



La crisis de la legitimidad: De la geometría legal a la democracia deliberativa

The Crisis of Legitimacy: From Legal Procedure to Deliberative Democracy

Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA

Universidad Complutense (Madrid)

c.martinez-sicluna@der.ucm.es

RECIBIDO: 2010-11-20 / ACEPTADO: 2010-12-12

Resumen: La concepción clásica de la política y de la república vienen a concluir y a ser sustituidas por la "razón de Estado de Maquiavelo y el carácter instrumental del Derecho elaborado por Hobbes. La legitimación del poder político en el momento actual, representada principalmente por la idea de democracia deliberativa de Habermas, nos presenta un intento de justificación del poder político a través del acuerdo entre las posiciones subjetivas de individuos iguales, libres y racionales, donde lo importante es el procedimiento a través del cual se llega a un resultado, del que necesariamente se ha de ser solidario, excluyendo para ello cualquier discusión en torno a principios o referente a contenidos.

Palabras clave: Legitimidad, democracia, separación moral-Derecho, discurso deliberativo.

Abstract: The classical perception of politics and the Republic were replaced by the "State reason" of Maquiavelo and the idea of Law as a tool proposed by Hobbes. Currently, the legitimacy of political power, which is explained mainly through the "deliberative democracy" articulated by Habermas, illustrates an effort to explain political power as the result of the consensus among individual positions which are equal, free and rational. The main goal is to achieve a result, putting aside any debate on the principles or contentt.

Key words: legitimacy, democracy, distinction between Law and Ethics, deliberative argument.

Cuando San Agustín en el Libro XIX de *La Ciudad de Dios* se preguntaba –viniéndola a negar a continuación– acerca de la existencia de la República romana, que Cicerón tan ardorosamente defendía, ponía el dedo en la llaga sobre una cuestión siempre palpitante: la dificultad de hallar un gobierno terrenal que satisfaga y colme las aspiraciones que los hombres centran en él, pero también ahondaba en los problemas derivados de identificar cualquier forma de ejercicio del poder con un poder legítimo y *a sensu contrario*, el recurso siempre fácil a tratar de justificar cualquier forma existente de poder, cabe decir que por una mera situación fáctica. No eran éstas, lógicamente, las pretensiones ciceronianas: más aún, hay

que poner de relieve que el alto significado que Cicerón atribuía a la vida en comunidad –junto con la comunidad de intereses, la voluntad de vivir según el Derecho– le había de conducir necesariamente a esperar de la República algo más que un poder legitimado por el transcurso del tiempo o por ser la forma reconocida históricamente en la que el jurista romano transcurría sus días.

La República romana es en Cicerón una meta, un horizonte final, lo que debe ser según el orden natural de las cosas, aquello que el hombre espera al vivir en comunidad: “El motivo que impulsa a esta agrupación no es tanto la debilidad cuanto una inclinación de los hombres a vivir unidos. El género humano no ha nacido para vivir aislado y solitario, sino que su naturaleza lo lleva aun en medio de la afluencia de todas las cosas...”¹.

No imaginaba entonces, que al transcurrir de los siglos, en el ocaso de Roma, Agustín el Africano –en palabras de Miguel de Unamuno– iba a interpretar sus reflexiones en el contexto de una República romana idealizada, que tal vez en ningún momento fue tal y como Cicerón pretendía que fuese, tan mitológica como Alba Longa y Numitor, pero a la que no era posible renunciar, de la misma forma que no era posible tampoco a la República nacida así, para ser fruto natural de la asociación de los hombres, olvidar la causa que la había dado origen². Y porque no se puede olvidar esa causa es por lo que, señalará Cicerón, la denominación de “República” no procede en el caso de que todos se vean sometidos por la opresión y la crueldad de uno solo, donde no existiera vínculo alguno de derecho, ningún acuerdo, ninguna voluntad de vida común, nada de lo que constituye un pueblo³. No hay, pues, en el jurista romano, tendencia a idealizar y adornar a la República con características que no se presentan realmente en su marco histórico: o la República mantiene esa conexión necesaria con la causa que la legitima y a través de la cual se llega a entender esa voluntad de vivir y permanecer unidos, por intereses comunes, y sometidos a las leyes, o dejará de ser verdaderamente una República, cosa propia del pueblo, para convertirse en la expresión de la tiranía.

Puede decirse entonces que para Marco Tulio Cicerón, los hombres han nacido para la justicia, de manera que el derecho se funda en la na-

¹ CICERÓN, *Sobre la República*, Lib. I, 25, 39.

² *Ibid.*, Lib. I, 26 41.

³ *Ibid.*, Lib. III, 31, 43.

turalidad y no en el arbitrio⁴, y éste es el verdadero núcleo que legitima la sociedad humana y por ende, la República romana, San Agustín toma como punto de partida la conocida definición ciceroniana en orden a la República –“la cosa propia del pueblo”– para llegar a consecuencias aún más extremas de aquéllas que el romano consideraba: en la visión agustiniana nunca habría existido la República romana porque nunca habría sido la cosa propia del pueblo. El pesimismo agustiniano es, a su vez, el reconocimiento de que cualquier poder temporal, cualquier gobierno terrenal es insatisfactorio, pese a lo cual debe estar adornado de ciertas condiciones, sin las cuales se convierte en un obstáculo para fines más altos y que al gobierno de los hombres se le escapan. Teniendo en cuenta que Cicerón concibe al pueblo como aquél que se caracteriza por ser una consociación de hombres que aceptan las mismas leyes y que tienen intereses comunes⁵ y que sólo así cabe justificar, legitimar, cuanto representa la República, en cuanto cosa propia del pueblo, San Agustín convertirá esta exigencia en una *conditio sine qua non*. De esta manera, apegándose al sentido exacto de las palabras del romano, y teniendo en cuenta que la República no puede ser gobernada sin justicia, habrá que señalar con el Obispo de Hipona que “en consecuencia, donde no hay verdadera justicia, no puede darse verdadero derecho. Como lo que se hace con derecho se hace justamente, es imposible que se haga con derecho lo que se hace injustamente. En efecto, no deben llamarse derecho las constituciones injustas de los hombres, puesto que ellos mismos dicen que el derecho mana de la fuente de la justicia y que es falsa la opinión de quienes sostienen torcidamente que es derecho lo que es útil al más fuerte. Por tanto, donde no existe verdadera justicia no puede existir comunidad de hombres fundada sobre derechos reconocidos, y, por tanto, tampoco pueblo, según la definición de Escipión o de Cicerón. Y si no puede existir el pueblo, tampoco la cosa del pueblo, sino la de un conjunto de seres que no merece el nombre de pueblo. Por consiguiente, si la república es la cosa del pueblo y no existe pueblo que no esté fundado sobre derechos reconocidos, y no hay derecho donde no hay justicia, síguese que donde no hay justicia no hay república”⁶.

