

La fundamentación del Derecho a partir de principios y mediante procedimientos^{1,2}

Hasso Hofmann

Catedrático de Filosofía del Derecho,
Historia del Derecho y Derecho Público.
Universidad Humboldt de Berlín.

I. El Derecho se concibe como sistema social con determinadas instituciones, reglas, ideas y procedimientos. De ahí que sea susceptible de distinto tratamiento: desde la Historia, la Ciencia de la Cultura, la Sociología, la Ciencia Política, la Ciencia Económica. Como fenómeno, el Derecho nos plantea la cuestión de cuál sea la peculiar naturaleza de sus instituciones, sus reglas, sus ideas y sus procedimientos comparados con otros fenómenos culturales; qué naturaleza especial diferencia de las proposiciones de la moral o de la política los enunciados jurídicos (*Rechtssätze*): cuál es la estructura y cómo funciona el Derecho en cuanto sistema social. Tales cuestiones históricas, sociológicas o, especialmente las últimas, de Teoría del Derecho, son planteadas desde la posición de *un observador* extramuros del sistema jurídico, que contempla los diferentes fenómenos culturales. La cuestión es distinta, cuando se pregunta uno por la noción fundamental, de qué idea se tiene de *qué sea Derecho*, deviniendo la propia persona que se plantea la cuestión *un participante*, al menos, moralmente involucrado en el sistema de Derecho. Y ello

¹ Lección inaugural, *II Curso Jean Monnet* de Derecho común Europeo sobre *La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros*, Cátedra Jean Monnet de Cultura Jurídica europea, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Noviembre 1999.

² Versión española de JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES.

debido a que desde la perspectiva misma del sistema jurídico la pregunta reza, *¿qué es ajustado a Derecho (Recht) y qué no lo es (Unrecht)?* Y tal cuestión se plantea no solamente en caso de un conflicto concreto, en un litigio entre partes, digamos, sobre daños y perjuicios, sino también en términos más generales en la controversia en torno a *qué sea ajustado a Derecho (Recht) o qué no lo sea (Unrecht)* en el gravamen fiscal, en la procura de atención sanitaria, en las relaciones laborales.

Los juristas buscan la respuesta a tales incertidumbres en las leyes, en la jurisprudencia de los tribunales superiores (*Präjudizien* de los *Obergerichte*), en Comentarios y manuales doctrinales de especial prestigio, así como en la Constitución y la jurisprudencia constitucional. Kant ha denominado *empírico* este método de los juristas, orientado al *Derecho positivo*. Hegel habla en el mismo sentido de *la ciencia histórica de los juristas*. Ambos consideran insuficientes tales planteamientos de los juristas profesionales. *Qué sea conforme a Derecho (quid sit iuris)*, dice Kant, *esto es, qué digan o hayan dicho las leyes en un determinado lugar y tiempo, podrá* (el jurista profesional) *declararlo: pero lo que se le oculta es si es de Derecho (Recht sei) lo que querían* (las leyes), *y cual es el criterio general para reconocer qué sea Derecho (Recht) y qué no se ajusta a Derecho (Unrecht) (iustum et iniustum)* ...Por ello, Kant concluyó que es una necesidad filosófica, buscar los fundamentos últimos de la diferencia entre *lo que es acorde a Derecho (Recht)* y *lo que no lo es (Unrecht)* en la razón pura, en la conciencia del sujeto pensante. Y no por accidente, un filósofo español ha caracterizado a Kant como el *clásico del subjetivismo innato*.

II. Y *¿qué criterio de lo que es conforme a Derecho (des Rechten)* a partir de la razón pura se encuentra en la conciencia de la filosofía crítica? El jurista se siente tentado a pensar que es el principio de la justicia. Enseñaba ya Ulpiano, el jurista romano, que el Derecho (*ius*) toma su nombre de la justicia (*iustitia*). Y los glosadores medievales hablaban de la justicia como de *la madre del Derecho*.

