responsabilidad política es dictar las leyes necesarias para dar a todo el aparato del Estado *operabilidad* (*factibilidad práctica*) y *legitimidad*, al mismo tiempo que define las reglas de la convivencia de los ciudadanos en el nivel público de todos los restantes campos (económico, deportivo, religioso, familiar, cultural, etc.) cuando se crucen (*overlapping*) con el campo político. Desde mucho antes del tan antiguo *Código de Hammurabi*, la humanidad viene nombrando, definiendo e institucionalizando las más diversas situaciones singulares que puedan universalizarse en el derecho con respecto al actor concreto, que siendo parte del campo político es siempre intersubjetivamente funcional en otros campos, y a las instituciones que a tales efectos ha ido creando la humanidad. Descubriendo, conceptualizando y legalizando las situaciones concretas, los posibles conflictos, sus negociaciones o acuerdos y las penas, en caso de incumplimiento de lo que se haya establecido, se fue avanzando en un bosque de infinitas posibilidades de relaciones prácticas. En la *Ley 151*, o quizá simplemente «Disposición 151», leemos en ese famoso *Código* la definición de un caso «singular» que se eleva como «universal», y se fija una pena, castigo o sanción:

Si⁴¹⁴ una mujer que vive en la casa de un señor ha obligado a su marido a entregar(le) una tablilla⁴¹⁵ mediante la cual un acreedor de su marido no puede embargarla (a ella), si ese señor tuvo una deuda antes de que tomase a esa mujer (en matrimonio), su acreedor no podrá embargar a su esposa⁴¹⁶.

Aquí el campo político del legislador toma decisiones de derecho con respecto al campo económico y familiar, y establece un derecho de la mujer, un derecho político sobre una cuestión económica. Como puede imaginarse el lector las posibilidades de situaciones y relaciones humanas como éstas son infinitas. La tarea del legislador parecería imposible. En los últimos cuatro mil quinientos años la humanidad ha ido categorizando, catalogando, evaluando las situaciones singulares; ha ido clasificándolas por campos, por sistemas, por subsistemas, de manera que los innumerables casos singulares lleguen a ser organizados en leyes que responden a diferentes tipos, secciones o cuerpos del derecho. El legislador⁴¹⁷ debe hacerse cargo de todo ese cuerpo legislado y continuar la permanente tarea de actualizarlo, transformarlo, acrecentarlo según los requerimientos (que siempre serán, como veremos más adelante, fruto de reiteradas luchas por el reconocimiento de nuevos derechos que se

pretende sean institucionalizados legalmente, para permitir legítimamente cumplir nuevos tipos de situaciones intersubjetivas).

El Poder legislativo es un cuerpo deliberativo imperfecto, limitado, siempre exigido a permanentes mejoras; pero es igualmente un cuerpo necesario, que debe transparentar su actividad para alcanzar plenamente el carácter de *lo público* por excelencia. En la disciplina del argumentante deliberativo del miembro del Poder legislativo se juega un momento esencial del régimen democrático de gobierno. En América Latina, en especial, es necesario dar más fuerza a este Poder y disminuir el del ejecutivo, para llegar a una situación en la que sea *factible empíricamente* un «estado de derecho», todavía no existente debido a condicionamientos históricos que ya se extienden por medio milenio.

Las leyes son el efecto de las decisiones deliberativas del Poder legislativo de cuyo seno emanan estas exigencias universales que deben ser *aplicadas* a los casos singulares por la conciencia normativa-política cotidiana del ciudadano, pero, en los casos de conflictos innegociables, por los jueces. Kant escribe en *La metafísica de las costumbres*:

Se llama [...] *derecho (Ius)* al conjunto de leyes, para las que es posible una legislación *exterior (äußere)* [...] El concepto de derecho, en tanto que se refiere a una obligación que le corresponde [...] afecta, en primer lugar, sólo a una relación *externa (äußere)*⁴¹⁸.

Y es todavía más claro cuando escribe:

Así como el derecho en general sólo tiene por objeto lo que es *exterior (äußerlich)* en las acciones, el derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético (*Ethisches beigemischt ist*), es lo que no exige sino fundamentos *externos (äußern)*⁴¹⁹.

Para Kant la vida política de los ciudadanos tiene en referencia a la leyes una posición *externa* de legalidad. La ley ha perdido su carácter de norma que obligue subjetivamente por motivaciones normativas. Es un coincidir irreprochable de la acción con la ley en el ámbito público. Una moral de la convicción subjetiva ha sido desgajada de una política de la pura legalidad.

[353] En una *Política de la Liberación*, que es nuestro caso, la ley obliga no sólo pública o externamente (siempre *también*), sino que obliga igualmente *intersubjetivamente*, porque siendo lo público un *modo* de la intersubjetividad; siendo la ley fruto de un acto deliberativo de una comunidad política en la que cada miembro ha sido actor y con derechos de participación simétricos (en principio, y ya veremos en la parte *Crítica* las objeciones a esta pretendida *simetría*); siendo por ello dicha ley obra de cada uno, es decir, de la que cada uno es responsable, y que al alcanzar el consenso al dictarla (a la ley) se constituyó a sí mismo como su *autor* y quedó por ello obligado, debe entonces obedecerla *en el fuero interno subjetivo (intersubjetivo)*; es decir, también se ha obligado a serle obediente bajo pena de recibir el castigo (la coacción legítima) que to-

dos han estipulado en el momento de su participación discursiva, libre, autónoma, simétrica (en principio). La ley, lejos de obligar *externamente* y situar a la acción meramente como *legal*, obliga normativamente y determina a la voluntad como exigencia *legítima* (legitimidad que obliga deóntica y subjetivamente a los participantes *del campo político* de manera análoga a como obligan las exigencias éticas a la conducta humana *en general o abstractamente*).

Hegel reconcilia la moralidad puramente subjetiva de Kant con la legalidad puramente legal del filósofo de Königsberg, en una síntesis donde la «comunidad ética» vive por dentro las leyes como propias de su intersubjetividad cultural y política, como una «segunda naturaleza» (a la manera de la *areté* o virtud griega o como el *rito* confuciano que disciplina la subjetividad y se exterioriza públicamente): «La realidad objetiva del derecho es, por una parte, un momento de la conciencia, algo que se sabe; por otra parte, tener el poder de la realidad, y ser válido, y por ello ser conocido como lo que tiene universal validez (*allgemein Gültiges*)»⁴²⁰. El derecho no es ahora meramente externo; lo externo se encuentra en la interioridad de una cultura, objetividad que constituye la misma intersubjetividad, en cuanto el derecho «es algo conocido, *reconocido y querido universalmente*, y que recibe su validez (*Gelten*) y la realidad objetiva por mediación del saber y de *este querer*»⁴²¹. Este «querer» subsume la obligación moral de Kant como fraternidad política, pública. La ley obliga como lo querido, no solamente como lo que coacciona externa y legalmente.

Demos otro paso adelante. Uno de los primeros trabajos de Niklas Luhmann fue su *Sociología del derecho*, en el que comenzó a desarrollar una visión general de los problemas sociológicos, con un alto grado de abstracción. Luhmann indica que el derecho es por ello una «estructura de un sistema social que se basa en la generalización congruente de expectativas comportamentales normativas» (1983, I, 121). Se fijan las funciones normativamente cumplidas con anticipación en el plano empírico para que la expectativa esperada por cada una de las partes, la llamada «doble contingencia», se cumpla (hasta con la convalidación de la fuerza física). Luhmann distingue un *hábito*, una dimensión de los *usos y costumbres* de una comunidad, de las *reglas morales* (que tiene ya expectativas anticipadamente formuladas normativamente), con el derecho, que tiene determinaciones más «limitantes», ya que define «los papeles especiales (de cada actor) que deciden los conflictos en forma impositiva, sea a través de disposiciones que establecen las sanciones en caso de transgresión, sea por la combinación de ambas características» (p. 42). El derecho debe, como todo sistema para Luhmann, afrontar la complejidad (de las posibles expectativas de conflictos) y la contingencia (en cada caso singularmente diferenciado), simplificando la posibilidad de fijar estructuras estabilizadas de «expectativa ante expectativas» (p. 45):

El comportamiento del Otro no puede ser considerado un hecho determinado, debe ser considerado como *expectable*⁴²² en su selectividad, como selección

entre otras posibilidades del Otro [...] Para encontrar soluciones integrables, confiables, es necesario que se puedan tener expectativas que no se refieren a comportamientos, sino sobre las expectativas del Otro. Para tener un control sobre la complejidad de las relaciones sociales no es necesario sólo que cada uno *experimente*, sino también que cada uno pueda tener una expectativa sobre la expectativa que el otro tiene de sí mismo (I, 47-48).

Los componentes de un sistema del derecho no son expectativas cognitivas, sino práctico-normativas; son «estructuras selectivas de expectativas, que reducen la complejidad y la contingencia» (pp. 65-66). Nos entra el deseo de tomar un ejemplo babilónico: «Si un señor ha tomado esposa, [si] ella le da hijos [y] luego muere, su padre [de la mujer y de sus hijos] no podrá reclamar su dote; su dote pertenece [exclusivamente] a sus [de la madre] hijos⁴²³.