⁴ CICERÓN, *Las Leyes*, Lib. I, 10, 29.

⁵ CICERÓN, *Sobre la República*, Lib. I, 25, 39.

⁶ SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, Lib. XIX, Cap. XXI, 1.

Habría que preguntarse si la visión de San Agustín respecto de la ciudad de los hombres no es, a fin de cuentas, el reconocimiento de la debilidad de la sociedad humana y el peligro de querer hacer coincidir nuestros ideales, el horizonte en el cual el hombre sitúa sus miras, con una realidad que se escapa del modelo y a la que el hombre mismo parece haber renunciado *ab initio*.

La renuncia a la política en su concepción clásica, expuesta en los anteriores argumentos de Cicerón y de San Agustín, aparece claramente representada por la visión del autor del *Leviatán*: el Estado pasa de ser el marco en el que se asegura la convivencia, una convivencia dirigida a su vez a la justicia, a convertirse en el centro neurálgico desde el cual se irradia a todos los sujetos privados cómo ha de ser el marco de convivencia que sólo el sujeto público, esto es, el Estado es capaz de asegurar, y de ahí la distinción entre lo que es justo y lo que no lo es⁷. Consiguientemente, la legitimación del sujeto público vendría determinada por el hecho de la seguridad, una seguridad que por su sola existencia representa el marco estatal, frente al caos que fuera de él tiende a producirse.

Se instaura así la razón de Estado que es algo más que un manido recurso terminológico⁸. A partir de la razón de Estado, el sujeto público se convierte en la voluntad decisiva a través de la cual el Derecho, correa de transmisión de la seguridad que el Estado crea, señala la línea de división entre la justicia y la injusticia. No es el orden natural de las cosas la causa de creación del Estado. Muy al contrario, el Estado tiene como causa de su creación y como medio al propio tiempo la seguridad en sentido negativo, como represión de una conducta humana que, sin el sujeto público, sería incapaz de diferenciar lo que debe de lo que no debe hacerse.

Gian Pietro Calabrò ha subrayado el carácter instrumental del mismo *Leviatán*: si la tutela de la vida, y la seguridad personal, manifiestan la condición esencial para que el súbdito obedezca a la ley, resulta evidente que el Estado, en cuanto construcción mecánica y por tanto artificial, representa esa máquina que se dirige a un fin puramente operativo⁹. Ahora bien, el que el Estado tenga un puro carácter instrumental, al servicio de la seguridad

⁷ HOBBS, T., *Del ciudadano*, Cap. X.

⁸ Para seguir la fortuna de la expresión, *vid.*, GENTILE, F., *Política aut/et statistica*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 113 y ss.

⁹ CALABRÒ, G. P., *Diritto alla sicurezza e crisi dello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 42.

que el individuo sólo encuentra dentro del Estado y no puede alcanzar fuera de él, no elude las consecuencias que se derivan de la utilización de la fuerza represiva y de haber convertido a su vez al Derecho en manifestación de la voluntad del Estado. Construcción instrumental el Estado, pero construcción y maquinaria artificial el Derecho, simple instrumento en manos de otro, y subordinados ambos a una finalidad operativa. Cabe decir, además, que el Estado trata de tutelar y de asegurar la vida de los individuos, pero al tiempo niega cualquier otra posibilidad diversa, puesto que fuera del Estado sólo reina el caos y la guerra. El Estado es la fuente de la que mana la paz y el Derecho: la justificación del Estado viene dada en la medida en que se concibe como una seguridad, interna y externa, mientras que la justificación del Derecho vendrá determinada por representar un mandato creado por quien tiene el poder soberano. De esta forma, Hobbes marca la atención sobre la existencia de dos planos contrapuestos: “Fuera del Estado, los hombres no tenemos más que nuestras propias fuerzas para protegernos, pero en el Estado tenemos el socorro de nuestros conciudadanos. Fuera del Estado el hombre no está seguro del fruto de su trabajo; pero en un Estado todos le protegen. Por último, fuera de la sociedad civil reinan las pasiones, la guerra, la pobreza, el miedo, la soledad, la miseria, la barbarie, la ignorancia y la crueldad. Pero en el orden del Estado la razón, la paz, la seguridad, las riquezas, la decencia, la elegancia, las ciencias y la tranquilidad reinan por doquier”¹⁰. No le queda otro recurso al individuo que someterse al Derecho y a la maquinaria estatal. Si sólo la seguridad se alcanza en el Estado, lo propio se manifiesta a través del Derecho, entendido como ese conjunto de mandatos que expresan la voluntad soberana del Estado y respecto del cual es necesario someterse, perder la libertad de acción que por derecho natural tenía el hombre y convertirse en súbdito¹¹, esto es, transformarse también el mismo individuo en construcción artificial, instrumento al servicio de otros medios.

Los efectos derivados de un planteamiento semejante le harán afirmar a Leibniz que toda esta concepción hobbesiana, de la que surge como lógica consecuencia, una razón de Estado legitimadora de la presencia del sujeto público, “equivale a decir que justo es lo que gusta al más poderoso, que no hay

¹⁰ HOBBS, T., *Del ciudadano*, Cap. X.

¹¹ HOBBS, T., *Elementos de Derecho Natural y Político*, Primera parte, Cap. XIX, 10.

justicia segura y precisa, ni que prohíba hacer todo lo que se quiera y pueda impunemente, por perverso que sea. Así, la traición, el asesinato, los sufrimientos de personas inocentes, cualquier cosa es justa, si se tiene éxito. De hecho esto significa cambiar el sentido de los términos y hablar un lenguaje distinto al de los demás hombres. Hasta ahora se ha comprendido por justicia otra cosa que lo que siempre prevalece”.