¿Debemos pues al *principio de la justicia* —por más que se trate de un *concepto indeterminado*— que el Derecho (*Recht*) *se ajuste a Derecho (recht sei)*? ¿Es la justicia el criterio que convierte el Derecho (*Recht*) en *ajustado a Derecho (zum Recht macht)*? ¿Es la justicia lo que singulariza al Derecho (*Recht*) de lo que *no es ajustado a Derecho (Unrecht)*, lo que diferencia a los Estados de una mera banda de ladrones, como escribiera San Agustín, el padre de la Iglesia?

No era ésta la respuesta que daba a la cuestión el Idealismo alemán. La medida de lo *ajustado a Derecho, de la rectitud o corrección* del Derecho es la libertad del hombre, según Kant. *Solamente hay un derecho natural, la libertad*, de creer a la teoría kantiana del Derecho. Kant define en consecuencia el Derecho, no a partir de la justicia sino desde la libertad: *el Derecho es el orden bajo el que puede coexistir la libertad de cada cual con la libertad de los demás según una ley igual para todos*. Con ello, la justicia se residualiza, deviene secundaria, como se evidencia en el ensayo de Kant *Sobre la Paz perpetua*. Este diseño filosófico de un orden mundial de paz cuya estructura asegure su perennidad, se funda plenamente en *el principio de la libertad republicana*, y relega el empleo del término *justicia* a la Administración estatal de justicia. Solo a primera vista es distinta la respuesta que da Hegel a la *pregunta filosófica transversal*, dirigida contra la *ciencia histórica* de los juristas, sobre *la rectitud o corrección (Richtigkeit)* de las leyes positivas. Según Hegel, ello depende de *si y hasta qué extremo son las leyes razonables (vernünftig)*. Las leyes satisfacen la condición de *razonabilidad*, en la medida en que contribuyan en una determinada *res publica* a la consciente interpenetración del Derecho y la moral, actuando como elementos de la *eticidad (Sittlichkeit)* hegeliana. Y la misma es definida en perspectiva histórico-universal como *la idea de la libertad respecto del mundo actual y de la conciencia de sí mismo (Rechtsphilosophie & 142)*.

La idea del Derecho como fundado únicamente en la libertad de los hombres, y sólo por mor de la libertad indivi-

dual: he aquí una de las formas posibles de fundamentar *la corrección (Richtigkeit) y vinculatoriedad general del Derecho*. Esta (*primera*) posibilidad puede entenderse como fundamentación del Derecho a partir de *principios o valores*. Podemos llamar tal recurso a *principios preordenados a todo ejercicio de la potestad normativa* la fundamentación *ético-jurídica* del Derecho —toda vez que por *ética jurídica* entendemos un enfoque *del Derecho* que reconoce la existencia de criterios morales para evaluar las normas jurídicas; un enfoque, por tanto, que está orientado a valores, y que en este sentido comporta el contrapunto de toda teoría formal, funcional, positivista o sociológica del Derecho.

Los derechos humanos son el estándar europeo-nordatlántico para una tal fundamentación ético-jurídica del Derecho a partir de principios. La Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948), los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966), la Convención Europea de Derechos del Hombre (1950) y las garantías constitucionales de derechos fundamentales de las Constituciones estatales europeas son los parámetros para evaluar la *corrección* del Derecho (*richtiges Recht*). Es sabido que el Tribunal de Justicia de las Comunidades procura inferir de todo ello *principios generales de Derecho* que gravitan sobre el Derecho Comunitario. El intento de construir una teoría de los principios del Derecho tropieza con la siguiente dificultad: los principios de la libertad, la igualdad, el derecho a la vida y la dignidad humana tienen en cuanto *derechos del hombre* pretensión de validez universal. Y, sin embargo, son expresión de un círculo cultural tan particular como el europeo-nordatlántico. Su validez está ligada a las condiciones políticas, sociales, económicas, físicas e intelectuales de tal área cultural; lo que plantea dudas sobre su universalizabilidad. Pero tal problema no es decisivo para nuestra reflexión de hoy. Ronald Dworkin, a quién tanto debe la teoría de los principios del Derecho, ha observado al respecto: *podemos preguntarnos si un determinado grupo o círculo cultural tiene derecho a pretender que sean objetivas sus propias intui-*

ciones morales. Pero ello no afecta sea a la posibilidad, sea a la necesidad de cada Sociedad de procesar críticamente las propias convicciones morales en forma de una teoría coherente de lo correcto (des Richtigen). Por tanto, puedan o no evidenciarse como universalmente válidos los principios jurídicos de los Estados constitucionales europeos y del Derecho Comunitario, de lo que no cabe dudar es de la solidez de tales principios para nuestro propio pensamiento jurídico europeo. A la tradición que troquela nuestra vida y nuestro pensamiento pertenecen no solamente los principios de la libertad individual, de la dignidad humana y de la igualdad civil, del derecho a la vida y del derecho a perseguir la propia felicidad.

