

*Julio Armando Rodríguez Ortega**

Paradigma del consenso y la autodeterminación

Paradigm of consensus and self-determination

Fecha de recepción: 22 de julio de 2013
Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2013

RESUMEN

Este artículo, propone un nuevo paradigma jurídico y político, el paradigma del consenso y la autodeterminación. Se trata de una nueva teoría política, que supone una radicalización de la democracia, para que se pueda superar la democracia liberal, que ha demostrado ser obsoleta e inexistente pues ella ya no puede vehicular prácticas políticas emancipatorias e incluyentes. La adopción de mecanismos procedimentales de autorregulación se propone sobre la base de un sistema de participación, en el que se adoptan adecuados procedimientos por consenso y decisión colectiva. Se trata de una nueva forma de crear Derecho, en forma espontánea y con fundamento en la existencia de sistemas sociales funcionalmente diferenciados, en el contexto de realidades sociales conflictivas con el objeto de generar decisiones por encima de los filtros institucionales, pero particularmente neutralizando el elitista principio de las mayorías, que ha generado en alto grado la exclusión social, la ineficacia y el dominio de

ABSTRACT

This article proposes a new legal and political paradigm, the paradigm of consensus and self-determination. This is a new political theory, which is a radicalization of democracy, so that it can overcome liberal democracy, which has proved obsolete and nonexistent because it can no longer permit an emancipatory political practice. The adoption of procedural mechanisms of self-regulation is done on the basis of a system of participation, adopting appropriate procedures and collective decision by consensus. It is a new way to create law spontaneously and based on the existence of functionally differentiated social systems. This new approach may form only law in the context of conflicting social realities with the presence of open controversy in order to generate decisions over institutional filters, but particularly neutralizing the elitist principle of the majority, which has generated high grade social exclusion, inefficiency and mastering a minority holders privileges and

* Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Magister en Ciencias Políticas Universidad de los Andes Venezuela, Magister en estudios Políticos U. Javeriana de Bogotá. Docente Universitario, miembro de la asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Correo electrónico: julioarmando07@gmail.com.

unas minorías titulares de privilegios y ventajas en el sistema normativo, regulador de la praxis democrática.

Palabras claves: nuevo paradigma, autorregulación, exclusión social, democracia, consenso, autodeterminación, paradigma procedimental, principio de subsidiariedad. Democracia radical.

advantages in the regulatory system, regulatory democratic praxis.

Keywords: new paradigm, self-regulation, social exclusion, democracy, consensos, self-determination, procedural paradigm, radical democracy.

INTRODUCCIÓN

La praxis democrática en la era de la globalización se caracteriza por la existencia de desacuerdos generalizados profundos y persistentes sobre cuestiones políticas, fenómeno que perturba la tranquilidad de las aguas del modelo democrático liberal de legitimidad política. Este artículo sugiere como alternativa un modelo de legitimidad política basado fundamentalmente en la práctica del consenso y en la autodeterminación y con fundamento en el valor de la dignidad y la autonomía de las personas, así como en la aceptación de los desacuerdos, diferencias y la dignificación de la participación en las diversas deliberaciones políticas por parte de quienes toman decisiones que les atañen directamente.

Se trata de recuperar ante todo una forma de participación de los ciudadanos en los asuntos que les pertenece, por ser de interés común, es decir participar en las soluciones de sus necesidades insatisfechas bajo el principio de la subsidiariedad consagrado inicialmente en el preámbulo del tratado constitutivo de la Unión Europea según el cual las decisiones que afectan a los ciudadanos se deben adoptar de la forma más cercana posible a los mismos y su delegación a niveles o poderes más elevados solo debe hacerse por razones probadas de interés común.

Los nuevos paradigmas de legalidad, pensados para el presente siglo se basan en un cierto tipo particular de pluralismo, capaz de reconocer y legitimar normas extra estatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos actores sociales y como resultado de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras de igualdades precarias y pulverizadas por espacios de conflictos permanentes. Se está construyendo un nuevo paradigma de legalidad con una *racionalidad de carácter emancipatoria*, engendada a

partir de la práctica social, resultante de intereses, carencias y necesidades vitales que imponen para la convivencia y para la eficacia la necesidad de un consenso orientado a la autodeterminación.

La democracia liberal plantea la superación del conflicto y el establecimiento de un consenso entre las distintas partes de la sociedad basándose en un “acuerdo racional”¹. Una nueva teoría democrática, supone una radicalización de la democracia, para que sea crítica y supere no sólo llamada democracia liberal que en la actualidad se caracteriza no solo por su marcada crisis y por su incapacidad de atenuar las grandes desigualdades, sino porque el pensamiento político liberal que operó en la modernidad, ya no puede vehiculizar prácticas políticas emancipatorias.² La democracia supone la posibilidad efectiva de poner en discusión la decisión sobre el orden jurídico- político de la sociedad, es decir la democracia deliberativa, la cual se expresa mediante la consulta a la opinión pública y a través de la discusión racional, sobre los fines y medios de la organización social. La democracia deliberativa, genera un fuerte argumento a favor de la legitimidad política cuando el ejercicio del poder encuentra una justificación suficiente y se convierte en una verdadera fuente de legitimidad en la medida en que utiliza procedimientos reconocidos como razonables para tomar decisiones reduciendo efectivamente y de manera racional la voluntad arbitraria en el ejercicio del poder político institucionalizado y legitimado en la dictadura de las mayorías.