Puede decirse, por lo tanto, que para Hobbes el Estado es ya una institución jurídica¹², anticipación de la geometría legal kelseniana. Como se ha subrayado, nos encontramos ante un cierto proceder metodológico en el pensamiento hobbesiano: este proceder metodológico consiste en la geometría legal, que permite al autor del *Leviatán* el llevar a cabo un discurso extremadamente riguroso. Por ello, el carácter artificial y convencional del poder político sirve para comprender la verdadera naturaleza del Estado moderno. Así, habría que significar que algunos caracteres distintivos del Estado hobbesiano se convierten en caracteres permanentes de la estructura del Estado, incluso aunque ésta se transforme, en el Estado de Derecho material o Estado constitucional¹³.

Se inaugura así una nueva dimensión de la razón de Estado, que en Maquiavelo aparecía como un simple instrumento político del príncipe. Llegamos con ello a la era del tecnicismo, a la introducción del procedimiento formal en la construcción y en la legitimación del Derecho, por la vía de una razón de Estado transformada en el verdadero Estado de Derecho, que tendrá, a través de las aportaciones de Kant y de Hegel, una justificación mediante la cual se pretende eludir el subjetivismo individualista, encarnando la objetividad en una voluntad superior a la subjetiva de los individuos que integran el Estado –convertido ya éste en el sujeto público–, y cuyo único deber, el de los individuos-súbditos-ciudadanos, parece consistir en someterse a esa voluntad estatal absoluta¹⁴.

La idea del conflicto interindividual, situado tras el telón de fondo del ordenamiento normativo, es una prueba de la pervivencia de una visión que en-

¹² NEGRO, D., *El mito del hombre nuevo*, Ed. Encuentro, Madrid, 2009, p. 108.

¹³ CALABRÒ, G. P., *Diritto alla sicurezza e crisi dello Stato costituzionale*, cit., pp. 39-40.

¹⁴ En Hegel, “el estado, en cuanto realidad de la voluntad sustancial, realidad que ésta tiene en la *autoconciencia* particular elevada a universalidad, es lo *racional* en y por sí. Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo *supremo deber* es ser miembro del estado”.

HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, Tercera parte: *La eticidad*. III. *El Estado*, parágrafo 258.

cuentra en Hobbes su principal valedor¹⁵ y cuya impronta no parece haber desaparecido del discurso neoilustrado actual. El poder soberano es en la República un poder absoluto, que asume todas las decisiones y fundamenta la creación de todas las leyes, de manera tal que la configuración del Estado de Derecho se presenta, hobbesianamente entendido, en una suerte de subsunción de la legitimidad dentro de la legalidad: “El compendio de esos derechos de soberanía, es decir, el uso absoluto de la espada en paz y en guerra, la elaboración y derogación de las leyes, la suprema judicatura y la decisión en todos los debates judiciales y deliberativos, el nombramiento de todos los magistrados y ministros, junto con los demás derechos inherentes a la misma, hace que el poder soberano sea tan absoluto en la república como el que, antes de crearse la comunidad, tenía todo hombre de hacer o no hacer lo que consideraba bueno”¹⁶. El ejercicio de la soberanía implicará, en el discurso tardo modernista imperante en el pensamiento contemporáneo, recogiendo ese legado nunca superado de Hobbes, que el procedimiento formal se presenta a través de dos vías, la del procedimiento legislativo y la del procedimiento en la aplicación del Derecho, pero ambas convergen en su nacimiento, la de un Derecho que se manifiesta al margen de cualquier justificación que no sea la del uso legítimo de la fuerza¹⁷.

Incluso si fuera posible que la moral sirviera de criterio fundamentador de la construcción procedimental del Derecho tendríamos que clarificar en qué estrechos límites se lleva a cabo dicha justificación: se trata, como sin ambages, establece Habermas¹⁸, de una moral domesticada, una moral que queda atada al Derecho mismo, desembarazada de todo contenido normativo, sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles. Las consecuencias son las de un Derecho procedimentalizado, despojado de cualquier conexión con una raíz esencial, mero cuadro semántico que obliga a quienes toman la decisión y a quienes participan en ella por el cauce de la representación política, y una moral también procedimenta-

¹⁵ MARTÍNEZ-SICLUNA, C., “El ordenamiento jurídico más allá de la geometría legal”, en VVAA., *De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política. Estudios en honor de Francesco Gentile*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 328

¹⁶ HOBBS, T., cit., Segunda Parte, Cap. I, 13.

¹⁷ Así, “una moral autónoma sólo dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de las normas”. HABERMAS, J., “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, introd. de Manuel Jiménez Redondo, Ed. Paidós/ I.C.E.-UAB, p. 164.

¹⁸ *Ibid.*, p. 168.

lizada, despojada de cualquier contenido –como antes lo ha sido el Derecho-moral que sólo cuando es autónoma e interior, cuando manifiesta la propia conciencia del individuo está obligada a quedarse en el ámbito privado. Lo que el Derecho construido geoméricamente exige de la moral es una simple vinculación a decisiones positivas que ya han sido exteriorizadas: no pretende buscar una justificación ética que por serlo verdaderamente supondría la expresión de una subjetividad que el sistema político no permite ni consiente.

Nos encontramos ante la mera legitimación de lo existente históricamente, ya sea del Estado o del Derecho, o de ese Estado de Derecho que expresa el círculo vicioso de la terminología, como así enunciaba Kelsen.

No sólo desaparece la política en su sentido más clásico para incorporar una nueva terminología, que surge en torno a la existencia del Estado, la “statística” al decir de Francesco Gentile, sino que además desaparece también el orden natural del que proviene la comunidad política, la razón natural que justifica la unión. Es ya indiferente el motivo de creación del Estado: si ha surgido del miedo o de la confianza. Todo lo que era importante en la reflexión de Cicerón y de San Agustín es plenamente aleatorio para la creación de un Estado que por el simple hecho de su existencia, el dato comprobable empíricamente, se justifica¹⁹.