En un nivel más profundo, también forma parte de esta tradición la idea de justicia. Desde el siglo XVII, la misma se ha visto relegada a un segundo plano por el *pathos* de la libertad. La Ilustración y el Idealismo la han convertido en una categoría secundaria —hasta el extremo, de que la promesa a los proletarios del *Manifiesto Comunista* no es la justicia sino la libertad. Y sin embargo, habida cuenta de la miserable condición de los trabajadores de la industria, la idea de la justicia va a retornar en una nueva versión el año revolucionario de 1848. El sacerdote, filósofo y patriota Conde Rosmini -Serbati publicó en Milán en tal fecha un *Progetto di costituzione secondo la giustizia sociale*. De un lado, se trataba de una vuelta a la idea aristotélica del orden político justo; de otro, estamos ante una nueva acuñación de la misma: nunca hasta ese momento se había dado la vinculación entre la *iustitia* y *lo social*. Desde tales orígenes, la idea de justicia social en el sentido de un orden social justo, equilibrado, será impulsada en una fase inicial por el socialcatolicismo francés y el movimiento obrero llegándose a plasmar en nuestro actual postulado del Estado social de Derecho. Entretanto el neoliberalismo le ha declarado la guerra. Pero no es el momento de descender sobre el particular.

III. No es nueva la fundamentación de *la corrección (Richtigkeit) y vinculatoriedad del Derecho* a partir de

principios ético-jurídicos comunes. Más bien hay que decir, que la historia del Derecho en Europa conoció un magno proyecto en los albores del Renacimiento. Se trata de la obra *De iure belli ac pacis*, de Hugo Grocio, que marca una época. Esta obra del holandés, escrita en 1625 en el exilio francés, tuvo una amplia y profunda influencia a lo largo y ancho de Europa. A fines del Siglo XVII se desarrolló como género literario la glosa del libro o la literatura secundaria sobre él. La recepción de Grocio tuvo su culminación en Alemania en la obra de Pufendorf, en la primera mitad del Siglo XVIII. Los nombres de Tomasio, Cocceji, Wolff, Leibniz y otros hablan por sí mismos.

¿A qué se debía tal fascinación? El cisma de la fe y de la unidad religiosa había acabado prácticamente con la pretensión de los teólogos de deducir de la ley moral cristiana (*Sittengesetz*) reglas del orden secular vinculantes para todos. A partir del inicio de la Reforma cualquier intento semejante de fundamentar el Derecho secular acababa hecho trizas en el fragor de las luchas religiosas. En tal situación de profunda inseguridad intelectual de Europa, Hugo Grocio se propuso encontrar un nuevo fundamento del Derecho secular al margen de las luchas religiosas. Bajo el viejo nombre de *Derecho Natural y de Gentes*, Grocio volvió sobre el acervo de la historia intelectual europea para destilar una serie de *principios comunes* religiosamente neutrales. Grocio pensaba que era posible inferir de la Antigüedad pagana y de la tradición cristiana —especialmente del Derecho Romano— una conciencia jurídica común europea. La mayor parte de sus citas —580— proceden del *Corpus Iuris Civilis*. Le siguen en frecuencia, el Viejo Testamento (438), Plutarco (299), Cicerón (290), Séneca (247), el Nuevo Testamento (230), Livio (225), San Agustín (177), Aristóteles (162), Juan Crisóstomo (148), Josephus (130), Tácito (124), Filon (121), Procopio (18), el *Corpus Iuris Canonici* (107), Tertuliano (59), Eurípides (85), Homero (77), Juan de Mariana (76), Platón (64), y, con 58 citas Francisco de Vitoria, uno de los fundadores de la Escuela de Salamanca. Por supuesto que se trataba de dar al propio discurso un cierto lustre de erudición huma-

