

El Estado democrático de Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?¹

Jürgen Habermas

Catedrático de la Universidad de Francfort

1. El concepto moderno de democracia se diferencia del clásico, en cuanto al tipo de Derecho que lo rige, por tres notas: el Derecho moderno es un Derecho positivo, vinculante y que está estructurado de forma individualista. Se compone de normas que han sido creadas por el poder legislativo y luego sancionadas por el Estado con el fin de garantizar los derechos subjetivos. Según la concepción liberal, la autodeterminación democrática de los ciudadanos sólo se puede hacer realidad a través de este Derecho que garantiza las libertades, por lo que el concepto de un «rule of law», que ha encontrado su expresión en la idea de los derechos humanos, se pone de manifiesto junto —y conjuntamente con— la soberanía popular como una *segunda* fuente de legitimación. Esto nos hace preguntarnos por la relación entre el principio democrático y el Estado de Derecho.

Según el concepto clásico, las leyes de la democracia son la expresión de la voluntad *ilimitada* de los ciudadanos en su conjunto. Independientemente de cómo se refleje el ethos anterior de la forma de vida política conjunta en las leyes, ésta no es ninguna limitación en el sentido de que sólo puede lograr validez a través de la formación de la voluntad de los ciudadanos. Por el con-

¹ Traducción castellana por María José FALCÓN Y TELLA, del original alemán: «Der Demokratische Rechtsstaat - eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien».

trario, el principio del ejercicio del gobierno del Estado de Derecho parece poner barreras a la autodeterminación soberana del pueblo. El «Estado de Derecho» exige que la formación de la voluntad democrática no pueda atentar contra los derechos humanos que han sido estimados como derechos fundamentales. En la historia de la Filosofía política, por lo tanto, ambas fuentes de legitimación del Estado democrático de Derecho entran en conflicto. El liberalismo y el republicanismo se pelean sobre si debe tener prioridad en dicha fundamentación la «libertad de lo moderno» sobre la «libertad de lo antiguo» o viceversa. ¿Qué vienen antes, los derechos subjetivos de libertad de los ciudadanos de la sociedad económica moderna, o los derechos de participación política de los ciudadanos democráticos?

Por una parte se insiste en que la autonomía privada de los ciudadanos se expresa en los derechos fundamentales que en su contenido esencial son «inmutables» y garantizan el gobierno anónimo de las leyes. Por otra parte, según la otra concepción, la autonomía política de los ciudadanos se expresa en la autoorganización de una comunidad que crea libremente sus propias leyes. Si el razonamiento normativo del Estado democrático de Derecho quiere ser consistente, se deberá dar prioridad, al parecer, a uno de los principios que están en conflicto —los derechos humanos o la soberanía popular—. O las leyes, incluyendo las leyes fundamentales, son sólo legítimas si concuerdan con los derechos humanos, independientemente de en qué se base su legitimación, y en ese caso, el poder legislativo democrático sólo puede decidir de forma soberana dentro de esos límites, con lo que se daña el principio de la soberanía popular, o las leyes, incluyendo las leyes fundamentales, son sólo legítimas si surgen sobre la base de una formación de la voluntad democrática. En este caso, el poder legislativo democrático puede promulgar una Constitución cualquiera y, en su caso, incluso atentar contra la propia ley fundamental, con lo que se daña la idea del Estado de Derecho.

Esta claro que esta alternativa contradice una institución fuerte². La idea de los derechos humanos, concretados en los derechos fundamentales, no se puede, ni imponer desde el exterior como limitación del legislativo soberano, ni puede ser tampoco utilizada como requisito funcional para los fines del poder legislativo. En cierto modo vemos ambos principios igual de originarios. Uno no es posible sin el otro, sin que uno imponga límites al otro. La idea del «mismo carácter originario» también se puede expresar diciendo que la autonomía privada y la autonomía pública se requieren mutuamente. Ambos conceptos son interdependientes, están inmersos en una relación de implicación material. Los ciudadanos de un Estado sólo pueden hacer un uso *adecuado* de la autonomía pública, garantizada por los derechos políticos, si son, como consecuencia de una forma de vida autónoma y privada que esté asegurada en forma de igualdad, lo suficientemente independientes. Pero los ciudadanos en las sociedades sólo pueden disfrutar su autonomía privada en un plano de igualdad —estando las libertades de actuación repartidas de forma equitativa y teniendo para ellos el «mismo valor»— si, como ciudadanos de un estado, hacen un uso adecuado de su autonomía política.