De esta manera nos encontramos ante una nueva visión en la que se intenta legitimar jurídica y políticamente al Estado como un ordenamiento soberano, proceso de subordinación del Derecho al Estado²⁰, de donde resultan varias ideas, que constituyen el fundamento sobre el cual se asienta el discurso neoilustrado sobre la legitimidad del Estado de Derecho. En primer lugar, nos hallamos ante una construcción a nivel sociológico-empírico, donde los datos, los hechos, el hombre, se conducen conforme a causas que actúan sobre el sujeto privado, pudiendo de alguna manera predecir estadísticamente el signo de una confrontación interindividual que sólo el Estado es capaz de resolver. Así ha destacado Gentile cómo la política va a ser entendida como un inconveniente: “La presenza di un soggetto pubblico, lo stato sovrano, è richiesta

¹⁹ Así dirá Hegel que “cuál sea o haya sido el origen *histórico* del estado en general o de un estado particular, de sus derechos y disposiciones, si han surgido de relaciones patriarcales, del miedo o la confianza, de la corporación, etcétera, y cómo ha sido aprehendido y se ha afirmado en la conciencia aquello sobre lo que se fundamentan tales derechos –como algo divino, como derecho natural, contrato o costumbre–, todo esto no incumbe a la idea misma del estado...”

HEGEL, G. W. F., cit., Tercera parte: *La eticidad*. III. *El Estado*, parágrafo 258.

²⁰ Como ha destacado, COTTA, S., *El Derecho en la existencia humana*, trad. de Ismael Peidró Pastor, Eunsa, Pamplona, 1987, pp. 188-189.

dall'interferenza delle azioni dei soggetti privati, i singoli individui, e dalla loro incapacità di superare insieme i conflitti. D'altra parte tale presenza può esprimersi solo nella forma del dominio, poiché è dalla mancata intelligenza di una ragione comune ai soggetti privati che deriva la necessita dell'intervento di un soggetto pubblico"²¹.

En segundo lugar, concebido el Estado a la manera de un instrumento de superación de los conflictos, termina por ser él también una herramienta de dominio, por el hecho de intentar superar el enfrentamiento de los sujetos privados. Si el Estado no se presentase como Estado soberano, dominador en el sentido weberiano, no podría imponerse por encima de la libertad de acción que conduce a la controversia entre los sujetos privados. De la dominación nace, pues el Derecho, que sería la construcción *more geométrico demonstrata* de un ordenamiento jurídico que se justifica por estas premisas previas.

Controversia y enfrentamiento entre los individuos que implican la necesidad de renunciar a la libertad, una libertad que sólo llevaría al hombre a manifestarse como un ser asocial y anárquico, de donde se precisa, para eludir los problemas derivados de la conflictividad, un pacto social, un contrato, y éste conduce, a su vez, al artificio de la construcción del Estado, de una voluntad soberana y superior a los individuos que forman parte del mismo. Y sobre estas premisas se eleva el edificio del Estado de Derecho, signo de los nuevos tiempos que, frente a las llamadas "visiones del mundo teocéntricas o metafísicas", pretende estar adornado de los requisitos que forzosamente han de exigirse para configurar un sistema científico. Pero el pacto artificial, del que nace la figura también artificial del poder público, sólo justifica el dato ya existente del que se parte: la mera existencia del Estado, dato concreto e históricamente condicionado, del que no se puede derivar la existencia del Derecho, un Derecho en común como algunos pretenden, ni tampoco principios inspiradores o valores objetivos: el Derecho, si bien construido técnicamente, formalmente, es la correa de transmisión de la ideología de un poder histórico determinado, que dando un paso más allá, apenas entrevisto por Kant, claramente establecido por Hobbes, se convierte "en un orden coercitivo, un orden jurídico relativamente centralizado y relativamente soberano; una comunidad constituida por ese orden legal"²².

²¹ GENTILE, F., *Politica aut/et statistica*, cit., p. 88.

²² KELSEN, H., "El Derecho como técnica social específica", en *¿Qué es justicia?*, ed. esp. a cargo de Albert Calsamiglia y estudio preliminar del mismo, Ariel, Barcelona, 1991, p. 162.

Orden legal que no excluye la dirección hacia la consecución de fines estrictamente políticos, de esta nueva clase de política preconizada por el Estado. Así dirá Habermas que “mientras que las normas morales son fines en sí, las normas jurídicas son *también medios* para la consecución de objetivos políticos. Pues no sólo sirven como acontece en el caso de la moral, a la solución imparcial de los conflictos de acción, sino también a la puesta en práctica de programas políticos. Los fines colectivos y las medidas políticas que los traducen a la práctica deben su fuerza vinculante a su forma jurídica”²³.

En este esquema procedimental se inserta la legitimación del ciudadano por el camino marcado mediante la democracia deliberativa y de ahí que la elección política para ser legítima tenga que ser el resultado de una deliberación acerca de los fines entre agentes libres, iguales y racionales²⁴.

El Derecho queda convertido de esta forma en el signo bajo el que se presentan los programas políticos, todo ello adornado, claro está, de la fuerza legitimadora de la racionalidad procedimental, que es la única vía por la cual se manifiestan la independencia y la imparcialidad del sistema: “los procedimientos jurídicos cumplen aproximativamente las exigencias de una racionalidad procedimental completa porque quedan ligados a criterios institucionales y, por tanto, a criterios independientes, recurriendo a los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a derecho”²⁵, en tanto que “la cuestión de si se ha enjuiciado algo desde un punto de vista moral es algo que sólo puede decidirse desde la perspectiva de los participantes”²⁶.

La estricta separación entre moral y Derecho, mantenida en el discurso predominante en la visión contemporánea, permite que del enjuiciamiento moral de una determinada cuestión sólo quien ha sido partícipe en la toma de decisión pueda justificarla, sin posibilidad además de comunicar las razones de la justificación a aquellos que no han quedado vinculados por la decisión. Mientras que en el ámbito del Derecho, la racionalidad del procedimiento, la racionalidad de las instituciones de las que emanan dos procedimientos –el procedimiento legislativo y el procedimiento de aplicación del Derecho– vie-

²³ HABERMAS, J., “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?”, cit., p. 167.

²⁴ ELSTER, J., introducción a VV.AA., *La democracia deliberativa*, compilador Jon Elster, trad. de José M^a Lebrón, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 18.

²⁵ HABERMAS, J., cit., pp. 163-164.

²⁶ HABERMAS, J., cit., p. 164.

nen a constituir el modelo de vinculación de quienes no han sido partícipes en la toma de decisión, más que por los vínculos de la representación —una representación que les vincula también a la aceptación de que el Derecho tenga que llevar a sus últimas consecuencias programas políticos—. Así pues, la imparcialidad del Derecho deriva de la racionalidad del procedimiento formal, conforme al cual el Derecho es creado y aplicado.