La principal característica o componente conceptual de la democracia es la posibilidad de elegir a sus gobernantes, en condiciones de relativa libertad e igualdad, razón por la cual, bajo estas denominaciones se supone la representación de grupos, partidos, organizaciones y sobre todo intereses, que bajo un conjunto de reglas procedimentales para la toma de decisiones, permite una amplia participación de los ciudadanos en la determinación de los asuntos que les atañen, lo cual solo es posible a partir del consenso y con el compromiso de asignar facultades a quienes demuestren ser portadores de representación política o representación de intereses orientados hacia la autodeterminación.

¹ Mouffé, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, democracia radical*, Barcelona: Paidós, 1999 Pag. 48.

² Heller Herman. *Teoría del Estado. La formación de los conceptos*. Estudio Preliminar de José Luis Menereo Editorial Comares. Granada España 1998 Pág.251.

La complejidad social y su estructura funcionalmente diferenciada exigen en la actualidad un tratamiento reflexivo de los problemas sociales y de sus repercusiones en las esferas de la vida privada, y en la forma como se socializa y transmiten sus reacciones a la esfera pública. Al redefinir las nociones de sociedad civil, opinión pública y poder comunicativo con el objeto de interpretar integralmente las estructuras internas de la esfera pública y su intrincada relación con el derecho y el sistema legal en las sociedades complejas, se consolida la democracia deliberativa y con ella el paradigma del consenso y la autodeterminación.³

Como ya se afirmó anteriormente, es la existencia de desacuerdos generalizados profundos y persistentes sobre cuestiones políticas lo que en este momento perturba la tranquilidad de las aguas del modelo democrático liberal de legitimidad política evidencian la necesidad de una alternativa o de un modelo de legitimidad política basada en el valor que tiene la democracia consensual y con ella la necesidad de aceptar los desacuerdos y las diferencias. Waldron identifica el sentido y necesidad de virtudes, tales como la tolerancia ante el disenso o la civilidad, como circunstancias inevitables de la praxis política que no son otra cosa sino la existencia de desacuerdos frente a la necesidad percibida por todos de un curso de acción común⁴.

El tratamiento de estos desacuerdos o disensos debe ser cuidadosamente estudiado por quienes traten de explorar los fundamentos filosóficos de la **democracia**, esto es la legitimidad. Waldron acepta la importante conexión entre la idea de derechos y la democracia y que ciertos derechos individuales deben ser considerados como condiciones de una decisión mayoritaria legítima. El derecho de participación por ejemplo es constitutivo del proceso democrático, más no la libertad de expresión y asociación, las cuales si no tienen el carácter de la primera, representan condiciones necesarias para su legitimidad. Estas dos clases de derechos de manera diferente son imprescindibles para cualquier modelo democrático de legitimidad política.

³ Mejía, Oscar. *Tribunal Constitucional, desobediencia Civil y Democracia Deliberativa. Republicanismo Contemporáneo: Igualdad, Democracia Deliberativa y Ciudadanía*. Bta: Siglo del hombre. 2002. Pág. 144.

⁴ Waldron Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. 2005. Pag. 15.

ASPECTOS CONCEPTUALES DEL CONSENSO Y LA AUTORREGULACIÓN.

El paradigma que se propone en este artículo tiene que ver con la necesidad de un ordenamiento justo y racional que sea el resultado del consenso y de la autorregulación. Este nuevo enfoque del Derecho, que involucra el consenso y la autodeterminación, parte de una nueva racionalidad de las normas de allí resultantes, que no es otra cosa sino la necesidad de que puedan todos los afectados libremente aceptar las consecuencias y los efectos secundarios que de su cumplimiento se deriven, pues un ordenamiento es justo, racional y eficaz en la medida que sea resultado de acuerdos y sea expresión de un consenso con respecto a su validez, su legitimidad y su justicia.

Es por esto que casi siempre las protestas ciudadanas, se realizan contra decisiones vinculantes, que a pesar de haberse formado legalmente son ilegítimas, y a veces injustas por cuanto no han valorado los argumentos provenientes de la representación ciudadana y no apelan al sentido de la justicia social, que a través de los movimientos sociales y de otros actores colectivos, apelan a la capacidad de razonamiento y al sentido de justicia de la población en ejercicio de los derechos fundamentales.⁵

Cuando aquello a lo cual se está obligado, como resultado de un acuerdo voluntario, autoimpuesto, en el contexto de la cooperación y de un beneficio resultante como contraprestación, estamos ante la presencia de un proceso de consenso y autodeterminación, el cual se alcanza siempre bajo condiciones equitativas, para todos y con la certeza de que se trata de la mejor alternativa por su ocurrencia en la estructura básica de la sociedad, y obrando sin tener en cuenta ideologías, creencias religiosas o filosóficas es decir en el marco de un pluralismo razonable.

Cuando existe realmente una convergencia de intereses, con la presencia de ciudadanos libres e iguales, se perfila una sociedad ordenada en la que impera la cooperación, la solidaridad y lo que el mismo Rawls⁶, denominó, “consenso traslapado”, cuya utilidad está centrada en su potencialidad mediadora, cuando hay presencia de doctrinas divergentes y cuando están en juego cuestiones constitucionales esenciales en el marco de la justicia, el reconocimiento de derechos y la redistribución de los recursos disponibles.

⁵ Rawls, J. *Una teoría de la Justicia*. México, FCE, 1979, pág. 50.

⁶ *Ibid.* Pág. 75.