El padre de la esposa tenía la «expectativa» de recuperar el dote, quizá también su esposo, y los hijos de la madre también. El derecho define simplificando la complejidad (entre las expectativas del suegro, el esposo y los hijos) y la contingencia (habiendo cuatro tipos de actores, en relación paterna, matrimonial y filial, aconteciendo la muerte en el ínterin, etc.) para fijar una «estructura selectiva de expectativas» en favor de la relación «mujer-madre-hijos» —que manifiesta, sea dicho de paso, una alta estima de la autonomía femenina en Babilonia—. Todo esto exige «un mecanismo de institucionalización» (I, 80). Claro que «esta reducción institucional no puede ser apresuradamente interpretada como compulsión social» (p. 81)⁴²⁴. No todas las «normas, instituciones o principios de identificación [de los casos definidos] son jurídicamente relevantes» (p. 108), por ello habrá que seleccionar los que sean realmente «estructuras de expectativas» fundamentales, ejemplares (llamadas por Luhmann «generalizaciones congruentes» [pp. 109 ss.]). De esta manera el derecho constituye un sistema necesario para la sociedad, pero se distingue de otros sistemas (aun del sistema político [para Luhmann] que, teniendo «entrecruzamientos» [*Kopplungen*] con el sistema económico, lo tiene igualmente con el del derecho⁴²⁵). Como ejercicio del poder el derecho tiene «fuerza física» (1983, I, 123 ss.) para «regular comportamientos divergentes» (p. 132).

[354] Por otra parte, la «positividad» del derecho está referida en última instancia a una «decisión» (II, 7)⁴²⁶, por instancia legislativa o por los jueces, que van «diferenciando funcionalmente el derecho» (II, 17 ss.), que con el desarrollo de la sociedad y del derecho, a través de los siglos, alcanza la complejidad diferencial inmensa actual, que toca una gran cantidad de casos contingentes categorizado por definiciones específicas (casi-universales, nunca singulares) de manera «condicional» (p. 27). No sólo se «diferencia» el *contenido* del derecho, sino igualmente «el proceso decisorio» (pp. 34 ss.). Por supuesto la positivización del derecho tiene «riesgos y problemas» (pp. 52 ss.), no sólo porque el ciudadano no puede conocer ese inmenso sistema complejo, sino porque, igualmente, muchos casos *singulares* no tienen lugar dentro del sistema (en especial

cuando son *nuevos*), lo que abre un horizonte de la «transformación del derecho»⁴²⁷. En efecto, habiendo siempre transformaciones sociales el derecho no sólo no es inmune a dichos cambios, sino que además viene a jugar una función de hacer «controlable» dichos cambios. Luhmann nos propone un cuadro:

Esquema 23.03. MUTUA DETERMINACIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO Y LA SOCIEDAD

		A) Sociedad	
		a) Transformación	b) Permanencia
B) Derecho	a) Transformación	1) Transformación funcional de normas jurídicas	2) Codificación
	b) Permanencia	3) Derecho positivo	4) Condiciones estables

Para Luhmann, cuando la «sociedad» (A) cambia (a) se produce una transformación funcional de las normas del derecho (B.a.1). Para alcanzar la permanencia la sociedad codifica los comportamientos (A.b.2), lo que lleva a una transformación o a una nueva codificación del derecho, que para alcanzar la permanencia lo institucionaliza como derecho positivo (B.b.3) que da a la sociedad condiciones ahora estables de diferenciación (A.b.4). Este optimismo jurídico de Luhmann, que es compartido por J. Habermas bajo la forma de «estado de derecho», es propio del pensamiento europeo, lo que le permite aun tratar los «problemas jurídicos de la sociedad mundial» (pp. 154 ss.) —que trataremos más adelante.

Es sabido que posteriormente Luhmann irá considerando cada vez más al sistema del derecho como «autopoietico», y en la medida que lo autonomiza auto-referentemente se irá diferenciando de todos los sistemas, en especial del sistema político.

Para Max Weber, el derecho es un sistema que legitima la dominación que, por su parte, permite una obediencia que da cohesión al orden social. Ni el poder derivado de la dominación burocrática o carismática tiene la fuerza de la «dominación legal». En efecto, ya sabemos que «existen —para Weber— tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad puede ser: 1. De carácter *racional*: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)»⁴²⁸.

Weber propone una definición sociológica, no normativa, por lo que «el que obedece sólo lo hace en cuanto miembro de la asociación y sólo obedece al derecho»⁴²⁹. De lo que se trata es de una «dominación legal con administración burocrática», de manera que no puede haber legitimidad del derecho en cuanto sea un acuerdo de las voluntades por un consenso racional fruto de una participación simétrica, que sería la objetivación en leyes de un poder político en sentido normativo. Siendo siempre el poder un tipo de dominación, «toda dominación se manifiesta y funciona en forma de gobierno [...] El poder de mando puede tener una modesta apariencia y el jefe puede considerarse como un *servidor* de los dominados»⁴³⁰. Puede siempre observarse ese como cinismo weberiano, ya que siendo el poder sólo dominación, debe *aparecer* (no ser) como siendo ejercido por un *servidor* «de los dominados» y obedientes a los mandatos específicos. Por ello, la dominación directa no tiene tanta estabilidad como la «dominación mediante organización [...] ante las masas dominadas»⁴³¹, ya que el derecho o «el *ordenamiento jurídico*» otorga al mandato *legitimidad*. En cuanto a un orden fundado en valores tiene validez ético —pero su fundamento es particular, no objetivo o racional, como la materialidad de los valores culturales mismos⁴³².

[355] Por su parte Jürgen Habermas, que ha escrito una filosofía del derecho en interpretación discursiva, en la muy completa *Facticidad y validez*⁴³³, expone de manera normativa el problema de la «validez jurídica»⁴³⁴, recordando que Savigny no ha logrado aclarar «en su teoría del derecho la relación entre principio moral, principio del derecho y principio democrático (si es que se me permite llamar principio democrático a aquello por lo que Kant ve caracterizada la forma republicana de gobierno) [...] Los tres principios expresan, cada uno a su manera, la misma idea de *autolegislación* (*Selbsgesetzgebung*)»⁴³⁵. Es decir, tanto la moral⁴³⁶, como el derecho⁴³⁷ y la democracia⁴³⁸ tienen validez o legitimidad —no como en Weber— en cuanto los miembros de la comunidad en la decisión, en el darse las leyes o en el procedimiento institucional del Estado hayan podido participar simétricamente en el acuerdo, en el consenso, alcanzado racionalmente. En este caso el poder no es dominación, y la obediencia⁴³⁹ no es fruto de no tener conciencia del sufrir una tal dominación, sino del compromiso normativo que se adquiere de cumplir un acuerdo del que se ha sido autor: *pacta servanda sunt*. El que se da una ley (como miembro activo de la comunidad política legislativa) o el que participa (aunque sea *delegadamente* por su *representante* legítimamente elegido) en una decisión debe obedecerla, por una exigencia racional (por la aceptación del mejor argumento) y de la voluntad (por una motivación fraterna fundada en el acuerdo aceptado libremente) que involucra su subjetividad (con convicción intersubjetiva, contra el parcial vaciamiento de la política por parte de Spinoza o Kant).

Para Habermas, el principio del derecho, en el que se fundamenta su legitimidad, «no constituye un eslabón intermedio entre el principio moral y el principio democrático, sino sólo el reverso del principio democrático mismo»⁴⁴⁰. En efecto, la legitimidad de todas las instituciones

(sean propias de las esferas *material* o de *factibilidad*, pero especialmente de la esfera *formal* o procedimental: del derecho propiamente dicho, de todo el *nivel B* del campo político) pende de un mismo principio democrático: el de poder participar simétricamente en todos los acuerdos que afecten al ciudadano —de manera racional, libre, autónomamente, sin violencia—. Se trata del principio de la soberanía de la comunidad política. El consenso práctico legítimo es el fundamento del sistema del derecho, del derecho institucionalizado, del derecho positivo.

Aquí sería bueno indicar que el antiguo concepto de «derecho natural» expresaba la necesidad de tener un punto de vista *exterior* (y *anterior*) al «derecho positivo», que sirviera de regla de fundamentación (desde donde se aplica) y de crítica (de corrección cuando el derecho «positivo» fuera *injusto*). Desde ya y definitivamente debemos superar esa posición metafísica ingenua, dogmática. El derecho «positivo» *funda* su legitimidad en el consenso soberano de la comunidad política. Dicho consenso es el *a priori* (como una *anterioridad* y *exterioridad* del derecho positivizado) de fundamentación del derecho, desde donde, igualmente, podrá ser criticado y transformado (claro que para ello deberá aparecer *históricamente* y desde la *exterioridad a posteriori* una consensualidad que podrá recibir el nombre estricto de soberanía *popular*⁴⁴¹).

Habermas expresa muy bien que «lo que en el ámbito de la vida personal se llama [...] autonomía moral, es lo que para la constitución de una sociedad justa significa [...] la autolegislación democrática»⁴⁴². Por otra parte, para que la legitimidad del cuerpo del derecho sea pleno deberá suponer igualmente una institucionalización de los «derechos humanos», en cuanto a la sustancia normativa presupuesta, que deberá articularse de acuerdo con la «soberanía» de la comunidad política⁴⁴³. Aunque en este punto deberemos hacer una aclaración.

Los llamados «derechos humanos», los derechos subjetivos o individuales del liberalismo deben ser redefinidos, y en este sentido deberíamos ir más allá que Habermas. Dichos derechos no son meros «derecho humanos», «derechos subjetivos» o «derechos individuales» en abstracto, como si el sujeto pudiera tener derechos autónomos por ser una individualidad metafísica substantiva anterior al Estado (en la que consiste la concepción liberal). Se tratan, en cambio, de «derechos del *sujeto*» humano que deben ser reconocidos en el campo político⁴⁴⁴ y por los sistemas institucionales políticos empíricos; y *sujeto* que, sin nunca dejar de ser intersubjetivo, es ya siempre miembro perteneciente a muchos otros campos prácticos, *externos* (al menos con exterioridad analítica) al mero campo político. Estos derechos se le reconocen al ciudadano, no como derechos anteriores al Estado del individuo substantivo, sino como derechos a ser *participante en otros campos* (familiar, económico, cultural, religioso, etc.): trascendentalidad funcional o sistémica del sujeto con respecto al mero campo político, cuyo *sistema de derecho* debe incluir y definir además los derechos políticos propios del sujeto o actor económico, social, familiar, cultural, deportivo, etc., al que se le reconoce *libertad (negativa)* en referencia al campo político (no está obliga-

do a la exclusiva obediencia política), y *libertad (positiva)* para ejercer funciones en otros campos aparte del político (es libre de actuar como miembro de diversos sistemas intrínsecamente no-políticos).