No parecen haberse superado las objeciones que Carl Schmitt oponía a un sistema establecido de esta manera: “El sentido último y propio del principio fundamental de “legalidad” de toda la vida estatal radica en que, en definitiva, ya no se domina ni se manda, porque las normas vigentes solo se hacen valer de una manera impersonal. La justificación de este estado está en la legalidad general de todo el ejercicio del poder estatal. El fundamento del deber de obediencia y la justificación de la supresión de todo derecho de resistencia están constituidos por un sistema de legalidad cerrado”²⁷. Un sistema de legalidad cerrado que descansa sobre los pilares de la construcción artificial llamada Estado y de la no menos artificial llamada Derecho, que pasa por ser el vehículo de expresión del Estado, y donde no cabe oponer el enjuiciamiento crítico del sujeto frente al contenido concreto de la norma jurídica, so pena de recibir el anatema habermasiano de constituir una óptica propia de una moral no domesticada, autónoma e interna, y por lo tanto ceñida a permanecer en el ámbito privado. El único juicio, legitimador a la postre, que es posible sostener sobre el Derecho no ahonda en el contenido del mandato jurídico, sino en la validez formal de dicho mandato.

Sin embargo, como destaca Hermann Heller, “para la cuestión de la justificación del Estado, nada se consigue con oponer a la realidad social, desde un punto de vista meramente técnico-jurídico, un deber ser jurídico-positivo, es decir, establecido por el poder concreto. Así, la norma fundamental kel-seniana, que lleva en sí “potencialmente todas las posibles variaciones de su contenido normativo”, nos remite al arbitrio del legislador real, libre de todo vínculo jurídico moral, y llega, de esta suerte también, en último término, a la identificación de derecho y fuerza, y a la afirmación de que todo Estado es Estado de Derecho”²⁸. Las conclusiones tendrían que ser las de la justificación

²⁷ SCHMITT, C., *Legalidad y Legitimidad*, trad. de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971, p. 5.

²⁸ HELLER, H., *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, ed. y prólogo de Gerhart Niemeyer, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 239.

de todo Estado, en la medida en que cualquier voluntad soberana se atiene a una construcción geométrica del ordenamiento jurídico. Sólo en este estricto marco tiene sentido propugnar que el deber-ser jurídico positivo es a la vez, la fuente de legitimación de la fuerza utilizada por el Estado e instrumento que transforma las órdenes del Estado en normas jurídicas. En una visión semejante, la forma de definir las relaciones sociales no se sustenta en el orden natural de las cosas, sino en la imposición de un legislador que no puede dejar de someterse a las reglas por él mismo establecidas. De esta suerte, nos hallaremos ante una legalidad, pero nunca ante una legitimidad justificadora²⁹, más aun cuando la distinción entre la legitimidad o ilegitimidad de la actuación viene determinada por la sujeción a un procedimiento formal, al cual lógicamente el sujeto público siempre se atiene y que convierte cualquier acción dimanante de él en una acción justificada. La distinción entre fuerza legítima e ilegítima proviene entonces de la línea que separa una acción derivada de quien es el soberano, de quien por lo tanto tiene poder efectivo, de aquél que no lo posee y se sitúa en el ámbito de cualquier sujeto privado. A su vez, la distinción entre fuerza legal e ilegal sólo implica actuar conforme a las leyes o contra ellas. Todo ello implica la necesaria legitimación de un Estado de Derecho, incapaz de establecer una jerarquía de valores e incapaz de dar satisfacción a las necesidades sociales, por encima de las cuales debe presentarse, un Estado de Derecho que parece anclado en la doctrina de la que surgió la razón de Estado y el pactismo, dos brazos tentaculares que se unen para sofocar cualquier libertad de acción del individuo. De la República entendida como la cosa propia del pueblo hemos pasado a considerar que sólo lo que es Derecho aprovecha al pueblo³⁰, y esto que así llamamos Derecho no es otra cosa que la derivación de un poder que se ejerce efectivamente.

Tratar de fundar sobre este modelo –tanto de política sustituida por la órbita estatal, como de Derecho construido a modo de geometría legal–, que a su vez, tiene diversas representaciones, una nueva religión de corte científicista o sociológico viene a demostrar lo poco que ha avanzado el hombre en la configuración de la ciudad terrenal. Esta nueva dimensión de la política –más bien de la estatalidad, de la “statistica” o de la estadolatría, como la definía Giorgio

²⁹ HELLER, H., *Teoría del Estado*, cit., p. 239.

³⁰ RADBRUCH, G., “Primera toma de posición luego del desastre de 1945”, en *El hombre en el Derecho*, trad. de Aníbal del Campo, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 122.

del Vecchio³¹-, de la que en la actualidad Habermas aparece como uno de sus actores más cualificados, pretende establecer sobre tal fundamento una ciencia, de donde sus conclusiones estarían dotadas de rigor científico. Todo ello lógicamente tiene que asentarse sobre una serie de presupuestos³², a saber: en primer lugar, hacer del comportamiento humano el objeto de una ciencia; en segundo lugar, convertir los problemas derivados de la praxis política en problemas técnicos, y de ello, indudablemente deriva la idea de que la praxis de la política será absorbida por la ciencia positiva.

Pero tanto los presupuestos como las consecuencias de esta forma de diluir, puesto que no se trata de otra cosa, la política en el seno de una ciencia positiva, implica sustituir “el orden del ser por el orden que la razón impone a las cosas sensibles”³³. Se trata de una mentalidad positivista, como acertadamente ha destacado Juan Fernando Segovia, que no parte del ser sino del conocimiento. Conocimiento que es racional, pero también crítico y consciente de su propia contingencia. El conocimiento se reserva a la interacción, en palabras habermasianas, del sujeto cognoscente con la realidad. En esta interacción, sólo lo percibido cobra carta de realidad para el sujeto que conoce, pero desaparece la necesaria conexión entre el ser de las cosas, entre la naturaleza de las cosas, y el conocimiento que podemos tener sobre las mismas. Interpretar el comportamiento humano como objeto de una ciencia nos conduce, en una suerte de exaltado positivismo, a pretender dar una respuesta científica a lo que el hombre es, al ser. Qué es el hombre o quién es, pregunta fundamental, no puede encontrar una respuesta en el ámbito de una ciencia positiva. Las condiciones de la existencia humana no pueden explicar, señalaba Hannah Arendt, quienes somos o qué somos. La afirmación científicista deduce del conocimiento actual del sujeto cognoscente consecuencias en orden a la praxis política, pero también en orden a la naturaleza que se creía dejar al margen de su actividad. Lo que debía de ser núcleo de un discurso científico se convierte en una afirmación en torno a la categoría del hombre y de lo que éste quiere conseguir de la praxis política. Pero la política es algo más que un problema

³¹ DEL VECCHIO, G., “Ética, Derecho y Estado”, en *Crisis del Derecho y crisis del Estado*, trad. de Mariano Castaño, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, p. 37.