nista. El propio Grocio lo ha reconocido (Prol. 47). Pero ello no empece a la importancia metodológica fundamental de la condensación de tales materiales: Grocio creía poder probar los fundamentos del Derecho, precisamente a partir de las numerosas citas de las más variadas fuentes, no necesariamente relacionadas entre sí. Grocio argumentaba con el hecho de que *si muchos dan por cierto lo mismo en diversos tiempos y circunstancias, ello ha de deberse a su origen en un fundamento común de validez general*. Y este fundamento común, de cuya existencia resultan indiciarias las múltiples coincidencias, no podía ser sino una deducción correcta a partir *de los principios de la naturaleza*, o bien *un acuerdo general*, un *communis consensus*.

Ciertamente, la obra no llegó a influir entre y por encima de las confesiones en la medida en que lo habría deseado el autor calvinista. Su recepción tuvo lugar sobre todo en las universidades protestantes. Pero la temática del libro, el recurso a los principios del racionalismo natural y la marcada referencia a personalidades de la *nueva Escolástica española* muestran, cuando menos, la relación complementaria de la obra con las más recientes teorías del Derecho Natural del *campo católico*. En España, el descubrimiento del *Nuevo Mundo* había conducido a anular la pretensión del Papa y del Emperador de potestad universal, junto con la fundamentación de la misma basada en las antiguas deducciones escolásticas. Como un siglo después la Guerra de los Treinta Años llevará a Grocio a pensar su obra, la política colonial española dio un *motivo específicamente español* a Francisco de Vitoria, para reflexionar sobre *el Derecho de la Guerra*, esto es, sobre la justificación iusnaturalista del empleo de la violencia en términos tan innovadores que significaban el abandono de la doctrina tradicional. Y la renovación del *tomismo* en la Neo-Escolástica de la Escuela de Salamanca significó, sobre todo, activar la *razón natural* de Aristóteles, a quién Tomás de Aquino había cristianizado e integrado en la tradición del pensamiento cristiano. Así, no es casual que los primeros registros en la Edad Moderna de la doctrina del pacto social y político como fundamento

jurídico del Estado —posteriormente, pieza medular de la filosofía del Derecho y del Estado de la Ilustración— los constatemos en Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Juan de Mariana y Francisco Suárez. Uno de mis primeros trabajos científicos, hace ya cuarenta años, consistió precisamente en seleccionar y traducir del latín tales textos.

Esta idea del contrato o pacto social es precisamente el símbolo de una fundamentación humana del Estado y del Derecho por el acuerdo de los sujetos jurídicos integrantes de la *comunidad de Derecho* (*Rechtsgenossen*). Esta idea del consenso aparece en Grocio de forma doble. Por un lado, un rasgo común de la tradición muestra que los hombres han deducido las mismas *deducciones correctas de la razón*. Por otra parte, enseñó Grocio, *cuanto es acatado en todas partes y no se deja inferir de la razón mediante seguras conclusiones a partir de determinados principios*, debe tener otra explicación. Y la misma reside en *la voluntad libre* de los hombres, de los individuos y de los pueblos. La voluntad libre crea Derecho precisamente en torno a y mediante el contrato o pacto social. Tal fuerza de obligar la recibe el contrato o pacto precisamente de la voluntad de los contratantes a obligarse. Entretanto, el contrato aparece como una forma habitual y por ende *fuerza natural* del Derecho, especialmente del entero Derecho Civil de un conjunto de hombres constituidos en un Estado (Prol. 15).

IV. Aquí nos las habemos con una doble doctrina del consenso, que sirve de fundamento al Derecho, y que opera como parámetro del mismo. La misma combina elementos cognitivos y voluntaristas. Y tal *bipolaridad* impregna hasta hoy nuestra idea nordatlántico-europea de la justificación, de la legitimidad del Derecho. Los Estados constitucionales liberal-democráticos fundamentan su Derecho Constitucional en determinados principios. Se trata de principios de los que se ha cobrado conciencia, y que desde la Ilustración han sido identificados y proclamados como *de carácter racionalmente necesario*. Aparecen en las Constituciones en forma de *declaraciones de derechos*, nor-

mas estructuradoras y enunciados de fines del Estado (*Staatszielbestimmungen*). El segundo polo de la legitimación lo forman los preceptos constitucionales que —directa o indirectamente— organizan la formación democrática de la voluntad política popular.