De la misma manera los «derechos privados» deben ser reconocido como propios del sujeto (intersubjetivo)⁴⁴⁵ en cuanto se inscribe igualmente en campos privados de conducta (por ejemplo, en la familia), lo que no significa tampoco que sean propios de un individuo substantivo independiente, sino que consisten en ámbitos intersubjetivos que deben ser reconocido como *exterior* al mero campo público político.

Sin embargo, la legitimidad del sistema del derecho es fruto de una institucionalización compartida por la comunidad y aceptada en su misma determinación jurídica —lo que agrega una nueva nota a la mera legitimidad en general:

La conexión interna que buscamos entre soberanía [de la comunidad política...] y derechos humanos consiste en que en el *Sistema del Derecho* se recogen exactamente las condiciones bajo las que pueden institucionalizarse *jurídicamente* las formas de comunicación necesarias para la producción de normas políticamente autónomas [...] La co-originalidad de autonomía privada y autonomía pública se muestran sólo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la *autolegislación*, figura conforme a la cual los destinatarios son a la vez autores de sus derechos⁴⁴⁶.

Es decir, en la Constitución deben «positivizarse» (expresarse jurídicamente) los derechos humanos, que ya no son considerados meros derechos *naturales*, sino reconocidos como logros históricos de la conciencia político-jurídica de la comunidad. En esos derechos humanos (que son el fundamento del cuerpo de leyes futuro) se reconoce, como hemos ya indicado, la pertenencia del ciudadano como sujeto de otros campos prácticos (derechos subjetivos y privados, por medio de los cuales el campo político se liga a todos los demás campos prácticos no-políticos), siendo el primero de estos derechos políticos el que afirma que el mismo ciudadano, autónomo (o libre) de manera privada (ya indicada) y públicamente (como participantes de la comunidad soberana), es la última instancia de toda decisión legislativa (institucionalizante, positivizante, juridizante). En tanto *que se da a sí mismo las leyes (autolegislador soberano)* la/el ciudadana/o es origen del derecho (fundamento de la *legitimidad* política de la ley) y destinatario (debe *obedecer* la ley por ser su propia decisión⁴⁴⁷).

De donde Habermas nos propone una formulación todavía no adecuada del problema, cuando indica que el principio moral universal debe particularizarse en el nivel del derecho⁴⁴⁸ (distinción analógica del derecho que pondré entre corchetes):

Válidas [*legítimas*] son aquellas normas [*jurídicas*] (y sólo aquellas normas [*jurídicas*]) a las que todos los [*ciudadanos*] que puedan verse afectados por ellas pudiese prestar su asentimiento como participantes en discursos [*político-*] racionales⁴⁴⁹.

El Poder legislativo es, por su parte, la función por la que la Sociedad política da el cuerpo de las leyes a toda la comunidad política. Dicho cuerpo, de creciente complejidad en un proceso de más de cuatro mil años (expresado en los antiguos códigos de Mesopotamia), aumentan en diferenciación y precisión. Es la tarea específica del Poder legislativo, que lo actualiza continuamente desde las exigencias históricas de la comunidad política, que permanece viviente y actuante en el tiempo y el espacio —como última referencia legislativa, cuyo juicio *fiscalizador* debería cumplirlo un Poder ciudadano, como veremos más adelante.

[356] Por todo ello el *sistema del derecho* puede fundamentar entonces el derecho a ejercer el monopolio del uso de la coacción legítima⁴⁵⁰, y no sería en este caso una mera dominación *externa*, sino una *condición interna* a la comunidad acordada por mutuo, autónomo y racional consenso para el cumplimiento de lo pactado contra los que, olvidando indisciplinadamente la decisión originaria, se volvieran ilegítimamente (en cuanto no cumplen lo acordado) contra la ley, en la que, *anticipadamente*, hubieron de normar jurídicamente las instituciones que enfrentarían esos casos (por ejemplo, todo el sistema de educación de tales ciudadanos, entre cuyas organizaciones puede contarse a la policía⁴⁵¹).

«Libertad comunicativa» podría denominarse ese estado de la subjetividad del actor en diversos campos en los que puede operar con una participación autónoma (privada o pública), que se positiviza en la «libertad política» del ciudadano. Esto explica que «la acción comunicativa depende siempre de la intersubjetividad de la relación que los agentes entablan y ello explica por qué esta libertad lleva anejas obligaciones ilocucionarias»⁴⁵².

Por todo ello, el sistema del derecho debe incluir: 1. Derechos (y leyes que los institucionalicen) de la esfera *material* («Derechos fundamentales que garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica⁴⁵³ y ecológicamente aseguradas [...] en términos de igualdad de oportunidades»⁴⁵⁴), esfera del *contenido* político. 2. Derechos de la esfera de las instituciones *formales* o procedimentales de la autonomía y libertad del ciudadano («Derechos fundamentales [...] al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas [...]; al desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembros de la [...] comunidad jurídica. Derechos fundamentales que resultan directamente de la accionabilidad de los derechos [...] Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión⁴⁵⁵ y la voluntad comunes [...]»⁴⁵⁶). 3. Derechos de la esfera de la factibilidad o del ejercicio del *Poder administrativo*, que son los derechos de las instituciones públicas que se desdoblán como *deberes del ciudadano*:

El [ejercicio delegado del] poder del Estado (Staatsmacht) sólo cobra una forma institucional estable y fija en, y con, la organización de la administración pública en término de una jerarquía de cargos. El alcance y peso del aparato estatal depende de en qué medida la sociedad recurre al medio que es el derecho, con el fin de operar e influir con voluntad y conciencia sobre sus propios procesos de reproducción⁴⁵⁷.

Lo que supone, como contraparte que:

En el sistema de la Administración pública se concentra un poder que una y otra vez ha de *regenerarse* a partir del poder comunicativo [léase: consensual]. De ahí que el derecho no sólo sea elemento constitutivo del código *poder* que gobierna los procesos administrativos. Constituye a la vez el medio para la transformación del poder comunicativo [consensual, *desde abajo*] en administrativo⁴⁵⁸.

Como puede verse, todo el edificio de la legitimidad del sistema del derecho (y del propio Estado) se funda en el poder consensual de la comunidad política (*desde abajo*), el único soberano, por lo que debemos abordar dos temas íntimamente ligado a dicha legitimidad activa, actual: el «estado de derecho» (que legitima la resolución pública de los conflictos sociales y de otro tipo) y la «opinión pública», que es la que constituye en concreto e históricamente el consenso vigente en la comunidad política (soporte hermenéutico de la adhesión unificada de las voluntades a toda instancia de la Sociedad civil y política). Sin un *consenso actuante* las voluntades pierden *motivación tendencial* y el poder, un «bien escaso» en el decir de H. Arendt, se disuelve dejando en su lugar a la pura fuerza de la coerción como dominación política.

4. *El poder diferenciado como judicial. El «estado de derecho»*

[357] Desde los más antiguos sistemas políticos, como los de Mesopotamia hace más de cuarenta siglos, el sistema del derecho, cuyos enunciados son universales, necesitaba como mediación necesaria de su *aplicación*⁴⁵⁹ a los casos singulares. De nada valdría el mejor sistema jurídico sin quien pudiera aplicar lo universal a lo particular o singular, o sin quien pudiera subsumir lo particular o singular en lo universal con *justicia*. *Justo* es el juez que, en cumplimiento de las condiciones universales de la legitimidad política (que serían la articulación adecuada de los niveles materiales de la verdad práctica —en relación a la reproducción de la vida—, usando los procedimientos legítimamente acordados —desde un sistema de leyes—, y considerando las circunstancias histórico-empíricas de lo que ha de juzgarse), sostiene honesta y públicamente ante la comunidad política una «pretensión política de la *justicia*», es decir, del *juicio* proferido como interpretación del sentido práctico del acto en cuestión (en principio, de un reo acusado de algún delito). Hay entonces que analizar los muchos momentos de este acto complejo del *juzgar* con legitimidad política.

Entre los griegos el «tribunal» (*kitérion*) de los que juzgaban debía «alejarse» (*krinêin*) descomprometidamente (para alcanzar la equidistancia que exige la justicia) del acto o «persona acusada» (*kritós*) sobre la que dictaba el «juicio» (*krísis*) de inocencia o culpabilidad, en la que consistía la «sentencia judicial» (*kríma*) propia del «juez» (*krités*).

Aristóteles⁴⁶⁰ ha tratado la cuestión con su habitual precisión. El juicio del juez es un enunciado práctico con pretensión de verdad, que depende sin embargo de la integridad ética de la subjetividad que juzga.

La corrupción del juez es la destrucción del «estado de derecho» en su fundamento. Por ello, como hemos visto, el *Código de Hammurabi* la condenaba con la pena de muerte. Nos dice el Estagirita:

Por esto es que llamamos *sofrosynen*⁴⁶¹ (temperancia), porque significa salvadora (*sózousan*) de la interpretación práctica (*frónesin*). Lo que ella salva es la *hypólepsin*⁴⁶² [...] Los principios (*arkhai*) de la praxis (*praktôn*) son los que se intentan prácticamente (*praktá*). El que está corrompido por el placer o el temor no se le aparece (*ou fainetai*) el principio [...] El mal (*kakía*) es, de esta suerte, corruptor del principio. Así la sabiduría práctica (*frónesin*) es necesariamente el hábito (*héxin*) que opera según (*metá*) la verdad de la razón (*lógon alethê*) en referencia a los bienes prácticos humanos⁴⁶³.