³² MARDONES, J. M., “La filosofía política del primer Habermas”, en J. M. GONZÁLEZ GARCÍA y F. QUESADA (coord.), *Teorías de la democracia*, Anthropos, Barcelona, 1988, pp. 62 y 63.

³³ SEGOVIA, J. F., “El positivismo de Jürgen Habermas”, en *Verbo*, n.º 473-474 (marzo-abril 2009), p. 305.

que cabe resolver desde postulados técnicos y, por tanto, formales. La preocupación metodológica³⁴, alejada se supone de cualquier punto de conexión con la metafísica, no deja, sin embargo, de crear una suerte de moral pública y de lo que es conveniente o no sostener en el marco del modelo jurídico-político construido al amparo de estas ideas.

El modelo, por lo demás, ha avanzado en el camino del olvido de la realidad del ser, pero no deja de hacer que nos planteemos las objeciones que San Agustín oponía a Cicerón, salvando las distancias entre el jurista romano y el discurso tardo modernista. Podemos cuestionarnos, siguiendo la explicación agustiniana –y ateniéndonos a cuanto las palabras tratan de reflejar, de la misma manera que Cicerón parecía esclavo de sus propias opiniones–, si el Estado de Derecho que, como destacaba Francesco Gentile³⁵ asegura en negativo, o sea por represión, o el denominado Estado del bienestar, Estado social y democrático de Derecho, que asegura, a tenor del maestro patavino, en positivo, o sea por promoción, ha existido alguna vez desde el punto de vista de la legitimidad. Legitimidad que es el problema final al que una construcción de índole positivista, esto es, pseudocientífica, no puede responder más que por la vía de la respuesta técnica, esto es, formal, pero no por la vía del orden de la cosas.

El Estado de Derecho que se reinventa a sí mismo y acoge un nuevo cauce, el del Estado social, no modifica con ello, al decir de Gentile³⁶, su estructura esencial y el fin último de ese sistema asegurativo, ya sea positivo o negativo. Sistema asegurativo que se nutre necesariamente de un procedimiento formal que, no atendiendo al contenido y habiendo renunciado a pronunciarse en términos relativos al ser, tiene que llegar a resultados no siempre apetecibles, pero que evidencian el uso de la violencia, de la fuerza ejercida ideológicamente, cuando el individuo deja de ser lo que se espera de él, un mero objeto subordinado al sujeto público, que es el Estado, detentador de esa vaga “idea abstracta de universalización de la democracia y de los derechos humanos”³⁷. Por ello, el hombre representa el problema cuando se produce

³⁴ SEGOVIA, J. F., *Habermas y la democracia deliberativa. Una “utopía” tardomoderna*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

³⁵ GENTILE, F., *Legalità, giustizia, giustificazione*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 53.

³⁶ GENTILE, F., *Politica aut/et statistica*, cit., p. 94.

³⁷ HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1989, p. 102.

un choque entre aquello que el progreso técnico-científico promueve –con lo que parecemos retornar al planteamiento de la filosofía positivista comtiana, nunca superada en realidad por esta suerte de tardomodernismo–, y visiones del mundo teocéntricas o metafísicas”³⁸.

El modelo imperante en el razonamiento habitualmente utilizado, tanto por Habermas como por sus precedentes en este ámbito, léase el geómetra legal llamado Kelsen, es un modelo cuya construcción técnica plantea ya una serie de problemas que la “statística” no ha podido resolver, so pena de aceptar que las consecuencias carecen de un fundamento científico.

El nuevo concepto de la política, que sustituye al concepto clásico, y que asienta la misma sobre bases, o por lo menos esa es su pretensión, empíricamente demostrables, parte de una serie de nociones falsas que no consiguen eludir la utilización de un lenguaje, se supone que objetivo, pero que en realidad forma parte del discurso, siguiendo sus mismas ideas, del sujeto cognoscente, un sujeto emancipado y autoliberado de lo ontológico, como ha destacado claramente Dalmacio Negro, fundador de una nueva forma de concebir las relaciones sociales y por ello la política, nueva forma –la llamada religión secular– bajo la que se presenta un viejo lenguaje utilizado por Alberico Gentile para hacer callar a los teólogos, construyendo, Carl Schmitt *dixit*, el Estado sobre bases sagradas.

Sin embargo, el problema viene determinado porque la política, en esta concepción positivista enunciada en nuestros días por Habermas, no ha sido capaz de establecer más que una concepción subjetiva del término “política”, que sirve para indicar todo cuanto se refiere al Estado³⁹.

La nueva concepción de la política se expresa en los parámetros marcados por la deliberación, pero una deliberación que no excluye el problema de las posiciones subjetivas enfrentadas, que sólo el Estado es capaz de eliminar. Así, la democracia deliberativa “es heredera del pensamiento moderno-especialmente de Kant y de Rousseau-, que es releído a la luz de las sociedades pluralistas actuales en las que no es posible aspirar a una unidad simbólica pues el mundo se ha fragmentado”⁴⁰.

³⁸ HABERMAS, J., “¿Qué significa una sociedad “postsecular”? Una discusión sobre el Islam en Europa”, en *¡Ay Europa! Pequeños escritos políticos*, trad. de José Luis López de Lizaga, Pedro Madrigal y Francisco Javier Gil Martín, Trotta, Madrid, 2008, p. 65.

³⁹ GENTILE, F., cit., p. 85.

⁴⁰ SEGOVIA, J. F., cit., p. 16.