Más arriba hemos hablado sobre una de las vertientes —la fundamentación y el enjuiciamiento del Derecho a partir de y según principios. Nos resta abordar la segunda vertiente del tema que nos hemos propuesto: la fundamentación de la corrección y la vinculatoriedad del Derecho mediante procedimiento.

Una cosa está clara, una vez establecida una regla con el consentimiento de todos los potencialmente afectados, nadie que sufra menoscabo por su aplicación puede considerar que el precepto y su ejecución sean injustos. Tal persona defraudaría las expectativas legítimas y se colocaría en inconciliable contradicción respecto de su anterior comportamiento. De ahí que una regla del *Derecho Común* diga, *volenti non fit iniuria*. Pero semejante justificación no nos lleva muy lejos; porque ¿en cuántos casos votan realmente todos los afectados? Y, aún en el caso de que en su momento votaran todos, ¿qué hay de quienes se han incorporado con posterioridad? ¿Cómo es posible extraer consecuencias normativas del mero hecho de que exista un acuerdo —por amplio que éste sea? ¿Cómo es posible justificar la corrección de una determinada norma a partir de un consenso que ha podido ser accidental, y que tal vez se haya formado bajo unas determinadas circunstancias por motivos arbitrarios, pero que bajo condiciones distintas ha podido tener un tenor distinto? En romance paladino: ¿cómo puede de la *volonté de tous*, de la mera suma de votos individuales, resultar una *volonté générale* en forma de ley? Esa es justo la pregunta que se hizo Juan Jacobo Rousseau, el teórico de la democracia directa. Y aún hay más: ¿Cómo puede una, en vez de unánime, mera decisión mayoritaria producir tal *voluntad general*? Hay una respuesta: en el proceso de toma de decisión, determinados presupuestos deberán estar garantizados. Con otras palabras, la formación de consenso deberá ser concebida como

un procedimiento que satisfaga ciertas condiciones. Rousseau exigía para la formación de la *voluntad general* universalidad del sufragio y generalidad del objeto. Es decir, participación real de todos los sujetos jurídicos (*Rechtsgenossen*) en el sufragio y limitación de la votación a asuntos o cuestiones generales o abstractas. De ese modo se debía garantizar que la decisión no afectara concretamente a nadie en particular, porque ello habría podido afectar a la orientación espiritual hacia el *bien común*, que debe caracterizar a todo ciudadano virtuoso. Por la misma razón, pensaba Rousseau, todos los ciudadanos deberán haber sido convenientemente ilustrados y no será lícito que formen grupos de interés.

Evidentemente, ésta no es y no puede ser nuestra actual teoría de la decisión democrática por mayoría. Pero lo que sí es cierto, en cambio, es que hoy día el reconocimiento de un consenso o de una opinión mayoritaria como producto de la formación democrática de voluntad política depende de la observancia de determinadas reglas. El sufragio debe ser universal, igual, libre y secreto. Los diputados no deben ser reducidos a la condición de marionetas del aparato partidario. El Parlamento debe celebrar públicamente sus sesiones con respeto de los derechos de la Oposición, y tal *publicidad* de la acción parlamentaria debe corresponder a un foro de debate social abierto garantizado mediante las libertades de expresión, prensa, radio y televisión, además de las de asamblea y asociación. Entretanto, nadie cree que el debate libre y abierto vaya a producir el logro de la verdad y de la corrección absolutas. Ya lo había dicho el filósofo y político Nicolás de Cusa en el Siglo XV. Pero él se refería a los concilios de la Iglesia y estaba comprometido con una política de reformas contra la pretensión papal de supremacía. Habida cuenta además de las crecientes divisiones religiosas, pronto Nicolás de Cusa había vuelto al redil del absolutismo papal. Aristóteles y los canonistas habían sido más precavidos y habían argumentado con la probabilidad siempre refutable, de que *la verdad es más accesible al conocimiento de muchos que al de unos pocos*. Pero también hay que dejar atrás ta-