Con razón la Ética discursiva muestra que todavía hay en Aristóteles como un paradigma solipsista, ya que sólo el prudente (sabio práctico) puede saber singularmente si la *hypólepsis* de otro ciudadano es recta, correcta, justa. Le falta la discursividad al no poder constituir la *hypólepsis* como conclusión consensual de una «pretensión de validez práctica» que incluya la intersubjetividad y la comunidad. Pero, lo que se le escapa en parte a Apel y a Habermas, es que cada participante (y el juez, si no se trata de un tribunal colectivo) debe ejercer su propia responsabilidad judicial desde el ejercicio singular de la «sabiduría práctica» (*frónesis*) concreta cuando decida *su propio juicio acerca del caso*. Es decir, el consenso comunitario presupone ya siempre el juicio de cada miembro de la comunidad práctica, y éste no puede ser sino singularmente «prudencial». Lo mismo acontece con el juicio singular de todos los miembros de todas las instituciones (legislativa, ejecutiva, judicial, electoral o ciudadana). Es entonces necesario saber articular complejamente la *prudencia del sujeto singular que emite un juicio* (una interpretación, un momento hermenéutico) en todos los niveles con el *consenso práctico* de la deliberación democrática intersubjetiva, discursiva⁴⁶⁴.

Aristóteles nos habla de los «silogismos prácticos» (*syllogismoi tôn praktôn*) que pueden aclarar el análisis del «juicio práctico» del ciudadano, del político representante y del juez (tres tipos de «juicios» analógicamente semejantes en su estructura hermenéutica). Escribe el fundador del Liceo: «[a] Los silogismos prácticos tienen su principio⁴⁶⁵ [premisa mayor] de esta manera: *Puesto que tal es el fin y el bien supremo (aristón)*, cualquiera que sea ya que para el argumento podemos tomar el que se nos ocurra» (EN V, 12, 1144 a 30-31).

La premisa menor se ocupa «de las cosas humanas (*tà anthrópina*) sobre las que pueda deliberarse (*bouleústhai*)» (7, 1141 b 9). A partir de los principios, entonces, y deliberando rectamente sobre las mediaciones para llevarlas a cabo singularmente (es el momento de la *aplicación*), se decide por último la *hypólepsis*: «[b] El saber deliberar (*eû bebouleústhai*) es propio del prudente. La justa deliberación es fruto de la rectitud (*orthótes*) de lo que conviene acerca del fin (*télos*), siendo la prudencia la que permite [c] la *decisión verdadera (alethês hypólepsis)* (9, 1142 b 38-39).

En [a] tenemos el momento universal, el todo, la premisa mayor del silogismo práctico. En [b] el momento particular, la parte, las premisas menores que permiten deliberar sobre las mediaciones para alcanzar el fin, los principios. En [c] se llega a la conclusión singular práctica, concreta, la *electio* latina, la *máxima* de la voluntad de Kant, el singular demostrado, justificado (cuando el proceso es deductivo, momento «determinante» del juicio práctico diría Kant). La «interpretación electiva» (o la decisión final de la máxima concreta: *proairesis*) es lo que por último decide la política (ya que es el juicio práctico que impera las acciones estratégicas): «Lo elegido (*proairetoû*) es lo que deseamos porque lo hemos deliberado [juzgado racionalmente] (*bouleutoû orektoû*) en vista del fin; así la elección (*proairesis*) es acerca del querer juzgado (*boulentikè ôrexis*) [...] toda vez que apetece algo (*oregómetha*) porque lo hemos deliberado (*boûleusin*)» (III, 3; 1113 a 10-14).

[358] Si nos situamos en otra tradición política, debemos recordar que en Egipto el «juez» por excelencia, que tiene en su mano la balanza donde se pesa el bien y el mal (que se impone como símbolo en todo el orden jurídico), es Osiris⁴⁶⁶, siendo el «juicio final» en la gran sala de *Ma'at* —la *Moirá* griega—, por su parte, el postulado del juicio perfecto. El mito de Osiris, la conciencia moral, se subjetiva y entra en la tradición semita y cristiana, en la filosofía árabe (primera herencia del aristotelismo), en la filosofía latino-germánica. Todo el tema de la *conscientia* (en alemán *Gewissen*) tiene larga historia⁴⁶⁷. Para Tomás de Aquino, que producirá una síntesis muy particular de la terminología hebrea y griega, trata el tema anotando que «la conciencia aplica (*applicatur*) lo conocido por la *syndéresis*⁴⁶⁸ al examen de los actos particulares (*ad actum particularem*)»⁴⁶⁹. Los actos particulares, además, se nos dice, están sumergidos en una gran incertidumbre (*in rebus autem agendis multa incertitudo invenitur*⁴⁷⁰), porque se trata de acontecimientos singulares y contingentes (*singularia contingentia*⁴⁷¹). Aunque inciertos los actos particulares deben ser la conclusión de un acto racional de discernimiento, de un proceso hermenéutico (*inquisitio*⁴⁷²), una deliberación (*consilium*) que, por medio del «silogismo acerca de lo operable (*sylogismo operabilium*)»⁴⁷³, concluye en «la elección (*electio*), [que] es lo inteligido apetecido (*intellectus appetitivus*) [o] el apetito deliberado (*appetitus inquisitivus*)»⁴⁷⁴. Como siempre estamos en un momento previo a la disyunción de la Modernidad, y por ello el orden del deseo y el de la racionalidad se codeterminan adecuadamente. Es de recordar la precisión con la que esta tradición, analíticamente, describe los momentos del proceso que culmina en la decisión (tanto del ciudadano, como del juez, pero principalmente del político que ejerce el poder).

La prudencia o el hábito de la sabiduría práctica era analizado en la filosofía latino-germánica teniendo en cuenta las diferencias posibles de sus: a) «partes integrales», b) «subjetivas» o c) «potenciales».

En primer lugar (a), en cuanto a sus «partes integrales», el ciudadano, el político profesional o el juez deben tener, en un primer momento (1), «memoria», en la medida en que al enfrentarse al «operable contingente»

(*contingentia operabilia*)⁴⁷⁵ debe recordar todos los casos anteriores singulares, porque no se tratan de universales. Cerebralmente todo lo que nos enfrenta es un *remembered present*⁴⁷⁶; es el pasado del haber-sido-en-el-mundo de Heidegger, desde donde se implanta el proyecto futuro y del cual se abren las posibilidades: los *contingentia operabilia*. Cuanto mayor conocimiento de la historia, de los antecedentes, de anteriores experiencias se tenga, el acto será más acertado políticamente.

En un segundo momento (2), se tiene una «percepción intuitiva»⁴⁷⁷ del caso singular en toda su complejidad. Es una «recta evaluación de algún fin particular» (*recta aestimatio de aliquo particulari fine*). De nuevo, a mayor observación, a mayor atención en el descubrimiento de lo que la estrategia china denominaba *xing* (situación, configuración estratégica o tendencia de los acontecimientos⁴⁷⁸) en relación al *shi* (potencial de dicha situación), es decir, cuando más capacidad haya en esta evaluación de la realidad (*ratio particularis*) del poder (como voluntad colectiva unida, con mayor o menor *potentia*) que se disemina en el campo político heterogéneamente, mejor capacidad se tendrá en la consecución de los otros momentos del acto prudencial, estratégico, discursivo.

En un tercer momento (3), la *docilitas* (capacidad de aprendizaje), que, por un lado, significa saber aprender como discípulo de los otros, de la realidad política, de los errores; pero, por otro, estudiar (o hacerse aconsejar) por las ciencias, las tecnologías, los saberes teóricos, prácticos y técnicos. El «terco» (como la «piedra») no puede ser un buen político, sino el que se pliega a la realidad como el «agua» —según la metáfora china, que arrastra torrencialmente las piedras más pesadas y las rompe al penetrar por sus grietas, además de ser desconocida por transparente.

En un cuarto momento (4), la *solertia*⁴⁷⁹ (imaginación pronta y creativa), que es como la agilidad mental práctica que imagina pronta (*velox*) y fácilmente soluciones inesperadas, nuevas, geniales, adecuadas. En un quinto momento (5), la *ratio* o la capacidad de descubrir posibilidades «razonables». Lo razonable supone: (6) la *providentia* (previsión), o el saber determinar los medios adecuados para los fines estratégicos; (7) la *circumspectio* (observación de las circunstancias que rodearán la acción posible), que exige saber descubrir todas las circunstancias que determinan la singularidad del evento, es decir, nuevamente considerar la red de la estructura del poder dentro de la cual se encuentra la acción posible, incluyendo los efectos; (8) la *cautio* (cautela), que obliga a observar atentamente los impedimentos que se interponen en la consecución de la acción (C. Schmitt observaría detenidamente los «pasos» del enemigo político en especial).

En segundo lugar (*b*), las «parte subjetivas» de la prudencia son para los filósofos latinos, en un primer momento (1), la prudencia en referencia a sí mismo; en un segundo momento (2) la prudencia con respecto a la «multitud» (*multitudo*), que puede ser prudencia *militar*, *económica* (en referencia a la casa, al feudo, a la ciudad) y *política*⁴⁸⁰.

En tercer lugar (*c*), las «partes potenciales», que son (1) la *euboulía* (virtud del saber deliberar), (2) la *synesis* (virtud del saber emitir un

juicio en el momento mismo de la decisión, sin titubear), (3) la *gnóme* (virtud del buen juicio o de la recta ilación, subsunción o aplicación del principio al caso contingente singular: *ad hoc pertinet gnome, quae importat quandam perspicasitatem iudicii*⁴⁸¹. Para Kant sería el momento del juicio recto determinante en la «aplicación» del principio o la ley universal.