Rousseau y Kant han definido esta idea con el concepto de autonomía³. La idea de que los destinatarios del Derecho se puedan considerar al mismo tiempo como sus autores, no les da a los ciudadanos reunidos de una sociedad democrática un salvoconducto voluntarista para tomar decisiones arbitrarias. La garantía legal de poder hacer o deshacer lo que se quiera —manteniéndose dentro del marco legal— es la base de la autonomía privada y no de la autonomía pública. A los ciudadanos del Estado se les exige sobre la base de esta libertad de formar la voluntad

² J. HABERMAS: «Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie» (Sobre la relación interna del estado de derecho y la democracia), en: idem, *Die Einbeziehung des Anderen*, (la inclusión del otro), Francfort. 1996, 293-305.

³ I. MAUS: *Zur Aufklärung der Demokratietheorie* (Acerca de la explicación de la teoría de la democracia), Francfort, 1992.

más bien una autonomía en el sentido de una formación de la voluntad *razonable* —aunque ésta sólo se les pueda pedir y no se les pueda exigir legalmente. Ellos deben adherir su voluntad fielmente a las leyes que resultan como consecuencia de la voluntad común alcanzada de forma discursiva. La idea de la autolegislación bien entendida establece una conexión interna entre la voluntad y la razón pues la libertad de todos —la *autolegislación*— está en relación de dependencia con la toma de posición positiva o negativa frente a la consideración equitativa de la libertad individual —de la *autolegislación*. Bajo esta condición, sólo las leyes que sirven equitativamente el interés de cada uno, pueden encontrar la aprobación razonable de todos.

Pero ni Rousseau ni Kant han podido hacer que el concepto de autonomía sea aplicable de forma inequívoca a la fundamentación de la democracia constitucional propia del Estado de Derecho. Rousseau ha situado la razón en la voluntad popular a través del proceso democrático de formación de leyes generales abstractas, mientras que Kant quería lograr este objetivo a través de la sumisión de este Derecho a la Moral. Pero esta conexión interna entre la voluntad y la razón sólo se puede desarrollar, tal y como veremos más tarde, en la dimensión del tiempo —como un proceso histórico que se corrige a sí mismo.

Es verdad que Kant, en la «Streit der Fakultäten», ha sobrepasado los límites sistemáticos de su propia filosofía, concediendo a la Revolución Francesa el rango de una «señal de la historia», manifestándose a favor de la posibilidad de un avance moral de la Humanidad. Pero en su teoría, las Asambleas Legislativas de Filadelfia y de París no han dejado huella —al menos no la huella *razonable* de un suceso histórico doble de gran relevancia, con el que, tal y como reconocemos desde una visión retrospectiva, se ha iniciado una etapa totalmente nueva. De ahí ha surgido un proyecto que durante siglos ha entrelazado el hilo de un discurso racional sobre la constitucionalidad. Quisiera recordar una investigación reciente, realizada por

Frank Michelman⁴, para mostrar que la relación, aparentemente paradójica, entre la democracia y el Estado de Derecho se diluye en la dimensión del tiempo histórico, si se comprende la Constitución como un proyecto que hace perdurar el proceso de elaboración, como un proceso de legislación constitucional que se va desarrollando durante generaciones.