La paradoja de este nuevo fundamento de legitimación del sistema reside en pretender obtener un acuerdo partiendo de las diversas posiciones estrictamente subjetivas e individuales, relativistas, de quienes participan en el diálogo, pero dejando fuera del diálogo claramente cuanto procede del ámbito de una moral autónoma e interna o cuanto implicaría simplemente entrar en el contenido de la normatividad jurídica. ¿Cuál es entonces el objeto de la discusión? Si únicamente puede el individuo manifestar la conformidad o disconformidad de la norma jurídica al procedimiento formal, si eliminamos del discurso y de la argumentación cuanto hace que nuestro comportamiento no sea predecible y, por tanto, comprobable empíricamente, eliminamos lo característico y esencial de nuestra existencia, pero también se elimina, de esta suerte, cualquier forma de oposición al sistema, cualquier derecho de resistencia que el sistema no contempla. El debate, el discurso, se sustentan sobre la base de la formalidad. Aquello que constituye la llamada acción comunicativa, en este planteamiento, constituye el mero hecho de entablar un debate, un diálogo, partiendo de posiciones que son contrapuestas y sin pretender tener en común más que el propio objeto del debate en cuanto tal.

La legitimidad del sistema político-jurídico encuentra en la democracia deliberativa su *ultima ratio*: “Según la interpretación deliberativa de la democracia, entonces, la democracia es un sistema de ordenamientos sociales y políticos que vincula institucionalmente el ejercicio del poder con el razonamiento libre entre iguales. Este concepto de la justificación mediante el razonamiento público puede representarse en un procedimiento idealizado de deliberación política, construido para captar las nociones de libre, igual y razón que figuran en el ideal deliberativo.”⁴¹

Ahora bien, qué determinan esas condiciones previas de libertad, igualdad y razón, que hacen del procedimiento deliberativo idealizado un modelo de legitimación del sistema político-jurídico sirve nuevamente para plasmar la primacía de la configuración formal por encima del análisis de cualquier contenido, continuando con un fundamento de justificación que la argumentación pública no ha sido capaz de superar.

De esta manera, los participantes se ven como libres al admitir que ninguna perspectiva moral o religiosa global “suministra una condición definitoria de participación o una prueba de la aceptabilidad de los argumentos en apoyo del

⁴¹ COHEN, J., “Democracia y libertad”, en *La democracia deliberativa*, cit., p. 244.

poder político”⁴². La libertad reside en prescindir de una perspectiva moral o global que condicione la participación o que sirva para aceptar el poder político. Con ello seguimos hallándonos en el marco de estricta separación entre moral y Derecho, que puede suponer, en un sentido contrario al anteriormente formulado, una quiebra en el procedimiento de discusión pública, porque cuando el mismo sistema político-jurídico que se presenta aparentemente –y esa es una de las causas de su legitimación–, como imparcial e independiente, incide en el ámbito interno del sujeto, puesto que por otra parte se admite que busca objetivos y programas políticos, en un nuevo molde de la política donde se destaca la injerencia de la estatalidad en la vida ordinaria, entonces la única moral pública admitida consiste en el respeto a los dictados del poder político. No hay nada que pueda oponerse a un poder de dimensiones absolutas: intentar que el hombre prescinda de la razón para valorar lo que debe o no debe hacerse, aun cuando ello nos conduzca necesariamente a la confrontación con la “*statistica*”, implica renunciar, no sólo en el inicio del Estado, sino también *pro futuro*, a nuestra libertad de acción.

No se trata de formular una aceptación del poder por razones morales, de lo que se trata es de no acatar el poder cuando éste incide en aquello que nos define como hombres y que conlleva un acto de raciocinio. Si nuestra participación en el proceso de deliberación pública se reduce a afirmar la justificación formal del ordenamiento, sin entrar en el fondo del problema, es evidente que la discusión, sólo por el mero hecho de entablarla, tiene que llegar a un consenso. El consenso no surge del posible acuerdo en torno a lo que exigimos concretamente del ordenamiento, en cuanto examen del conjunto de mandatos coercitivos, sino de la necesidad de entablar un debate amañado desde el principio, en cuanto que se pretende dialogar sobre la aceptación necesaria del poder y el análisis, siempre perfecto, de la adecuación a un procedimiento formal. Las contradicciones, los enfrentamientos, en una nueva vuelta de tuerca del discurso tardo modernista respecto del pensamiento hobbesiano, se solapan en la medida en que todo lo que, incluso desde la perspectiva kantiana, puede ser subjetivo y relativista debe quedar al margen. El Estado ha ido anulando progresivamente cuanto puede socavar los cimientos de una seguridad que se consigue cercenando cualquier libertad de acción, cualquier derecho de resistencia, cualquier enjuiciamiento racional de la realidad político-jurídica. ¿Cuál es entonces el objeto de la discusión? La mera sujeción a una geometría legal y estatal.

⁴² COHEN, J., “Democracia y libertad”, cit., p. 245.

Los participantes en la discusión pública han ser también iguales, lo que equivale a señalar que son formalmente iguales, esto es, que “los participantes no se consideran colectivamente ligados en lo moral por el sistema de derechos vigente, salvo en la medida en que ese sistema establece el marco de deliberación libre entre iguales; antes bien, consideran ese sistema como objeto potencial de su juicio deliberativo”⁴³. En suma, hay una vinculación moral al sistema político-jurídico, quizá la única clase de moral que se permite verter y trascender al ámbito público. La igualdad reside en que ninguno tiene ventaja o desventaja para participar en el debate público. Ahora bien, si para participar en términos de libertad y de igualdad hay que prescindir de todo aquello que según el sistema no es objetivo, hay que dejar al margen principios, juicios y valores que pongan en peligro la seguridad estatal, la desventaja se plantea claramente en cuanto cercena la capacidad de un individuo de manifestar y de expresarse libremente. La libertad es formal por el hecho de anular el contenido del discurso y limitarse nuevamente al simple planteamiento de un debate. Somos libres pero sólo en la medida en que el sistema ha definido los requisitos de la libertad.

Y en cuanto a la condición de ser sujetos racionales, quienes sostienen el planteamiento legitimador de la democracia deliberativa parten ya de la base de que ni siquiera un procedimiento deliberativo ideal asegurará el consenso, porque es un ideal el sostener que hay que buscar que las partes intervinientes en el debate busquen razones aceptables para los otros. Consiguientemente, el problema viene determinado en torno a qué clase de razones son más plausibles que otras y aquí ya sólo queda el recurso a la mayoría, dado que “el acuerdo sobre valores políticos no significa acuerdo sobre su correcta combinación”, de manera que “el hecho de que una propuesta tenga apoyo mayoritario valdrá por sí mismo, por lo común, como razón para respaldarla. Incluso quien esté en desacuerdo podrá, entonces, aceptar como legítimos los resultados de un procedimiento deliberativo”⁴⁴.