En la Modernidad madura, como hemos visto en [171-172], Kant describe un doble movimiento en el ejercicio de la «facultad de juzgar» (*Urteilkraft*). Si se parte de «lo universal» (*Allgemeinen*)⁴⁸², que puede ser «la regla, el principio, la ley»⁴⁸³, el acto judicial debe deducir, justificar o subsumir lo particular (la *hypólepsis* aristotélica, o la *electio* latina) «en lo universal». Debe entonces «descender» *explicando* desde el principio la conclusión práctica (*flechas b*).

Esquema 23.04. ASCENSIÓN DIALÉCTICA
(DEL JUICIO REFLEXIONANTE) Y DESCENSO JUSTIFICATIVO
(DEL JUICIO DETERMINANTE) PRÁCTICOS

Nivel (C) ⁴⁸⁴ universal práctico	<i>Fundamentación</i> ↑ c 1) Los principios	
Nivel (B) particular práctico	2) El sistema del derecho, de las leyes, las reglas, etc.	
Nivel (A) empírico práctico (singular)	↑ Ascenso reflexionante (Ontológico-dialéctico) ↑ a El caso concreto	↓ Descenso determinante (<i>Justificación</i>) b ↓ El juicio determinado

[359] Si, por el contrario, se parte del «caso concreto», se debe poder situarlo dentro de un horizonte en el que se logre establecer alguna relación con un momento universal (con algunas reglas, leyes o principios), a partir del cual encuentre un fundamento de justificación⁴⁸⁵, es decir, de «sentido» práctico, debiendo para ello, primeramente, lanzar diversas «hipótesis» de posibles relaciones con regiones universales eventualmente justificantes (un acto semejante a la *abducción* de Peirce, o de ascenso dialéctico u ontológico de la «parte al todo»⁴⁸⁶: «la facultad de juzgar reflexionante debe ascender (*aufzusteigen*) de lo particular [...] a lo universal»⁴⁸⁷. En el orden del conocimiento de la naturaleza, ese orden natural se estructura desde un principio *a priori* trascendental,

el «principio de finalidad» (por semejanza al «principio de causalidad» de Hume). Pero en el orden práctico, de la libertad, la moralidad o la política, hay un «principio supremo de todas las leyes morales [que] es un postulado»⁴⁸⁸. Este postulado —que al comienzo de las exposiciones de Kant parecía posible de ser realizado empíricamente *in the long run*— poco a poco se le fue apareciendo como empíricamente imposible de ser efectivizado. Nos explica que se trata de un postulado, un horizonte de orientación que despliega «un hombre que venera la ley moral» y que se le ocurre «pensar *qué mundo* él, guiado por la razón práctica, crearía si ello estuviera en su poder»⁴⁸⁹; el postulado es así la referencia de universalidad en la que el caso particular debe fundamentarse en su moralidad. En la *Crítica de la razón práctica* las Ideas de Dios e inmortalidad fundaban la moralidad del acto haciendo posible la realización futura del «bien supremo» (después de la muerte). Por el contrario ahora, gracias a un postulado político, es posible ir anticipando el «bien político supremo» (*hoechsten politischen Gut*)⁴⁹⁰ en la historia. De esta manera se refiere el caso particular al principio universal, que metafóricamente es imaginado como una «ascensión». En efecto, se nos dice que «la paz perpetua (el fin último del derecho de gentes en su totalidad) es ciertamente una Idea irrealizable. Pero los *principios políticos*»⁴⁹¹ que orientan las acciones e instituciones hacia el «estado de paz perpetua, no son irrealizables, sino que son sin duda realizables, en la medida en que tal aproximación es una tarea *fundada* (*gegründete*) en el deber»⁴⁹². Concluyendo: «Esta Idea racional de una comunidad pacífica [...] formada por todos los pueblos de la tierra [es el] principio de derecho»⁴⁹³. Todo el sistema del derecho (desde la Constitución hasta las leyes que dicta el Poder legislativo, y sus posibles reglamentaciones) se justifican, o se fundan en ese postulado universal primero. La misma «sociedad civil», con su organización legal coactiva y sus fines materiales (la felicidad común y la cultura), son ya un nivel fundado en ese postulado primero (comenzando así el *descenso* de lo más universal a lo menos universal, de la *flecha b* del *Esquema 23.04*).

Como se habrá observado tenemos ya la cima de la montaña a la que hemos ascendido. La *aplicación* del horizonte universal será la función descendente de la «facultad del juicio determinante»:

Si lo dado (*gegeben*) es lo universal [...] la facultad de juzgar, que subsume (*flecha b*) lo particular [A-B] en lo universal [C] (aun en el caso de que, a fuer de facultad trascendental de juzgar, dé *a priori* las condiciones únicas en que sea posible efectuar esa subsunción), es determinante (*bestimmend*)⁴⁹⁴.

Ahora «lo universal» (que para Apel es la *Teil A*) puede *aplicarse* al «caso singular», es decir, puede ser dictaminando, juzgado, evaluado, determinado en su juridicidad (o en su justicia *real*) por el juez. Lo mismo acontece con el acto a ser obrado por el ciudadano o el político profesional (*a priori* constituido como *válido* moral, legal o legítimamente). Por ello, todos los momentos del ámbito trascendental universal (la

comunidad ética, el sistema del derecho, etc.) son «las condiciones de la aplicación (*Bedingungen der Anwendung*) de la voluntad moralmente determinada por su objeto que le es dado *a priori* (el bien supremo)»⁴⁹⁵. Este nivel trascendental, universal, está estructurado complejamente. El juez, por su parte, siendo una institución política, pública, jurídica *aplica* lo universal (el sistema del derecho) en referencia al caso concreto que debe dictaminar, es decir, a las «acciones meramente *externas* y a su conformidad con la ley, [y por ello] se llaman *jurídicas* [...]; es la *legalidad*»⁴⁹⁶ —en el formalismo kantiano.

Apel parte de las conclusiones kantianas, las corrige, las actualiza desde la ética del discurso, distinguiendo una «parte A» de fundamentación de principios —tema del próximo *capítulo 3*, *flecha c* del *Esquema 23.04*— y una «parte B» de su aplicación hermenéutica, pero rectificando la problemática, ya que no son aceptables las posiciones de Aristóteles o Kant en aquello de que «la problemática normal de una *frónesis* o una *facultad del juicio* [...] en el sentido de una moralidad convencional aristotélica de la *polis* [determinada] por las costumbres de *aplicación convencional* correspondiente, [o] como lo hace Kant, [con] la aplicación responsable de una moralidad de principios abstracta [de] la *facultad del juicio* del hombre común [...] sin necesidad de mucha *perspicacia* o *ciencia*»⁴⁹⁷.

Apel llama la atención sobre la «mediación histórica entre el principio universalista ideal [...] y la situación concreta de una comunidad comunicativa real»⁴⁹⁸, ya que el desarrollo histórico político y cultural postconvencional de una sociedad con «estado de derecho», permite la presencia de más adecuadas condiciones para una aplicación válida de principios:

Kant todavía no es capaz de pensar el problema de una *responsabilidad histórica de la aplicación de una ética de principios postconvencional*. En una comunidad comunicativa real, históricamente condicionada, son precisamente las *condiciones de aplicabilidad* de una ética de la comunidad ideal las que aún no están en absoluto dadas⁴⁹⁹.

Por una parte, el «estado de derecho» no ha avanzado tanto que pudiera darse simetría entre los afectados que entran el *discurso de aplicación*⁵⁰⁰ —y podemos indicar que *nunca* existirán condiciones *perfectas* de simetría—. Tampoco se darán *nunca* las condiciones *materiales* de simetría —cuestión planteada en nuestra *Ética de la Liberación*—. Por lo que el «principio de extensionalidad» o de «complementación» (*Ergänzungsprinzip*) —que obliga a producir en la historia un desarrollo que produzca una tal simetría de los argumentantes⁵⁰¹—, pero no teniendo la ética del discurso ningún recurso estratégico ni material para cumplir una tal obligación⁵⁰². Volveremos en el próximo *capítulo 3* sobre la posición teórica de Apel.

[360] Por su parte Habermas trata la cuestión de la aplicación del derecho en el caso del juez comenzando por situar la «hermenéutica ju-

rídica», que permite afrontar el «realismo jurídico» y el «positivismo jurídico». Estamos entonces en el orden de la *justificación* (o del *descenso* del fundamento a lo fundado)⁵⁰³. La hermenéutica de la ley se encuentra ante el hecho de elegir una «decisión jurídica como [...] subsunción de un caso bajo la correspondiente regla»⁵⁰⁴:

La hermenéutica propone por ello un modelo procesual de interpretación (*Auslegung*). La interpretación comienza con una precomprensión (*Vorverständnis*) de marcado carácter evaluativo que establece entre norma [lo universal] y el estado de cosa [el caso singular] una relación *previa y abre un horizonte* para el establecimiento de ulteriores relaciones⁵⁰⁵.

En la interpretación cotidiana (que Habermas con Heidegger llama «precomprensión»⁵⁰⁶ o «interpretación derivada»), tal como el sentido común descubre «sentido» de los acontecimientos, el juez deberá saber (como momento de la facultad reflexionante del juicio) *situar*⁵⁰⁷ el *caso singular*, que se trata de resolver teniendo «pretensión de legitimidad (*Legitimitätsanspruch*) de las decisiones judiciales»⁵⁰⁸, *dentro* de la totalidad del sistema del derecho. La «escuela realista» recurre sin escrúpulos a momento extra-jurídicos (psicológicos, sociológicos, históricos), y los yuxtapone al cuerpo de las leyes y principios jurídicos, cayendo en un instrumentalismo político incoherente. El positivismo jurídico, en cambio, cuenta auto-referencialmente sólo con el cuerpo legal, y cuando no haya legislación positiva que pueda permitir el juicio del caso concreto, lo deja a la «discreción» prudencial del juez (cae así en un irracionalismo jurídico).