2. En sistemas políticos como los Estados Unidos o la República Federal Alemana, que prevén, para la revisión constitucional de las leyes votadas en el Parlamento, una institución independiente, se realizan debates, respecto a la relación entre la democracia y el Estado de Derecho, sobre la función y la posición de ese organismo con tanta influencia política que es el Tribunal Constitucional. En los EE.UU. viene teniendo lugar desde hace tiempo un debate intenso sobre la legitimidad del control de normas (*judicial review*) que ha sido llevado a cabo por la «*Supreme Court*» (Tribunal Supremo) en última instancia. Repetidamente se expresa la convicción republicana de que «todo el poder parte del pueblo» en contra del poder elitista de expertos juristas que se pueden basar únicamente en un conflicto técnico acerca de la interpretación constitucional, cuando, a pesar de carecer de una legitimación democrática mayoritaria, anulan decisiones de un legislativo que ha sido elegido democráticamente. Esta problemática la ve Frank Michelman personificada en William J. Brennan, una gran figura de la Teoría del Derecho constitucional reciente. Él describe a Brennan como a un liberal que defiende las libertades individuales de una forma interpretativa que se basa en la Moral; además le describe como a un demócrata que radicaliza los derechos políticos de participación y de comunicación y que quiere dar voz tanto a los sin voz y a los marginados como a las opiniones discrepantes y opositoras; también le caracteriza como a un socialdemócrata que está muy sensibilizado respecto a las cuestiones de la justicia social; y finalmente le describe

⁴ FRANK MICHELMAN: *Brennan and democracy*, Princeton U.P., 1999.

como a un pluralista, que, sobrepasando una comprensión liberal de la tolerancia, defiende una política sensible respecto a las diferencias, que tiene en cuenta a las minorías culturales, étnicas y religiosas. En pocas palabras, Michelman nos presenta a Brennan en la imagen del pragmatismo americano, como ejemplo de un republicanismo contemporáneo, para así poder enfatizar la cuestión que nos interesa: Si un demócrata convencido, con esta mentalidad, utiliza ampliamente y sin escrúpulos el —desde el punto de vista democrático— dudoso instrumento del control de normas en su papel de juez federal constitucional intervencionista, quizás la jurisprudencia acuñada por él nos permita descubrir el secreto de cómo puede ser compatible el principio de la soberanía popular con el principio del Estado de Derecho.

Michelman pone el caso de Brennan como un ejemplo de un «*responsive judge*» (juez responsable), que se ha calificado como un intérprete de la constitución *que no es democráticamente sospechoso*, porque, antes de dar su sentencia según su mejor ciencia y conciencia, se expone, lo más pacientemente que le resulta posible y de forma curiosa, hermenéuticamente sensible y dispuesto a aprender, a la multitud de voces correspondientes a los discursos llevados a cabo por parte de la sociedad civil y de la opinión pública política. En la interacción con el gran público, frente al cual se siente responsable, el experto jurista debe hacer una aportación a la legitimación democrática de una sentencia que ha dictado un juez constitucional que en todo caso no tiene una legitimación suficiente: «es una cuestión sobre la mayor o menor fiabilidad del intérprete y sobre lo que podemos y debemos hacer para aumentarla... Y una condición que piensa que contribuye enormemente a la fiabilidad, es la exposición constante del intérprete —el lector moral— a la totalidad de las diversas opiniones acerca de la exactitud de una u otra interpretación, interpretación que ha de realizarse libremente y sin haber sufrido inhibiciones por parte de los diferentes miembros de la sociedad, escuchando lo que tienen que decir los demás sobre las diferentes historias de sus vidas, de sus situacio-

nes cotidianas y sobre sus percepciones acerca de sus intereses y sus necesidades⁵».

Al parecer, Michelman se deja guiar por la intuición de que surge una interacción entre la actuación discursiva del tribunal y una sociedad movilizada y que esta interacción tiene consecuencias positivas para ambas partes. El tribunal, que sigue siendo independiente, amplía su base para las decisiones que toma, y también el punto de vista de los expertos se amplía. Y para los ciudadanos, que influyen en el tribunal a través de las opiniones públicas provocativas, aumenta al menos la legitimación del proceso de toma de decisiones. Para poder juzgar lo que este modelo pueda aportar a la solución de la aparente paradoja, se debería analizar detalladamente el papel que juegan en la práctica de la toma de decisiones del tribunal la ofensiva discursiva por parte de la opinión pública y la aportación funcional que debe tener ésta con respecto a la aceptación de las sentencias. Pero me temo que son más bien las causas pragmáticas y las circunstancias históricas las que son determinantes para ver cómo se debe *establecer* mejor la tarea del control de normas en un contexto dado. Estas posibilidades de la institucionalización deberán ser juzgadas seguramente según los principios de la soberanía popular y del Estado de Derecho, aunque de la conjugación y el funcionamiento combinado de estos principios no resultan soluciones ideales.