Adelante se mencionara el consenso entrecruzado que está orientado al objeto moral y a los fundamentos morales, que suponen un acuerdo profundo, para lograr una sociedad que pueda considerarse justa, y capaz de encauzar la cooperación, con la presencia de personas razonables y racionales, además de lo dicho antes, libres e iguales. En este contexto, del consenso entrecruzado y el consenso traslapado, es posible alcanzar la justicia social, reducir progresivamente la exclusión social, y articular una estructura social básica caracterizada por la cooperación, la solidaridad y la autodeterminación.

Una estructura básica de la sociedad, en la que se han conciliado las concepciones de justicia, siempre deja la posibilidad, de revisar dicha conciliación, cuando se modifican las condiciones, siempre que por la vía del consenso se deje a salvo una voluntad general y la capacidad de respetar por parte de las instituciones sociales y económicas, la individualidad. Un sistema de reglas derivado del consenso y la autodeterminación, de ninguna manera debe ignorar o desconocer la emergencia de condiciones fácticas ineludibles imprevistas sobre las cuales habría que continuamente hacer ajustes, para asegurar la inevitable tendencia a desviarse de la imparcialidad sobre la que se ha constituido el Consenso.

Ha sido posible demostrar, que aun en los espacios públicos, políticos, más arraigados a las estructuras del poder, las relaciones de fuerza se desplazan ante la presencia de problemas socialmente relevantes, que han creado una conciencia de crisis, razón por la cual sus actores y sus movimientos sociales, propagan la inconformidad y toman iniciativas casi siempre consensuales que pueden, convertirse en movilizaciones, contra la eficacia de leyes o la ausencia y posibilidad de ejercer legítimamente sus derechos sociales y encontrar soluciones a sus necesidades insatisfechas. En el contexto de una cultura política enmarcada en el ejercicio de las libertades y de una opinión pública liberal, más o menos discursiva, se han generado controversias abiertas, capaces de movilizarse, por encima de los filtros institucionales, con el objeto de crear una voluntad política y transformarse en poder comunicativo que penetre en la producción legítima de derecho, que capte sus intereses, sus necesidades y el ejercicio de derechos vulnerados⁷.

⁷ Habermas Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998 Pág. 452.

La adopción de mecanismos procedimentales de autorregulación se realiza sobre la base de un sistema de participación, en el que se adoptan adecuados procedimientos de consenso y decisión colectiva, de tal forma que se estaría reemplazando así en la justificación y configuración del Derecho, la intervención de sistemas sociales funcionalmente diferenciados⁸. Este enfoque del derecho solo puede formarse en el contexto de una cultura política enmarcada en el ejercicio de las libertades y de una opinión pública liberal, más o menos discursiva, generada en controversias abiertas y capaz de movilizarse, por encima de los filtros institucionales⁹.

Se parte del principio que los diferentes elementos que funcionan como patrones de autorregulación a nivel grupal y social participan en la autorregulación de la conducta y son más eficaces cuando son asumidos por el individuo, es decir cuando han sido previamente internalizados y forman parte de su subjetividad a través de elementos de su psiquismo, de lo contrario tendrán un carácter formal, y sólo participarán en la regulación de la conducta ante situaciones de control o presión externas. Cuando se habla de autorregulación, esta se efectúa en el marco de un determinado contexto socio histórico y cultural, conjuntamente con las propias exigencias de desarrollo evolutivo del actor social. Tanto el individuo como el grupo lo mismo que el contexto en el cual se autorregulan, se encuentran en constante transformación, por lo que deben reajustar sus mecanismos adaptativos en función de esas transformaciones, de lo contrario, lograrán la adaptación a un costo demasiado elevado. La praxis de la autodeterminación se aplica a miembros iguales y libres de una comunidad jurídica, no quedando sujetos a otras reglas que las que ellos mismos se autoimponen. El fenómeno de la autorregulación no puede ser tratado como un fenómeno único. Sus distintas manifestaciones según sea la materia o el ámbito material que constituya su objeto merecen una valoración jurídica diferente.

Deben ponderarse estos factores materiales o, si se quiere, los sectores concretos sujetos a la autorregulación a fin de poder emitir una opinión fundada acerca de los límites de su funcionalidad y, por consiguiente,

⁸ Teubner, Gunther. *Op. Cit.* Página 64.

⁹ Sánchez Hernández Arturo José. "La autorregulación a nivel social desde una perspectiva cibernético axiológica.". Humanidades Médicas, Vol 6, No 1, Enero – Abril, Centro para el desarrollo de las ciencias sociales y humanísticas en salud, 2006, publicación digital disponible en <http://bvs.sld.cu/revistas/revistahm/numeros/2006/n16/body/hmc080106.htm> (05.06.13).

acerca de su adecuación al orden jurídico. Esto, tampoco suele hacerse en relación con los diferentes códigos de conducta, que se presentan como fruto de una actividad de producción autónoma de normas.

El objeto de estos mecanismos procedimentales es la creación de una voluntad política que se transforme en poder comunicativo y que penetre en la producción legítima de Derecho, que capte sus intereses, sus necesidades y el ejercicio de derechos vulnerados¹⁰. Esta es la razón por la cual en las sociedades complejas, los movimientos sociales, la opinión pública y la participación democrática, no solo cumplen una función de mediación entre el sistema político y la sociedad civil, sino que crean una pluralidad de espacios, que pueden servir de fuente en la producción normativa.

La combinación de movimientos sociales, asociaciones independientes, públicos y derechos, sustentados en la cultura política arriba mencionada, mantiene una opción política legítima, siempre renovable, que representa una herramienta efectiva de la sociedad civil en torno a la democracia radical y a las posibilidades de autorregulación, pues las decisiones vinculantes, para ser legítimas deben responder a flujos de comunicación que partan de la periferia y utilicen los procedimientos democráticos propios del Estado de Derecho, especialmente cuando se trata de una búsqueda intensa de soluciones normativas para problemas colectivos¹¹.