[361] Ronald Dworkin desarrolla su metodología de «interpretación constructiva» a partir de la estrategia argumentativa de los «casos difíciles»⁵⁰⁹, admitiendo que en la administración de la justicia se debe también hacer referencia a los puntos de vista morales de una determinada tradición y a objetivos políticos, pero sin quizá advertir suficientemente que los contenidos morales se transforman radicalmente cuando adquieren forma jurídica.

Una decisión del juez es jurídica (legal), pero no deja de ser moral y política. El asunto consiste en saber integrar los tres componentes. Como hay principios y reglas específicas que concretan a los primeros, Dworkin propone: *a*) «en lo que se refiere al método, recurrir al procedimiento de la interpretación constructiva, *b*) en lo que se refiere al contenido, mediante el postulado de una *teoría del derecho* que efectúe en cada caso una reconstrucción racional de derecho vigente y lo traiga a concepto»⁵¹⁰. Dicha «interpretación constructiva» no es otra cosa que un *analizar* todo el orden jurídico y un seleccionar lo que tenga relevancia en dicho orden con respecto al caso concreto, para *reconstruirlo* coherentemente a fin de justificar una decisión idealmente válida. Aunque haya incertidumbre es necesario reducir el grado de su ejercicio, y cuando haya contradicción entre principios aplicables al caso concreto tienen que haber criterios para seleccionar la norma adecuada. De todas

maneras un juez que efectuara perfectamente esta tarea debería tener la omnisciencia de un Hércules (de un Osiris, diría yo). En efecto, para perfectamente llevar a cabo esta tarea de construir una *teoría del derecho ad hoc* se necesitaría:

Conocer *todos* los principios válidos y todos los fines y objetivos que son menester para la *justificación*; al mismo tiempo, tener una *perfecta* visión de conjunto de la densa red de elementos enlazados por hilos argumentativos, de que consta el derecho vigente⁵¹¹.

La indeterminación propia del derecho (por ser universal) no impide que pueda ser aplicado adecuadamente, aunque debe reconocerse la dificultad de llegar a tener un marco teórico coherente, a partir de la Constitución, incluyendo diferentes normas constitucionales, leyes simples, derechos consuetudinarios, decisiones de principio, comentarios, para resolver el caso contingente⁵¹². El concepto de «integridad» califica la coherencia de todos los momentos para Dworkin. Claro es que muchos opinan que esta teoría es impracticable.

Por su parte, Klaus Günther, distinguiendo «discursos de fundamentación»⁵¹³ y de «justificación», nos permite llegar a una descripción tal que podría resumirse en que «la justificación de un juicio singular ha de apoyarse en el conjunto de todas las razones normativas susceptibles de poder considerarse, que resulten relevantes en virtud de una interpretación [lo más] completa de la situación»⁵¹⁴.

De todas maneras, para Dworkin o para Günther, el ejercicio aplicativo es *monológico*, el juez es un solitario, cuyas construcciones interpretativas son inevitablemente falibles. ¿Es posible pensar en un procedimiento cooperativo en la formación de la teoría del derecho, en el sentido de Dworkin, para justificar una mejor aplicación? Esto supondría, al menos, una doble comunidad de referencia (a la manera de la *indefinitely community* de Peirce): *a*) una comunidad de jueces (por analogía a una comunidad científica, en cuanto al estudio y debates histórico-científicos del derecho), y *b*) una comunidad judicial (como los tribunales constituidos por ciudadanos en algunos Estados, cuestión no planteada por Habermas), consistiendo a ambos como modos, no los únicos, de «procedimientos argumentativos [jurídicos] de búsqueda cooperativa de la verdad»⁵¹⁵. El juez, el fiscal, el defensor, un posible tribunal de ciudadanos, el reo, sus familiares, la víctima, y hasta la opinión pública, constituyen una trama intersubjetiva que se va ligando dramáticamente en el proceso temporal del juicio. Es en esos lazos interhumanos, donde, por los mejores argumentos, y no por la simple coacción, va ganando terreno una decisión del caso concreto que posee la «pretensión de legitimidad» —pretensión, que como su concepto lo incluye, puede ser mejorada, corregida⁵¹⁶, pero, que parte de una cierta aceptabilidad por parte de los afectados.

En nuestro caso, cuestión a la que retornaremos en la *Crítica*, para que la «pretensión de legitimidad» no sea sólo *formal* (teniendo en cuen-

ta el sistema del derecho), sino que pueda igualmente tomar en cuenta la situación *material* o social de un posible acusado, para lo cual será necesario usar principios que sitúen a la solución del caso dentro del horizonte de la normatividad de la esfera material de la política, para que se alcance una «pretensión de legitimidad *real*». La legitimidad del juicio se completará como un juicio *justo*⁵¹⁷.

Por su parte, el «estado de derecho» vincula el sistema del derecho y las leyes con la capacidad del ejercicio del poder político que sanciona con legitimidad la solución de un conflicto entre ciudadanos —mediante la intervención del Poder judicial—, cuando el conflicto no ha encontrado una resolución por negociación razonable previa. En este caso el orden político cobra estabilidad, gobernabilidad. El «estado de derecho» garantiza, por una parte, los derechos del sujeto práctico, como miembro de otros campos (y en su dignidad ético-trascendental como tal), y, por otra parte, ante el ejercicio delegado del poder por parte del Estado:

En el *estado de derecho* (*Rechtsstaat*) entendido en términos de teoría del discurso la soberanía popular no se encarna ya en una asamblea intuitivamente identificable de ciudadanos autónomos; se retrae a los circuitos de comunicación, por así decir, carentes de sujeto, que representan los foros y los organismos deliberativos y decisorios [...] En el Estado democrático de derecho el poder político se diferencia [...] en poder comunicativo y poder administrativo⁵¹⁸.

Por nuestra parte, como se verá repetidamente, deseamos indicar, además de lo sugerido, la necesidad y la creación de instituciones que den la posibilidad de una participación directa (en el nivel de la *base*, distrital o de barrio) por parte de los ciudadanos autónomos (que deberían organizarse paralelamente a las instituciones de la representación) desde abajo. Esto no niega, sino que funda, la posibilidad que sea «el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo (indiferenciado) se transforma en administrativo»⁵¹⁹. La producción discursiva del derecho (Poder legislativo) y la resolución de los conflictos (en especial los sociales) (Poder judicial) permite que el estado de derecho consolide la continua regeneración del poder político de la comunidad. Claro que J. Habermas, siempre, se refiere sólo a una legitimidad *formal*. Por nuestra parte, ya lo hemos indicado, si consideramos que el estado de derecho debe también fundarse en la igualdad de derechos de reproducir y desarrollar la vida concreta de los ciudadanos (en la esfera *material*), tendríamos un concepto de legitimidad *real*, y por ello también la idea de un estado de derecho *real* (es decir, formalmente fundado en el derecho, las leyes, y *materialmente* existente en la resolución de los conflictos sociales⁵²⁰, que surgen de un no cumplimiento de los requerimientos ecológicos, económicos o culturales en toda la población).

El estado de derecho, entonces, dinamiza todos los intersticios de la comunidad política, de sus acciones estratégicas, de sus instituciones, impidiendo el hacer justicia «por sus propias manos» o aplicar la «ley del talión» como venganza. La formación disciplinada de la voluntad exige

una tolerancia democrática fundada en la fraternidad ciudadana. El Poder judicial se levanta así como una última instancia fundante que permite la vida política civilizada. Todo se corrompe cuando el derecho es usado para el cumplimiento de intereses inconfesables y la dominación coacciona a los ciudadanos al silencio y al miedo. El poder político de la comunidad se debilita, el consenso se disuelve, la *potentia* deja lugar a una *potestas* dominadora, parcial, injusta. La reproducción de la vida de los ciudadanos se dificulta, la participación se aniquila, la factibilidad técnica del dominio del bloque histórico en el poder, sin hegemonía, se transforma en pura dominación.

5. *La opinión pública y política: el consenso activo.*
La manipulación economicista de la «medio-cracia»

[362] El consenso de la comunidad política, lo hemos visto repetidamente, constituye un momento esencial del poder en su sentido positivo, radical. Las voluntades no podrían consolidar la *potentia* de los muchos sin la *unidad* que se funda en el consenso. En esto coincidirían H. Arendt, J. Habermas, A. Gramsci y esta *Política de la Liberación*. Si se disuelve, corrompe, destruye el *consenso* se debilita y hasta se extingue el poder de una comunidad política. Lo que hoy llamamos *opinión pública* —y más estrictamente *opinión política*— toca esa red neurálgica del poder como poder. De otra manera. Hemos insistido en que la democracia deliberativa exige una comunidad política *in actu* siempre atenta a los problemas y conflictos de la realidad compleja del campo político, a fin de que por la continua y presente discusión de los ciudadanos, argumentando cada uno desde su posición de participantes, se cree un estado de *discursividad activa*, que tiene su expresión pública e institucionalizada en los órganos legislativos. Lo que *liga* y *funda* a dichos órganos legislativos con la conciencia intersubjetiva de la comunidad política es la *opinión pública*, pero en tanto opinión que no es meramente pública, sino que, situada en el campo político, efectúa una interpretación o hermenéutica⁵²¹ propiamente política.