les ideas. Es únicamente la forma del debate político y no el logro más o menos seguro de la verdad absoluta, lo que justifica el resultado de la formación democrática de consenso y las decisiones mayoritarias. Es la estructura del procedimiento de decisión, la que dota a las decisiones de fuerza vinculante —por más que se trate de una vinculatoriedad por principio limitada. La decisión democrática del legislador convence en la medida en que es el producto final —vinculante— de un proceso comunicativo político libre y abierto orientado a la búsqueda de la solución correcta —en el bien entendido que el legislador no decide en la pretensión de la verdad absoluta y definitiva, sin reprimir la argumentación contraria y sin prohibir la búsqueda de diferentes y mejores soluciones. La producción democrática de Derecho no tiene por qué ser considerada sustancialmente correcta, sino tan solo deberá ser respetada hasta que una mayoría distinta halle una nueva y tal vez mejor solución. Paradójicamente, de esta forma el elemento procedimental de la alterabilidad de la decisión se convierte en el criterio de la —relativa— corrección y —limitada— vinculatoriedad de la producción democrática de Derecho.

V. Se atribuye a la llamada *teoría del discurso* el intento profundo de justificar la vinculatoriedad de las normas prescindiendo del presupuesto de verdades, valores o principios sustantivos. Su principal representante es el filósofo de Francfort Jürgen Habermas. Hace algunos años, ha aparecido su Filosofía del Derecho bajo el título *Faktizität und Geltung*³, entretanto objeto de varias ediciones y de traducción a varios idiomas.

La *teoría del discurso* parte del criterio kantiano de *universalizabilidad de las máximas morales de acción*. En discrepancia con Kant, la *teoría del discurso* afirma que la verificación de la *universalizabilidad de una máxima*, es

³ Nota del traductor Cfr. ANTONIO LÓPEZ PINA, Del procedimiento como fundamento moral. En torno a JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992, en *Revista SABER / Leer*, nº 73, Marzo 1994.

decir, la investigación de si un principio individual de acción vale como principio de legislación general, no puede ser puesto en práctica *monológicamente* en la conciencia del sujeto individual pensante. Antes bien, tal verificación habrá de concebirse como un debate entre todos los potenciales afectados. La razón práctica, es decir, la razón individual normadora y determinadora de la acción se convierte así en razón comunicativa. Esta no produce por sí sola orientaciones sustantivas para la acción; pero sí posibilita la orientación de la acción en la medida en que conduce a un diálogo acerca de la racionalidad de la postulación de determinadas normas. Ahora bien, se requiere ciertas idealizaciones de la *situación de habla* (*Gesprächssituation*) para que el acuerdo sobre la racionalidad de una regla postulada genere normatividad.

Una gavilla de idealizaciones inevitables —entre las que se ha hecho famosa la *inmunidad del discurso frente a toda relación de poder*— forma, en palabras de Habermas, *el fundamento contrafáctico de una práctica fáctica de recíproco entendimiento que es capaz de adoptar una posición crítica respecto de los propios resultados y de transcenderse a sí misma* (pp. 18 y ss.). Como en todos los modelos de este porte, la garantía de la corrección del consenso a lograr reside en las condiciones de la comunicación: esto es, por ejemplo, en que todos los potencialmente afectados tienen la misma oportunidad de manifestar libremente su posición, en el marco de un diálogo en el que se reconocen recíprocamente la autonomía y la sinceridad, en que se atribuyen idéntico significado a los términos que emplean, se involucran sin reservas, se muestran dispuestos a asumir las consecuencias del consenso, etc. Esta *teoría del discurso* evita la *falacia intelectualista* de querer deducir de la observancia de ciertas reglas de la *racionalidad* la validez de determinadas normas morales absolutas; en concreto, evita incurrir en esta falacia recurriendo al postulado de la renovación infinita del *discurso*. A la postre, ello significa que una norma moral es válida cuando *el discurso* demuestra que *las consecuencias y los efectos secundarios que (previsiblemente) se derivan de su se-*

guimiento generalizado para la satisfacción de los intereses de cada cual, pueden encontrar la aceptación (y ser preferidas a los efectos de las posibilidades alternativas de regulación conocidas) de todos los afectados.