La primacía de la representación de los intereses sobre la representación política, ha dado lugar a un nuevo tipo de sistema social, denominado sociedad neo- corporativa, que en concepto de Philippe Schmitter busca ante todo una “solución de los conflictos sociales mediante procedimientos de Consenso o de acuerdo entre las grandes organizaciones, que no tiene nada que ver con la representación política y que en cambio es una típica expresión de la representación de intereses”¹². En este caso los grupos sociales se han vuelto sujetos políticamente relevantes a través de variadas expresiones y las grandes organizaciones, asociaciones y movimientos sociales, lo mismo que sindicatos y organizaciones de trabajadores son y deben ser protagonistas de la vida política en una sociedad democrática.

¹⁰ Habermas Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta 1998 Pagina 452.

¹¹ *Ibid.* Pág. 437.

¹² Schmitter, Philippe C. “Teoría de la Democracia e pratica neo-corporativa”, *Stato e Mercato*. Nº 9, 1983, pp. 385-422.

La necesidad de estos cambios hacen visible la crisis de la racionalidad formal, y la rematerialización del derecho pues existe una clara tendencia en este sentido por cuanto el derecho ha sido representado como un sistema complejo, compuesto principalmente por normas o comunicaciones jurídicas que en las democracias modernas, tienen como objetivo controlar el ejercicio del poder político y limitar las libertades individuales de los asociados; con el fin último de gestionar los conflictos sociales en forma pacífica, lo cual se ha quedado siempre en formalidades.

Por esta razón, Roscoe Pound,¹³ inspirado también en el antiformalismo jurídico, planteaba el Derecho en acción, centrado en el descubrimiento de reglas para regular los procesos sociales, asegurando los intereses de la sociedad, vistos como exigencias, reclamos, deseos y expectativas que los seres humanos piden colectivamente y que la sociedad debe reconocer y proteger. Estas tendencias constituyen claros antecedentes, aplicables en la crisis actual de los paradigmas jurídicos, y en el surgimiento de nuevos paradigmas.

Su teoría o escuela legal sociológica se refiere a la adaptación de la estructura legal a las determinadas y específicas condiciones de una sociedad, haciendo énfasis en el papel social del sistema legal. El antiformalismo descalifica la posición positivista según la cual, el derecho es independiente de cualquier reflexión moral o política, dejando estas cuestiones para la filosofía del derecho; pues el antiformalismo considera que la política debe tomarse en cuenta en el derecho, ya que tanto las normas legales, como las sentencias judiciales, constituyen verdaderas ponderaciones de derechos e intereses.

En la forma de armonizar el ordenamiento jurídico existente con los procedimientos de consenso y autodeterminación, Roscoe parte de la idea de que todo estudio en torno al Derecho debe reconciliar la antinomia, estabilidad y transformación, ya que la vida social se plantea como cambiante y exige nuevas adaptaciones ante la presión de otros intereses sociales. Esto requiere que el orden jurídico sea flexible, al tiempo que estable; además se planteaba como una necesidad adaptar o conciliar la regla estricta con el arbitrio discrecional, así como compaginar la seguridad general con los intereses de la vida individual Pound se acercó

¹³ Pound, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Comares, Granada, 2004, pp. 178 - 179).

más bien a pensar en la jurisprudencia como una ciencia de ingeniería social, cuya competencia corresponde a aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción consensual de la sociedad políticamente organizada¹⁴.

Max Weber fue el primero en hablar de la racionalización del Derecho en un sentido formal frente a las tendencias contrarias que se dirigen hacia su materialización. Para ello intenta precisar, por una parte, algunos conceptos claves del análisis weberiano, como son los de “derecho racional”, “derecho formal” y “derecho material”. Sobre este particular considera G. Munné¹⁵ que “Los aspectos más destacados del proceso de racionalización jurídica descrito por Weber, y las vinculaciones que traza con el desarrollo del capitalismo y la dominación del Estado burocrático” tienen que ver con esta racionalización formal del derecho a partir de la cual surgen dos tendencias de signo contrario que apuntan hacia la materialización del Derecho: de un lado, ciertas corrientes de la dogmática y de la teoría del Derecho, y, de otro lado, ciertas exigencias materiales de la democracia, que apuntan a consideraciones éticas.

Por su parte la legitimidad de la autoridad según Héller,¹⁶ desde el punto de vista constitucional, busca el consenso racional en el marco de la democracia, la cual supone el ejercicio del pluralismo de los valores y la legitimidad de la lucha o disenso de aquellos que defienden un modelo distinto de organización social. El consenso se construye desde abajo, introduciendo en los procesos de normalización de los conflictos, los espacios para la diferencia productora de nuevos y diversificados significados.

Se trata de una nueva cultura cuyos presupuestos se basan en la oportunidad de que el conflicto se convierta en un sistema distributivo de razones para que nadie pierda, y ante todo se logre una actitud constructiva y comunicativa, orientada hacia el futuro y no anclada en el pasado¹⁷.

¹⁴ Pound, Roscoe, *Op. Cit.* Pag. 180-181.

¹⁵ Munne Guillermo. Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. En *Isonomia No.25* Octubre de 2006, pág. 70.

¹⁶ Heller, *Op. Cit.* Pág. 26.