En su obra *Transformación estructural de la esfera pública*⁵²², Habermas expone una detallada historia de la transformación de la «esfera pública» en la sociedad europea, bajo el proyecto de organizar un Estado social al comienzo de las década de los años sesenta. Si dejamos de lado el largo proceso del tema en las sociedades griega⁵²³ y latino-germánica⁵²⁴, en «la fiesta barroca [lo público] ha perdido literalmente ostentabilidad [y] se retira de las plazas públicas a los jardines, de las calles a los salones de palacio»⁵²⁵. La burguesía ganará por su parte la esfera pública, en el primer capitalismo mercantil, comercial, en las grandes ferias que se establecían en el cruce de las rutas de largo aliento. Había así «tráfico de mercancías y noticias»⁵²⁶. Por supuesto Habermas nada nos dirá sobre Venecia, que superaba en esto a todas las ciudades continentales europeas; ni de Estambul, Bagdad, Samarcanda, y cruzando el Tarim las enormes ciudades del Yang-ze. En estas ciudades, que florecen

en Flandes (Brujas, Amberes y después Ámsterdam), «*público* [...] resulta análogo a estatal; el atributo no se refiere ya a la *corte* representativa de una persona dotada de autoridad, sino más bien del funcionario [...] El dominio señorial se transforma así en *policía*; las personas a ella subordinadas forman, como destinatarios de la violencia pública, el público»⁵²⁷. La clase mercantil comercial muy pronto (en la primera mitad del siglo XVII en Inglaterra se publica la *Gazette of London*) comienzan a editar boletines informativos económicos: nace así la *prensa escrita*. La opinión de la clase burguesa se enfrenta al Estado, a la monarquía absoluta. Pero bien pronto el Estado comienza a utilizar este nuevo medio. Richelieu fue protector de un periódico estatal fundado por Renaudot en 1631. La opinión escrita de la burguesía había creado su contraparte. El poder de la prensa era creciente porque tenía como *publicum* a miles (en Francia y en toda Europa, pero igualmente en México, Buenos Aires, Bogotá o Lima) de grupos literarios y políticos que se reunían en torno al recién llegado producto, el café (los *coffee-houses*, los *salons*, los *Tischgesellschaften*), que a través de Viena proviene del Imperio otomano. Era una esfera pública semi-privada. La familia burguesa patriarcal defiende su privacidad pero se abre a lo público. El primer piso de las casas de los comerciantes de Ámsterdam dan hacia la calle, donde están las oficinas y el trato con los clientes: es la apertura al mercado, a lo público; en el segundo piso está la familia: es lo privado; en el tercer piso, cuyas compuertas altas se abren por detrás a los canales por donde los barcos depositan las mercancías, elevadas por grúas, en la casa del comerciante, trabajan los asalariados: es la fábrica⁵²⁸. Aparece el intercambio epistolar, que utiliza la novedosa institución del correo (usado primero para la distribución de los periódicos)⁵²⁹. Crece la trama de redes de comunicación intersubjetiva.

El Estado absolutista no tarda en organizar la censura, como medida de restricción de la esfera pública. Sin embargo, suficientemente afianzado en la propia burguesía, en Gran Bretaña entre 1694-1695 se funda el Banco de Inglaterra y se produce la abolición de la censura. Se aumenta el número de votantes (que posteriormente con la *Reformbill* llegarán a un millón de electores), aumenta la presencia de la burguesía en un Parlamento ampliado, que al final del siglo XVIII deberá por primera vez referirse a la *public opinion*, que presiona una guerra contra Rusia:

La idea burguesa del Estado legal, esto es, la vinculación de toda actividad estatal a un sistema lo más continuo posible de normas legitimadas por la opinión pública (*öffentliche Meinung*), está orientada al arrinconamiento del Estado como instrumento de dominación⁵³⁰.

Todo esto es posible en el tiempo del crecimiento de la influencia de la burguesía en la llamada «opinión pública»⁵³¹. Al comienzo, para Hobbes por ejemplo, la opinión crítica a la monarquía era detestable —como hemos visto en la visión histórica⁵³²—. Locke, por el contrario, le da un lugar central, indicando que la virtud exige una *public esteem*⁵³³.

Pero es Rousseau el primero que usa la expresión *opinion publique* en un sentido crítico, como confianza en el juicio del sentido común del simple pueblo, como opinión popular de la asamblea reunida en la plaza pública en el momento del ejercicio de la democracia directa (aunque garantizada por la censura)⁵³⁴, opuesta al mero *publique éclairé*, que es fruto de la prensa, de los discursos de salón. Los sabios y la ilustración —es la burguesía ilustrada— se extravían en conocimientos innecesarios, *c'est de l'opinion publique qu'ils son ennemis*⁵³⁵. Para Rousseau, como es sabido, la civilización ha corrompido al ser humano. ¿Cómo se podría salvar de tal corrupción al ciudadano? En la *Volonté générale* brota ese como el «estado de naturaleza» anterior a la «sociedad civil» y expresa su bondad como *opinion publique*, como el *bon sens*⁵³⁶: «Oh Dios todopoderoso [...] libéranos de la ilustración y de las artes funestas de nuestros padres y dadnos la ignorancia, la inocencia y la pobreza, los únicos bienes que pueden producir nuestra felicidad»⁵³⁷.

La opinión pública del pueblo es soberana. Sin embargo deberá aceptar la mediación legislativa, es decir, las instituciones para su autorregulación, pero siempre intentará disminuir su importancia recordando la necesidad de la democracia directa, de donde la *opinion publique* ejerce su presencia, siendo el tribunal permanente y última instancia de lo político. En esto J. Bentham estará totalmente de acuerdo. De todas maneras esta posición utópica —en cuanto le falta el criterio de discernimiento que pueda criticar a la misma opinión popular, y que son los principios de los que hablaremos en el capítulo 3— deberá ser tenida en cuenta⁵³⁸.

[363] Con Hegel tenemos una exposición explícita del tema en la *Filosofía del Derecho*⁵³⁹:

La libertad *subjetiva formal* de que los individuos como tales pueden tener y manifestar sus propios juicios, su propia opinión (*Meinen*) y consejo acerca de los asuntos generales, se manifiesta en el conjunto que se denomina *opinión pública* (*öffentliche Meinung*). Es el universal en y para sí, lo substancial y lo verdadero asociado a sus contrarios: lo singular para sí y la particularidad de la opinión de los muchos (*der Vielen*); esta existencia es la contradicción en sí misma, lo conocido como apariencia; es lo esencial e inmediatamente lo inessential⁵⁴⁰.

En este texto puede verse el sentido crítico de lo popular en Hegel, y por lo tanto de su *opinión*. Contra Rousseau escribe:

Las ciencias, si son verdaderamente ciencias, no se encuentran de ninguna manera en el terreno de la opinión y de visiones subjetivas [...] Ellas no entran en la categoría de lo que constituye la *opinión pública*⁵⁴¹.

La Sociedad burguesa (o civil) para Hegel era contradictoria en sus clases fundamentales; no tenía por ello unidad ni objetivo común. Se oponía entonces a una visión liberal, pero igualmente creía que el «pueblo» como masa informe no podía tampoco ser referencia de opinión sustentable. Apoya la ciencia ilustrada o la voluntad unificada del príncipe⁵⁴². La posición liberal, a la larga, deberá contar con la coacción del

Estado y no sólo la *opinión pública*. Durante un cierto tiempo la prensa le fue favorable, y en ese momento Hegel escribe:

Definir la *libertad de prensa* como la libertad de decir y de escribir lo que se quiere es correlativa a la definición de la libertad, como libertad de hacer lo que se quiere. Lo así dicho pertenece a la barbarie inculta de la representación y es tan superficial como su expresión⁵⁴³.

En efecto, John Stuart Mill, en su obra *On Liberty*, es ya la expresión de una burguesía que habiendo usado la opinión pública ilustrada contra el Estado monárquico, ahora comienza a percibir que será usada por las masas empobrecidas. El liberalismo se vuelve escéptico de la opinión pública a secas; es necesario determinarla: «El único poder que conserva aquí todavía su buen nombre es el de las masas [...] Y lo que constituye una novedad aún más significativa, las masas crean actualmente sus propias opiniones, no ya a través de dignatarios de la Iglesia o del Estado, no ya a partir de líderes o de escritos que sobresalgan por encima de lo habitual»⁵⁴⁴. ¡Es el colmo; las masas pretenden pensar con cabeza propia! Es lo que tiempo después, expresará oligárquicamente J. Ortega y Gasset con la expresión: «la rebelión de las masas»:

Si una gran masa desciende al mínimo de subsistencia que se presenta como lo que normalmente necesita un miembro de la sociedad, si pierde así el sentimiento del derecho, de la legitimidad y del honor de sobrevivir por medio de la actividad de su propio trabajo, observamos la formación de la plebe (*Pöbels*)⁵⁴⁵.

Lo mismo opinaban Tocqueville o Milton. Es decir, nos encontramos de pronto ante una nueva transformación de la posición política de la opinión pública:

Frente a una *opinión pública* que, al parecer, de instrumento de liberación⁵⁴⁶ que era se ha convertido en una institución opresiva [para los intereses liberales], no le queda otro remedio al liberalismo, de acuerdo con su propia lógica, que emplear todas sus fuerzas para combatirla. Ahora hay que recurrir —nos dice Habermas— a la organización restrictiva para garantizar la influencia de una opinión pública minoritaria frente a las opiniones dominantes, influencia que, *per se*, no lograría imponerse⁵⁴⁷.

El dilema ya sin solución será: ¿cómo poder ejercer el poder, como dominación contra la opinión pública de la mayoría, representando los intereses de la minoría? A este dilema responde la definición del poder de Max Weber y muchos otros después de él.

[364] Karl Marx se sitúa en esta encrucijada, y desde la contradicción existente en Sociedad civil —como la define Hegel— mostrará la imposibilidad de una solución con legitimidad *real*. Pero esto es ya tema del § 40, del capítulo 6.

Para H. Arendt, espantada por la invasión de lo social en la esfera política, se inclina a definir la opinión pública como una dimensión más cercana a lo social que a lo estrictamente político. «La deformación del

campo público —para H. Arendt— son la burocracia, el Estado benefactor, la opinión pública y la corrupción política»⁵⁴⁸. Para nuestra filósofa Estados Unidos tiene algunos rasgos despóticos, al haber fracasado una democracia más directa con instituciones republicanas genuinas, lo que hubiera dado lugar a un sano pluralismo de opiniones. Para ella una opinión pública unificada y homogénea es un defecto. El interés, vinculado al campo económico, se impone sobre la opinión genuina, que es un momento comunicativo auténtico⁵⁴⁹.