Para nuestro planteamiento principal del problema, pienso yo, sin embargo, que el *camino* por el que Michelman llega a su modelo del juez que «responde responsablemente» es más interesante que la propuesta en sí. Desde hace tiempo, Michelman está analizando tres posiciones (que él ve representadas por Ronald Dworkin, Robert Post

⁵ «It is a question of the interpreter's greater or lesser reliability *and of what we can do to bolster it...* And one condition that you think contributes greatly to reliability is the constant exposure of the interpreter —the moral reader— to the full blast of the sundry opinions on the questions of rightness of one or another interpretation, freely and uninhibitedly produced by assorted members of society listening to what the others have to say out of their diverse life histories, current situations, and perceptions of interest and need».

y por mí). A continuación esbozaré los argumentos y los contraargumentos de tal manera que esas tres posiciones «se analicen por separado», según las buenas costumbres dialécticas.

Según la concepción liberal, el proceso legislativo democrático exige, cuando pretende alcanzar normas legítimas, una determinada forma de institucionalización jurídica. Una «ley fundamental» se introduce como una condición necesaria y suficiente para el proceso democrático en sí, no como su resultado: *democracy cannot define democracy* (La democracia no puede definir la democracia). Pero la relación entre la democracia como fuente de legitimación y un Estado de Derecho que no necesita de una legitimación democrática, no es en ningún caso una paradoja, ya que las normas constitucionales que son *las que hacen posible* una democracia, no pueden *limitar* la práctica democrática en forma de normas impuestas desde fuera. Una aclaración sencilla de los conceptos hace que la supuesta paradoja desaparezca: «*enabling conditions should not be confused with constraining conditions*» (las condiciones que posibilitan no deberían ser confundidas con condiciones que limitan).

La demostración de que la Constitución es en cierto modo inherente a la democracia, es seguramente obvia. Pero el argumento presentado no es suficiente para su fundamentación, ya que sólo se refiere a la parte de la ley fundamental —que es inmediatamente constitutiva para el establecimiento de la formación democrática de la opinión y de la voluntad— formada por los derechos políticos de participación y de comunicación. Pero el núcleo de los derechos fundamentales está formado por los derechos liberales clásicos, habeas corpus, la libertad religiosa, el derecho de propiedad, en pocas palabras: todos los derechos y libertades que garantizan la autonomía en la configuración de la propia vida y el seguimiento del bien propio (*pursuit of happiness* [búsqueda de la felicidad]). Estos derechos liberales fundamentales protegen aparentemente los bienes que también tienen un valor *intrínseco*. Estos no se compensan en la función instrumental que puedan

tener para el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos. Como las libertades clásicas no tienen, en ningún momento, de forma primaria, el objetivo de determinar la condición de ciudadanos del Estado, basta para los derechos fundamentales liberales, al contrario de lo que ocurre con los derechos fundamentales políticos, su fundamentación en el hecho de que hacen posible la democracia.

Según el concepto republicano, la esencia de la constitución no entrará en conflicto con la soberanía popular sólo si la constitución misma surge de un proceso que incluya la formación de la opinión y de la voluntad popular. Pero en ese caso debemos concebir la autodeterminación democrática como una autoconciliación ético —política no forzada de una población acostumbrada a vivir en libertad. Bajo esta condición, los principios del Estado de Derecho no se ven dañados, ya que encuentran el reconocimiento necesario como parte integral de una *ética democrática*. Estos estarán arraigados de forma menos forzada y más duradera en los motivos y las conciencias de los ciudadanos, a modo de inmunización jurídico-formal contra la voluntad de cambiar la constitución por parte de mayorías tiranas. Lo que ocurre es que este razonamiento adolece de una *petitio principii*. Porque presupone en la mentalidad histórica y en la cultura política de la sociedad exactamente las orientaciones de valores liberales, que hacen que se pueda prescindir de una coacción legal por costumbre y por determinismo en base a convicciones morales.