¹⁷ Rufino Ana Maria. Derecho Mediador. Seconda Università Degli Studi de Nápoles Italia. Traducción de, Nicolás López Calera. *Anales de la cátedra Francisco Suarez* 43, 2009, pag.267-284.

El principal instrumento de la construcción de consenso es la razonabilidad, por su ductilidad y capacidad de adaptación y se considera como el paradigma interrelacional funcionalmente más apto para una posible superación de la violencia y del enfrentamiento en todos los niveles. En la construcción del consenso no hay casos iguales, sino verdades diversas, no existe el derecho absoluto e inmutable sino situaciones definibles con fundamento en las contingencias sociales e individuales.

Si los ciudadanos bajo las leyes se han comprometido libremente con ellas, al ser reconocidos en su creación públicamente como personas, es lógico sin este reconocimiento de la autonomía privada no hay legitimidad para la ley positiva. Esto significa que la legitimidad de la Constitución y de las leyes de un pueblo depende de los ciudadanos como participantes, y de la defensa de las reglas de juego de la convivencia. Se trata de garantizar plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social, que permita imprimirle a la selección de los principios de la legitimidad moral que evite cualquier adorno de arbitrariedad por parte de la mayoría.¹⁸

El paradigma consensual en la teoría de Habermas, en concepto de J. Bonilla considera que “en la actualidad se presenta una crisis del capitalismo, lo que ha llevado a que se distinga entre el mundo de la vida y el mundo de lo social”, negando las teorías sistémicas, que entran en crisis en la década de los cuarenta y cincuenta. Para él en la actualidad se presenta una marcada juridificación, volviéndose cada vez más complejizado el derecho, y generándose un proceso de control por parte del Estado hacia la sociedad¹⁹. Habermas recurre a la acción comunicativa como un mecanismo para superar la crisis del capitalismo tardío.

En concepto de Bonilla, está es una herramienta que demuestra la posibilidad de una interacción social democrática, apoyada en la intercomunicación libre que conlleve a un convenio libre de influencias y de vicios de consentimiento. Allí se considera que el derecho ya no puede ser autorreferenciable sino que debe estar sometido a unas reglas del discurso, principios básicos que deben ser criterio de validez del derecho y que permiten su acción en los procesos de vida. Estas teorías fueron

¹⁸ Mejía Oscar. *Justicia y democracia consensual*, Bogotá siglo del hombre Editores UNIANDÉS. 1997, Pág. 4.

¹⁹ Bonilla M, Julián D. “Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre qué es Derecho” en *isión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales No 3*. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. 2010 Página, 110.

postuladas para sociedades ordenadas o sociedades industrializadas con alto grado de racionalización, sin pretender hacerla extensible a países con economías capitalistas incipientes, caracterizadas por altos niveles de desigualdad.

El paradigma consensual-discursivo de John Rawls y Jürgen Habermas, plantean una nueva definición de la forma en la cual debemos aceptar el fenómeno de la validez del Derecho. Consideran que la validez es el imperativo consensual de la posición original, aquel que recoge en un principio jurídico-constitucional de igual participación los términos de validez de las normas jurídicas. Este principio no es ya un criterio de legitimidad política sino un factor de validez jurídica del ordenamiento. La violación de tal principio justifica asumir dos mecanismos que Rawls contempla para que la ciudadanía se oponga a los eventuales excesos de las mayorías legislativas, políticas o sociales: la objeción de conciencia y la desobediencia civil²⁰.

Estas figuras reivindican el contenido de los principios de justicia, es decir, los criterios de justificación moral y legitimidad política del ordenamiento cuando ha sido violado el factor de validez que el principio de igual participación supone. La legitimidad opera como un regulador sobre la validez y permite considerar que es la misma sociedad la que debe expresar cuáles son los fundamentos de validez del ordenamiento jurídico, al ser ellos los últimos en recibir los efectos del mismo, lo que lleva a decir dentro de un ambiente teórico, que la validez del Derecho se aleja de ella misma para poder tener otro factor que la regule y controle²¹.

Se evidencia en este tiempo la producción y la aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias, independientes del favor de los órganos o agencias del Estado. La prueba de esta realidad, por demás innovadora, que no se centraliza en los Tribunales, ni en las Asambleas Legislativas ni en las Escuelas de Derecho sino en el seno de la propia comunidad, que son los nuevos sujetos sociales que actúan con una nueva lógica y una “nueva” justicia que nace de las prácticas sociales y que pasa, dialécticamente a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

²⁰ Mejía, Oscar. *Tribunal Constitucional, desobediencia Civil y Democracia Deliberativa. Republicanismo Contemporáneo: Igualdad, Democracia Deliberativa y Ciudadanía*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2002. Pág. 144.

²¹ Rawls, J. *Una teoría de la Justicia*. México, FCE, 1979.

Se está rompiendo la configuración mítica de que el Derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del Derecho como “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales y no es de extrañar que el derecho oficial deba ser re-conceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes ‘posiciones discursivas’ interactúan en un proceso constructivo”²². Un conjunto de vestigios confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes. Sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales²³.

Helmut Willke, y Gunther Teubner²⁴, desarrollan la idea de un Derecho apropiado a la sociedad moderna, con su propia versión de la autopoiesis, el principio de subsidiariedad y la autorregulación. Para el caso de la autopoiesis, se menciona como sustrato teórico y como expresión de un momento creativo y autorreferencial, con una orientación esencialmente contextual. Se trata de un nuevo enfoque en la teoría jurídica, que busca una correspondencia entre la normativa jurídica y las reglas situacionales de los acontecimientos en distintos sistemas sociales. No obstante Cesar Rodríguez señala que nuestros ejercicios de teorización deben resistir todavía la tendencia a la colonización de las perspectivas e ideas de los centros de generación de conocimiento, haciéndose necesario un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano en el que se propongan nuevos ángulos de visión para el pensamiento jurídico²⁵.