Esta ética discursiva no es traducible sin más en una teoría discursiva del Derecho. Ciertamente, todavía es relativamente sencillo encontrar el equivalente a las necesarias idealizaciones del fundamento del diálogo ético en la práctica comunicativa jurídica, a saber, en los presupuestos normativos del Estado constitucional, y, en concreto en la garantía de los derechos fundamentales del individuo. Pero, evidentemente, sería ya bastante menos razonable querer disociar la pretensión de validez de las normas jurídicas en su capacidad de imposición actual, respaldada por la coerción (*facticidad*) y la posibilidad objetiva, temporal y procedimentalmente abierta de justificación discursiva de su contenido (*validez*). Pero si no se quiere esto, si, dicho con otras palabras, el carácter coactivo y terminante del Derecho ha de ser incluido en la justificación de una norma, entonces hay que tomar en consideración los rendimientos sociales que cabe esperar del Derecho, y que determinan su naturaleza coactiva. A su vez, esta eficacia no es producto de una norma jurídica aislada, sino del sistema jurídico en su conjunto. Con ello, se desplaza necesariamente la médula del problema a los procesos de creación y aplicación de normas jurídicas. Pero éstos consisten en buena medida en procedimientos formalizados e institucionalizados, a los que se añaden procedimientos representativos de negociación, compromiso y decisión. Intentar abarcar todos esos procedimientos en una única *teoría ideal del discurso racional* parece tanto más difícil en cuanto que el proceso fáctico de comunicación aparece como dominado en amplia medida por el poder de los diferentes grupos de interés. A la postre, no puede sino tratarse de *la reconstrucción del entramado de discursos orientados a formar opinión y preparar una decisión que es cauce del gobierno democrático bajo el Derecho* (19).

VI. Para el constitucionalista esto no es nada nuevo. Se evidencia que es vano el intento de fundar la racionalidad y la normatividad del consenso fáctico exclusivamente en la idea de discurso. La idea de procedimiento sirve para justificar el ejercicio de la potestad normativa solamente sobre la base previa de determinados principios jurídicos —de la protección de la tutela jurídica individual de los derechos fundamentales a la regulación constitucional de la legislación parlamentaria. Y con ello, nos encontramos de nuevo con la misma prescripción de principios de dónde hemos arrancado. Pero tal vez hayamos abandonado prematuramente tal posición; bien pudiéramos dar la impresión de que tales principios o valores ético-jurídicos son magnitudes determinadas que permiten producir Derecho por vía de deducción al modo de la Escolástica. Evidentemente, ello no es así. Tales principios ético-jurídicos son solamente principios rectores, ideas regulativas. Deben ser actualizados una y otra vez mediante la argumentación y el procedimiento democrático. Ello es obviamente el caso de los *enunciados de fines del Estado* (*Staatszielbestimmungen*)⁴. Pensemos solamente en el postulado de la justicia social. Su aplicación práctica no es solamente cuestión de conocimiento correcto y de deducción lógica. Pero también los derechos fundamentales son principios rectores del desarrollo legislativo del Derecho estatal; porque contienen no solamente determinados derechos de defensa del individuo, sino que tienen también un contenido objetivo como *valores de la res publica*. Ello plantea a continuación la pregunta, de si y hasta qué extremo los derechos fundamentales contienen también obligaciones de protección del Estado; es decir, si a partir de los derechos fundamentales está el legislador obligado a adoptar cautelas para proteger bienes jurídicos contenidos en ellos tales como la vida y la salud. Y el caso es que sola-

⁴ Nota del traductor Cfr. arts. 39-52 Constitución española, vid. A. López Pina, Cap. III del Título I De los Principios rectores de la Política social y económica, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edición de Oscar Alzaga, Tomo IV, Madrid: EDERSA, 1997.

mente a través del proceso democrático es posible responder a tal cuestión.

De todo ello se desprende como conclusión para nuestra pregunta por la fundamentación del Derecho, que la respuesta no puede ser una justificación del Derecho estatal a partir de principios o, *alternativamente*, mediante procedimiento. La fórmula correcta es, *legitimación de la creación de Derecho mediante procedimiento y conforme a principios*.