El recurso a considerar como razonable lo que es aceptado por la mayoría no consigue eludir el problema de determinar previamente el criterio de racionalidad. La democracia deliberativa establece límites para el ejercicio de la razón, de donde los seguidores racionales, en sus propias palabras, no pueden aceptar en el marco del razonamiento público, esgrimir argumentos

⁴³ *Ibid.*, p. 245.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 246.

que proceden de un juicio contradictorio con el sistema y cuyo enfrentamiento no se refiera a la adecuación formal de las normas. Menos aún, si la oposición o la no aceptación de las normas jurídicas deriva de opciones morales (incluso de una moral laica) o religiosas. Hay un requisito que explica claramente los argumentos a favor siempre de la legitimación del sistema *per se* y es el principio de la inclusión deliberativa, que no es más que dejar fuera del debate todo cuanto no permita que estemos incluidos en el mismo o lo que es igual, el sujeto privado para ser libre e igual ha de utilizar los argumentos que la propia democracia deliberativa considera previamente como argumentos racionales, que no es otra cosa que lo políticamente correcto, lo políticamente conveniente.

Lógicamente, de aquí se deducen una serie de premisas. La primera es que la democracia deliberativa no es tanto un instrumento para legitimar la praxis política, sino un fin, un concepto que termina por identificarse con la misma "statistica". La propuesta de diálogo es meramente formal y el acuerdo, el consenso, garantiza su resultado desde el principio, puesto que eliminamos previamente de la discusión la determinación de un contenido normativo y nos limitamos a aceptar que la racionalidad de los argumentos deriva de la forma de proceder discursivamente, sin apelar a esencias, principios, valores y mucho menos convicciones morales o religiosas. Parece que entonces el objeto de la discusión, y en última instancia, la legitimación del sistema, proviene del modo de comunicar formalmente los discursos, de la mera acción comunicativa y no del fondo de la discusión que desaparece en aras, nuevamente, del proceder metodológico. Caminamos así de la esencia del hombre a una simple apariencia del mismo. El giro de esta visión conlleva el superar la subjetividad de las posiciones iniciales confrontadas mediante la vía de la objetividad metodológica del discurso, que elude ahondar en cuestiones que aludan –en un ámbito de exclusión bastante amplio– al fin natural del hombre, que impliquen una visión teocéntrica o metafísica, que se manifiesten como irracionales por oposición a cuanto la mayoría ha venido a aceptar o que planteen nuevas condiciones para formular el discurso público. Mucho menos cabe sostener la existencia de derechos que el hombre posea en cuanto tal, independiente de su status de ciudadano, derechos que le pertenecen en su nuda existencia corporal y espiritual y que rompen, de alguna forma, la armonía de la geometría legal⁴⁵.

⁴⁵ CALABRÒ, G. P., *Diritto alla sicurezza e crisi dello Stato costituzionale*, cit., p. 75.

Y no sólo eso: la configuración de la sociedad humana debe atravesar por los estrechos cauces que el Estado moderno determina y por el sendero marcado por un procedimiento, tanto jurídico como político, en esta nueva acepción del término, que sólo es capaz de resolver los problemas técnicos a los que es posible darles una solución científica, pero que no es capaz de resolver el problema que representa la misma existencia personal del hombre, para el cual la condición humana es tan sólo un factor a tomar en consideración.

Pretender que el comportamiento humano sea objeto de una ciencia y edificar sobre estos resquebrajables cimientos la praxis política sólo revela como “la rinuncia alla verità ha portato lo Stato moderno a cercare un fondamento diverso dalla socialità naturale dell'uomo: un fondamento convenzionale. La socialità è diventata, così, un artificio e la politica un inconveniente la cui impossibile spiegazione dimostra l'irrazionalismo di tutte le opzioni razionalistiche. La politica si è trasformata in mero potere, ingiustificato, dell'uomo sull'uomo”⁴⁶.

Prueba de ello es la legitimación absoluta, sin condiciones del Estado, que ha subsumido la legitimidad dentro de la legalidad, pero también el debate público en los límites marcados por el propio Estado, por mucho que se presente bajo la óptica de “social, democrático y de Derecho”. La controversia y la necesidad de proceder a un acuerdo, hace que tal acuerdo común, en las premisas mantenidas anteriormente, tenga que ser por fuerza el fundamento de participación de la sociedad, aunque limitada, en la justificación del Estado. El partícipe en el juego político, sujeto libre, igual y racional, ha de ser técnicamente solidario con el resultado de la deliberación, aun cuando esta deliberación quiebre alguno de los aspectos fundamentales que le definen como hombre y le conviertan en un autómatas de fácil inclusión en el engranaje de esa máquina artificial que llamamos Estado. El proceso deliberativo es, al tiempo, un proceso de dominio ideológico, puesto que de los objetivos políticos encauzados mediante los partidos, no es posible prescindir, en cuanto que piezas también necesarias de la construcción artificial. En este juego el individuo representa el papel de ciudadano, papel necesario para la deliberación –negarse a participar en el discurso deliberativo podría ser interpretado como el recurso de una libertad de acción prohibida–, pero papel exclusivamente formal, dado que el sentido y la orientación del debate están dirigidos

⁴⁶ CASTELLANO, D., *La razionalità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, p. 69.

desde el Estado y no cabe revisar los presupuestos que sostienen al Estado y al Derecho, instrumento y herramienta de aquél. La utilización del lenguaje resulta vital en este planteamiento discursivo-deliberativo, porque al modo de Wittgenstein podemos descubrir debajo del lenguaje una realidad encubierta. Lo que importa es que el cuadro general del discurso contenga la finalidad del acuerdo antes de proceder a determinar cuál es el objeto de la discusión, de manera que no cabe una vuelta atrás. El resultado final conlleva la justificación del modelo de Estado históricamente existente y ello que podía perfectamente haberse expresado en los términos de una dominación del Estado sobre el individuo, tiene que encubrirse bajo la máscara, que no esconde la Gorgona del poder, de un proceso en el que hay que manejar los requisitos para participar en el debate, a modo de exigencias que han de ser necesariamente cumplidas y aceptadas por los partícipes, pero en el que hay que utilizar también la racionalidad del individuo de forma que ésta discurra por los estrechos cauces que ofrece la “statistica”.

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.