Los nuevos paradigmas del Estado de Derecho deben asumir, reflexivamente su propio mundo, y su propio concepto de contingencia, con criterios de legitimación, en el que se abra un horizonte de posibilidades para todos, a partir de un sistema normativo espontaneo, basado en el consenso la autorregulación, y la auto referencia, que surja de la periferia y del contacto entre el derecho y los espacios sociales, al margen de las clásicas

²² García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César A. *Derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá, ILSA, 2003. Pág.38.

²³ Palacio, Germán. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional, 1993. p. 130-131.

²⁴ Teubner, Gunther. Contracting worlds. The many autonomies of private Law. En *Social and legal studies. Volumen 9* (3) 2000 pág. 399 a 417.

²⁵ Rodríguez Garavito, Cesar. *Un nuevo mapa para el pensamiento Jurídico Latinoamericano*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

condiciones de producción normativa. Este sistema normativo debe ante todo buscar el aseguramiento del Estado de Derecho, por instituciones procedimientos y principios que garanticen los espacios individuales de libertad, que se han logrado a través de la lucha política y la acción de movimientos sociales.

En los nuevos paradigmas del derecho la producción normativa es espontánea, y no es el resultado de un proceso deliberativo, orientado a la producción de derecho, cuestionándose seriamente la participación equitativa. Un derecho espontáneo, surge en las zonas periféricas de contacto entre el derecho y los espacios sociales, cuyos intercambios requieren regulación y que tienen más potencialidad para producir normas jurídicas, que el marco mismo de la institucionalidad democrática del Estado²⁶.

Lo anterior significa según él, que los actores tradicionales del poder legislativo quedan excluidos de la formación del derecho, en el sentido clásico ya conocido, pero se convierten en el impulso fundamental para la producción normativa. Se trata de un derecho espontáneo, que regula materias globales de actores globales, cuyas condiciones de producción son distintas, y que parecen menos fundadas en la tradicional filosofía o dogmática jurídica, referente al impulso, apoyo y legitimación institucional y por el contrario deriva su validez del carácter genuinamente auto contenido de su propio contexto, en conexión con sus propias operaciones. La discusión no solo se realiza en el contexto de la producción normativa sino que discurre en una disposición teórica fundamentada en la auto comprensión de los autores mismos, como lo señalara Habermas²⁷, con la posibilidad de desarrollar un concepto de sociedad, como un orden emergente de comunicación, que entiende los estándares normativos de los hombres como rendimientos propios de la sociedad, en vez de verlos como ideas regulativas o como componentes del concepto de comunicación²⁸.

Según Luhmann, “Las apelaciones al consenso tienen lugar siempre sobre la base del poder, teniendo en cuenta que sólo apela al consenso quien tiene el poder de imponer de todas formas sus decisiones sobre la

²⁶ Teubner Gunther. Contracting worlds. The many autonomies of private Law. En *Social and legal studies*. Volumen 9(3) 2000, pág. 399 a 417.

²⁷ Habermas Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998 pág. 142.

²⁸ Luhmann, Niclas. *Complejidad y modernidad*. Madrid, Trotta, 1997, páginas 197 a 212.

voluntad de quienes no consienten. Cuanto más racional, diferenciado y autónomo es un sistema democrático, tanto menor será la necesidad de recurrir a la coacción física manifiesta, y tanto más dispondrá de ese recurso de coacción velada que es la legitimidad. El poder ilegítimo es, para Luhmann, el poder violento; y el poder legítimo es violencia velada, sólo sugerida. El ejercicio del poder legítimo es únicamente una forma más elegante de ejercer la violencia. La legitimidad queda despojada de sus fundamentos racionales, y queda reducida al arte de imponer decisiones vinculantes sin provocar resistencias”²⁹.

Héller señala como, la autoridad política legitimada constitucionalmente busca el consenso racional en el marco de la democracia, la cual supone el ejercicio del pluralismo de los valores y la legitimidad de la lucha o disenso de aquellos que defienden un modelo distinto de organización social. La democracia supone la posibilidad efectiva de poner en discusión la decisión sobre el orden jurídico-político de la sociedad, es decir la democracia deliberativa, la cual se expresa mediante la consulta a la opinión pública y a través de la discusión racional sobre los fines y medios de la organización social³⁰.

Los principios de la justicia constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo y se constituye en el criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el Estado tome en su entorno a la sociedad. El secreto de justicia de la ciudadanía se convierte en el garante de legitimidad permanente del orden constitucional; y el ciudadano legitima o deslegitima la acción del Estado en la medida en que la satisface una estructura social equitativa. Toda transgresión estatal o de cualquier grupo que atente contra esos principios, se convierte en fuente de deslegitimación.

Esta concepción neo-contractualista de Rawls, permitirá evitar la creación de nuevos contratos sociales, y son una fundamentación consensual adecuada, que integre las minorías, evite la democracia de elites lo mismo que los conflictos y patologías sociales que siempre carecen de modelos alternativos³¹. Estos planteamientos entienden

²⁹ *Ibid* pág. 197-212.

³⁰ Heller *Op. Cit.* Pag.XLVI.