Por su parte C. Schmitt, por razones inversas, en su crítica al liberalismo y al parlamentarismo, intenta demostrar que la democracia se basa en una homogeneidad que supondría una masa popular altamente preparada con una opinión pública unificada. Al no ser así, y al ser la opinión pública una ficción que el liberalismo debe por su parte negar, ya que se funda en una discusión que parte por definición de una pluralidad de opiniones, Schmitt concluye que es imposible «la conexión estructural de la opinión pública con la esfera pública parlamentaria», es decir, es imposible «que se establezca un medio de identidad genuino, aunque incompleto, entre gobernantes y gobernados»⁵⁵⁰. Esta unidad es para Schmitt mitológica.

Por su parte N. Luhmann⁵⁵¹, que elimina a la Sociedad civil como una categoría en su indiferenciado «sistema político», sin embargo da importancia a la «opinión pública», tratada, claro está, dentro de una concepción empírica. Para Luhmann el sistema político tiene autonomía del sistema del derecho. Los sistemas políticos tienden a una mayor diferenciación y complejidad, para responder a desafíos cada vez más complejos de otros sistemas de su entorno. El sistema político no puede ser renovado —contra Habermas— por estructuras discursivas ni por supuestos normativos. El sistema político, además, se diferencia de los otros sistemas sociales por su modo interno de comunicación y de procesos de decisión. La *opinión pública* entra así, no como un medio de comunicación de la esfera pública de características inalcanzables —en el sentido de que todos los miembros opinaran lo mismo—, sino como temas elegidos que son «precomprensiones compactadas durante el curso de la comunicación dentro de límites sistémicos más o menos firmes en un mundo real comúnmente aceptado, presupuesto de manera no articulada»⁵⁵². Estos temas se articulan a los procesos de acción, y ponen diques a lo que el político pudiera decidir. No es un momento de la democracia; es sólo «un mecanismo orientador [...] que pone límites a lo posible»⁵⁵³. Son temas o «reglas de atención» (focalizan algunas cuestiones) contingentes y variables cuyo origen o lógica no es fundamental. Pero, «la respuesta a la opinión pública es generar y mantener formas que le permitan al sistema político no responder a la opinión pública»⁵⁵⁴. Es decir, la opinión pública medida por encuestas, por ejemplo, no significa que habrá que reaccionar inmediatamente en un sentido, sino que mostrará una tendencia sobre la que es necesario descubrir el sentido *in the long run*, conservando la autonomía del sistema político. La opinión pública pueda caer en instrumentalización o manipulación, pero esos

mecanismos no agotan el significado de este fenómeno. La sociología ha avanzado mucho en la teoría de las elecciones de representantes. Las conclusiones de estas observaciones se transforman en componentes del proceso político en todos los niveles, pero es necesario discernir entre un mecanismo de conocimiento de opiniones y las decisiones propiamente políticas que pueden hacer cambiar radicalmente esas opiniones.

A esto habrá que agregarle la función de las «medios de comunicación» (*Massenmedien*)⁵⁵⁵, cuestión que por su importancia deseamos tratar más adelante⁵⁵⁶.

Para sintetizar lo que llevamos ganado, desearía indicar que la «esfera pública» es el *lugar*, «lo público» es el *carácter* de lo que acontece en ese lugar, y la «opinión pública» es el *contenido* interpretativo público, comunitario, inducido por argumentos⁵⁵⁷ (en el ágora, en el parlamento, en los medios de comunicación), por opiniones privadas o juicios públicos, o por imagen repetitivas que ocupan el lugar de los antiguos argumentos (hoy controladas, manipuladas y monopolizadas por los medios masivos de comunicación). Esa opinión pública, como la interpretación vigente del «sentido común» público y variable de las multitudes, no se encuentra situado en la esfera formal propiamente institucional, sino que guarda una asistematicidad no-institucional de ambigua diseminación en la capacidad interpretativo práctico-política de la comunidad política como un todo. Desde ese ámbito surgen, como desde un caldo de cultivo, los proyectos de leyes, la elección de los representantes, y cada vez, por los métodos de encuestas ciertamente distorsionantes (pero no por ello menos indicadoras de un «estado de la opinión» flotante), las referencias obligadas del político profesional, de los partidos políticos y de las diversas instituciones. La opinión pública es una interpretación política generalizada, que informa al político sobre un «estado» (verdadero o errado, correcto o incorrecto, manipulado o certero, etc.) de la percepción del «público» de lo que la acción del actor despierta en la comunidad. Ser ciego ante la opinión pública es suicida para el político (no podrá ni corregir sus errores; como el médico que no sabe detectar el ritmo del corazón del paciente); atenerse sólo y a corto plazo a la opinión pública sería haber perdido la orientación que debería desprenderse de tener un proyecto político propio (situado desde los principios material, formal, de factibilidad, y tantos otros) que permite la visión de largo plazo; sería haber perdido la estrategia previamente decidida y su táctica; se encontraría como un barco a la deriva en manos de la *fortuna* sin brújula ni *virtù* alguna.

La opinión pública se encuentra en una esfera intermediaria entre el nivel estratégico e institucional, entre la esfera material-social y la formal de la legitimidad del derecho, entre la sociedad política propiamente dicha y la sociedad civil en el orden de la factibilidad. Es un ámbito que articula muchos aspectos de lo político, referencia última de juicio práctico colectivo, cambiante, manipulable, pero inevitable y extremadamente relevante en el sistema republicano democrático vigente y futuro. La «verdad práctica» *perfecta (infallible)* de la opinión pública

democrática de un pueblo (en el sentido que opinaba Rousseau) es un *postulado político* de imposible realización empírica, pero que orienta la acción de un representante responsable (cuando deba disentir ante sus pares por el interés común) y «obediente» (ante el cotidiano *consensus populi*, que es la opinión pública) ante sus representados. Ligar, entonces, la cuestión del *consenso* discursivo democrático con la cuestión de la *opinión pública* es inevitable. El consenso intersubjetivo, comunitario, explícito, concreto, actual, cambiante es la *opinión pública*. La opinión pública implícita, con mayor permanencia *in the long run*, con memoria, más estable y que abarca no sólo temas coyunturales sino una cierta comprensión con sentido de totalidad, es el *consenso* o la memoria de un pueblo. Esto presenta varios problemas que no abordaremos aquí.

De esta manera hemos tocado algunos temas de esta esfera formal de la legitimidad de todo sistema político, del *Nivel B* del campo político. Como ya lo hemos indicado repetidamente y volveremos sobre el tema.

NOTAS

1. Recuérdese lo dicho en el § 14.
2. Por analogía con la expresión de Marx de que el «capital fijo» (por ejemplo, el valor de una máquina) al final «circula» (ya que en un cierto tiempo la máquina va transfiriendo su valor a los productos, hasta que queda inútil, y entonces hay que comprar otra en su lugar); es decir, el capital fijo al final circula (luego: no es tan fijo). De la misma manera la «permanencia» de las instituciones (con respecto a la «contingencia» de las acciones estratégico-políticas que se «agotan» al ser «puestas» *in actu*), sin embargo, a la larga, deberán igualmente ser transformadas, y por lo tanto se «agotarán» igualmente en su «ser-puestas». Simplemente, son sólo menos «contingentes», o su «contingencia» tiene mayor alcance en el tiempo.
3. Véase *Tesis 7.2 de 20 tesis de política* (Dussel, 2006).
4. Si entre los primates el instinto había comenzado a dejar un cierto espacio al aprendizaje del individuo de la especie, en esa medida había ido naciendo un cierto ámbito posible de futura libertad, y, por ejemplo, la costumbre de la alianza de los machos dominantes para cazar podría ser considerada como una lejana «proto-institución».
5. Hemos expuesto algunos aspectos de la posición de Freud en Dussel, 1973, III, §§ 43-45, 57-97; en Dussel, 1998, § 4.3.c, 352-359, y en *Tesis 17*, 625-630.
6. *Más allá del principio del placer*, V; Freud, 1974, III, 245; 1967; I, 1111.
7. *Ibid.*, 246-247; 1111-1112.
8. Como hemos observado en la *Historia de esta Política de la Liberación*, desde Thomas Hobbes comienza a usarse de manera casi unánime (al menos hasta Kant, y desde Smith hasta el liberalismo y el neoliberalismo de mercado) la hipótesis del individualismo metafísico y de la emotividad auto-referencial, egoísta o al menos «del amor propio» como punto de partida emotivo-pulsional de la subjetividad. Emprendido este camino narcisista la solución en el concepto de «poder» será inevitablemente defectivo, negativo, unilateral.
9. Freud, 1974, I, 140; 1968, II, 73.
10. *Ibid.* «El ser humano [...] siente como un peso intolerable los sacrificios que la cultura les impone» (*ibid.*, 141; 74).
11. *Ibid.* Las instituciones son entonces «la imposición coercitiva del trabajo (*Arbeitszwang*) y la renuncia de los instintos (*Triebverzicht*)» (*ibid.*, 144; 75).
12. Freud, 1975, IX, 211; Freud, 1968, III, 13.
13. Expresión que se encuentra páginas antes: «[...] die gefürchtete Außenwelt» (*op. cit.*, 209; 11).
14. *Ibid.*, 212; 14. Sería el ermitaño asceta que se retira del mundo a la *skholé* del último Aristóteles (que tenía a los sabios egipcios de Menfis como ejemplo).
15. *Ibid.*, 214-215; 16. Pero aquí Freud toca el tema que expondremos en la *Sección segunda*, en el capítulo 4, sobre los «postulados» de la razón política: «[...] más no por ello se debe —ni se puede—