³¹ Rodríguez Ortega, Julio Armando. “Retos de la Democracia en América Latina” (Ponencia) en el *Congreso Redipal* (Enero-Agosto de 2012). México, DF disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CRV-V-07-12.pdf>.

la justicia como pedagogía ciudadana y democracia consensual, pues construyen los hilos más importantes de la teoría de la justicia y de la filosofía política derivada de ella para ofrecer una perspectiva integral del neocontractualismo Rawlsiano; mostrando como el ordenamiento institucional, exige un fundamento moral donde la autonomía, la racionalidad, la libertad y la igualdad son imprescindibles para legitimar la estructura de la organización democrática. Esta concepción de justicia asume al ciudadano como persona moral y a los sujetos colectivos a través de los cuales se manifiesta en su papel para legitimar y deslegitimar consensualmente las leyes, las medidas y los actos de gobierno que le conciernen, y la justicia entendida como un instrumento de pedagogía ciudadana³².

A partir del principio de libertad y como resultado de un consenso argumentado, autónomo y moralmente legítimo, no viciado por intereses egoístas es decir con esa base democrática y consensual el ordenamiento institucional posterior queda legitimado moral y socialmente. Esta legitimación hipotética consensual de la justicia, deriva de ella principios con fuerza de imperativos categóricos pues parte efectivamente de la libertad como hecho de razón y le confiere mayor consistencia y proyección socio institucional, dado que se trata de una legitimidad consensual y argumentativa de la concepción política de la justicia³³.

En el contexto de la teoría neocontractualista de Rawls dos ideas son permanentes: 1. La del ciudadano como persona moral y 2. La de justicia como pedagogía social. En la primera el ciudadano como sujeto individual o colectivo, parte activa y vital de los procesos políticos, concepción política de la persona y del consenso entrecruzado esto es legitimidad a partir de la ciudadanía. En el segundo caso se resalta el carácter educativo de la justicia que adquiere proyección y relevancia con la noción de razón pública. Todo lo anterior desemboca en la afirmación de que el principio de legitimidad democrática encuentra su fundamento en la autonomía moral del individuo; y en los principios de la justicia sobre la base de la libertad y la igualdad.

La idea de un consenso entrecruzado se introduce para dotar de mayor realismo a la idea de una sociedad bien ordenada, y para ajustarla a las condiciones históricas y sociales de las sociedades democráticas,

³² Rodríguez Ortega, *Op.Cit.* Pág. 18.

³³ *Ibid.* Pag. 19.

condiciones que incluyen necesariamente un pluralismo razonable³⁴. El pluralismo razonable es una condición permanente para el consenso entrecruzado, el cual consiste en un acuerdo para dejar sentadas las cuestiones fundamentales de la justicia política en una sociedad democrática, cuando ha existido un espacio adecuado para el equilibrio reflexivo, el cual no es otra cosa que un conjunto de convicciones, principios y juicios en que pueden concordar las personas.

El proceso de legitimación democrática depende de un control y regulación contextual que ha de caracterizarse a través de sistemas corporativos de discusión y negociación es decir de consensos en los que la política logre ampliar sus propios criterios de legitimidad, añadiéndole criterios de racionalidad que pueden ampliarse a todas las decisiones necesitadas de legitimación³⁵. Los sistemas de negociación, cuando carecen de vínculos efectivos con el aparato legislativo provocan problemas de legitimación, que pueden representar una amenaza para la legitimidad.

La idea de democracia descansa en última instancia en la formación de la voluntad política y en términos de teoría del discurso, las decisiones vinculantes, para ser legítimas tienen que seguir flujos de comunicación preferiblemente consensuales que partan de la periferia y pasen todos los procedimientos del Estado de Derecho³⁶.

Los seres humanos tienen la capacidad de abrirse paso entre sus diferencias hasta tocar fondo en la identidad de intereses y el pueblo puede coincidir en los fines y valores superiores, aceptados por la tradición, que presentan unidad a su respectiva comunidad actuando contrariamente a las sociedades democráticas modernas y complejas que se levantan sobre el supuesto principio de la dictadura de las mayorías la cual no solo ignora sino descarta el principio del consenso.

En los espacios locales, comunidades, municipios y aún pueblos autónomos, donde los ciudadanos pueden mantener un contacto personal y donde, bajo las discrepancias, puede haber conciencia de necesidades comunes es posible preservar o recrear procedimientos para llegar a

³⁴ Rawls, John. *La justicia como equidad*. Op. Cit. Pág. 58.

³⁵ Rodríguez Ortega, *Op. Cit.* Pág. 22.

³⁶ Rawls, John. *La justicia como equidad*. Op. Cit. Pág. 58.

consensos. Estos versarían sobre la solución de problemas locales, los que afectan a todos los miembros de esa comunidad particular³⁷.

En este proceso es necesario el reconocimiento de las diferencias que implica dar a cada quien lo suyo, vieja definición de la justicia. La justicia es equidad en el trato de todas las diferencias. Dada la ausencia de una sola concepción del bien común, previamente consensuada por la tradición, en la democracia moderna sólo puede establecerse un consenso sobre concepciones y programas diferentes en los que pueda lograrse una convergencia de intereses.

Solo el diálogo racional acompañado de la voluntad de cooperación actuando sobre la base del principio de igualdad en el reconocimiento de las diferencias puede lograr la obtención de un consenso racional en el que la democracia consensual, genere soluciones institucionales para problemas comunes. Sin la menor duda en los espacios en que la gente puede comunicarse para llegar a decisiones consensuadas, se evidencia una renovación de la comunidad que pueda vehicular una democracia radical o participativa la cual solo es posible si se logra pasar de un Estado nacional homogéneo a un Estado plural, basado en el reconocimiento de todas las diferencias, propias de sociedades funcionalmente diferenciadas.

CONCLUSIONES

La propuesta de este paradigma del consenso y de la autodeterminación considera que sólo cabe y es posible un consenso básico orientado hacia la autodeterminación cuando está socializada una identidad de intereses, el respeto a la pluralidad de puntos de vista sobre el bien común, y el reconocimiento de las diferencias, para lograr dicha autodeterminación. En el espacio amplio de un país complejo, la comunicación interpersonal, así como el conocimiento recíproco de los problemas comunes, son escasos pero necesarios para lograr el consenso. En todos los niveles subsiste de hecho, una pluralidad de grupos con puntos de vista e intereses que no se comunican pero que pueden ser manejados con la aceptación de la diferencia. Sólo cabe, por lo tanto, un consenso básico cuando hay

³⁷ Villoro, Luis. "Sobre Democracia consensual. En torno a las ideas de Kwasi Wiredu" en *Polylog. Foro para filosofía intercultural* 2, 2000. Versión digital disponible en <http://them.polylog.org/2/fvl-es.htm> (06.06.13).

un conocimiento de una identidad de intereses, que no es incompatible con el respeto a la pluralidad y a la diferencia en puntos de vista sobre el bien común, cuando hay un acuerdo sobre el reconocimiento de las mencionadas diferencias.

El paradigma del consenso y la autodeterminación se propone fundamentalmente recuperar ante todo, para los ciudadanos, una forma de participación en los asuntos que les pertenece, y que les atañen, es decir participar en las soluciones de sus necesidades insatisfechas bajo el principio de la subsidiariedad según el cual las decisiones que afectan a los ciudadanos se deben adoptar de la forma más cercana posible a los mismos y su delegación a niveles o poderes más elevados solo deben hacerse por razones probadas de interés común.

Para lograr la instauración de este paradigma se requiere la idea de un consenso razonable es decir la posibilidad para dotar de mayor realismo, un proyecto de una sociedad más ordenada, pero sobre todo caracterizada por un pluralismo inevitable pero razonable³⁸. La aceptación de este pluralismo razonable es una condición permanente para el consenso, el cual no es otra cosa que la aceptación de las diferencias con miras a un acuerdo sobre cuestiones fundamentales de la justicia social en una sociedad democrática, permitiendo un espacio adecuado para el equilibrio reflexivo, que se puede lograr no solo con el consenso entrecruzado sino también con el consenso traslapado, materializados en un conjunto de convicciones, principios y juicios de interés común en que pueden coincidir todos los miembros de una comunidad local.

³⁸ Rawls, John. *La justicia como equidad. Op. Cit.* Pag.58.

BIBLIOGRAFÍA

- Bonilla M, Julián D. “Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre qué es Derecho” en *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2010, Pág., 101 - 115
- García-Villegas, Mauricio y Rodríguez, César A. *Derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá, ILSA, 2003.
- Habermas Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid Trotta, 1998.
- Heller Herman. *Teoría del Estado. La formación de los conceptos*. Granada España, Comares, 1998.
- Luhmann, Niklas. *Complejidad y modernidad*. Madrid Trotta, 1998.
- Mejía Oscar. *Justicia y democracia consensual*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, 1997.
- Mejía, Oscar. *Tribunal Constitucional, desobediencia Civil y Democracia Deliberativa. Republicanismo Contemporáneo: Igualdad, Democracia Deliberativa y Ciudadanía*. Bogotá: Siglo del hombre, 2002.
- Mouffe, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, democracia Radical*, Barcelona: Paidós, 1999.
- Munne Guillermo. Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. En *ISONOMIA No.25* Octubre del 2006 págs. 69-100.
- Palacio, Germán. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: IDEA/ U. Nacional, 1993. p. 130-131.
- Pound, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Granada, Comares, 2004.
- Rawls, J. *Una teoría de la Justicia*. FCE, México, 1979.
- Rodríguez Garavito Cesar. *Un nuevo mapa para el pensamiento Jurídico Latinoamericano*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Rodríguez Ortega, Julio Armando. “Retos de la Democracia en América Latina” Ponencia, en el Congreso Redipal (Virtual V. Enero-Agosto de 2012). México, DF. P. 13-22 disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CRV-V-07-12.pdf>
- Rufino Anna María. Derecho Mediador. Seconda Università Degli Studi de Nápoles Italia. Traducción de Nicolás López Calera. *Anales de la cátedra Francisco Suarez* 43 (2009) pág. 267-284
- Sánchez Arturo José. “La autorregulación a nivel social desde una perspectiva cibernético axiológica.”. Humanidades Médicas, Vol. 6, No 1, Enero - Abril Centro para el desarrollo de las ciencias sociales y humanísticas en salud, 2006, publicación digital disponible en <http://bvs.sld.cu/revistas/revistahm/numeros/2006/n16/body/hmco80106.htm> (05.06.13)
- Schmitter, Philippe C. “Teoría de la Democracia e pratica neo-corporativa”, *Stato e Mercato*. N° 9, 1983, Pp. 385-422.

- Teubner Gunther. Contracting worlds. The many autonomies of private Law. En *Social and legal studies*. Volumen 9 (3), 2000, páginas 399 - 417
- Villoro, Luis. “Sobre Democracia consensual. En torno a las ideas de Kwasi Wiredu” en Polylog. Foro para filosofía intercultural 2 (2000) Versión digital disponible en <http://them.polylog.org/2/fvl-es.htm> (06.06.13)
- Waldron Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, 2005.