3. La concepción democrática cobra otro sentido respecto a los procedimientos, si la expectativa racional de una autoformación democrática de la opinión y de la voluntad autolimitante se traslada del recurso a un consenso de valores ya existente hacia las cualidades formales del proceso democrático. Los neoaristotélicos tienen que confiar en el corte liberal y en la fuerza de una forma de vida democrática, creadora de tradición; sin embargo, los republicanos kantianos radicalizan la idea de que el con-

cepto de derechos humanos es intrínseco al proceso de formación de una voluntad razonable: los derechos fundamentales son respuestas a los requerimientos de una comunicación política entre extraños que se basa en resultados racionalmente aceptables. La Constitución cobra con ello el sentido de ser un procedimiento de establecer formas de comunicación que posibiliten, según las necesidades normativas y el específico contexto, un equilibrio de intereses justo para la utilización pública de la razón. Como ese conjunto de condiciones posibilistas se tiene que realizar dentro del marco del Derecho, éstos abarcan, tal y como vamos a ver más adelante, tanto a los derechos liberales, de libertad, como a los derechos políticos, de participación.

Michelman describe los postulados fundamentales de esta concepción de la democracia deliberativa sin ocultar cierta simpatía por ella:» Primero, la convicción de que sólo como consecuencia de un debate democrático, cada uno puede esperar lograr una aproximación fehaciente a respuestas verdaderas acerca de cuestiones sobre la justicia de normas constitucionales consistente en la universalización de los intereses de cada uno o en su hipotética aceptación unánime en un discurso democrático; y, segundo, que sólo de esta forma cada uno puede esperar obtener el control de las condiciones históricas relevantes que permitan crear para el país en cuestión, de forma factible una interpretación apropiada de cualquier norma práctica abstracta que pueda pasar los tests sobre su justicia, su universalización y su aceptación democrática-discursiva⁶.

Pero Michelman tampoco cree que este concepto de democracia deliberativa sea capaz de resolver la aparente

⁶ «First, a belief that only in the wake of democratic debate can anyone hope to arrive at a reliable approximation to true answers to questions of justice of proposed constitutional norms, understood as consisting in their universalizability of everyone's interests or their hypothetical unanimous acceptability in a democratic discourse; and, second, that only in that way can anyone hope to gain a sufficient grasp of relevant historical conditions to produce for the country in question, in a legally workable form, an apt interpretation of whate-

relación paradójica entre la democracia y el Estado de Derecho. La paradoja parece retornar si retrocedemos sobre nuestros pasos hasta llegar al acto constituyente y revisamos, si, desde el punto de vista del discurso teórico, se puede concebir la formación de la opinión y de la voluntad de la Asamblea constituyente misma como un proceso democrático sin límites. En otro lugar he propuesto⁷ que los fundamentos normativos del Estado de Derecho democrático se deben entender como el resultado de procesos de consulta y de toma de decisiones, que, por su parte, los constituyentes —a causa de los motivos históricos que sean— han asumido con la intención de crear una sociedad voluntaria y autodeterminada de miembros de Derecho en igualdad de condiciones. Ellos buscan una respuesta razonable a la pregunta: ¿Qué derechos debemos reconocernos los unos a los otros si queremos regular nuestra convivencia de forma legítima con los medios del Derecho positivo?

Con este planteamiento del problema y la argumentación discursiva se llega a dos afirmaciones:

- Por un lado sólo puede valer como legítimo lo que haya sido acordado voluntariamente por los que han participado en la consulta con igualdad de derechos —o sea, lo que bajo las condiciones de un discurso racional encuentre el apoyo fundamentado de todos—. Esto, naturalmente, no excluye que pueda haber fallos. La búsqueda de la única respuesta correcta no garantiza, en ningún caso, un resultado correcto. Sólo el carácter discursivo del proceso consultivo puede fundamentar la expectativa de autocorrecciones continuas y con ello la suposición de resultados racionalmente aceptables.

ver abstract practical norms that can pass the justice tests of universalizability and democratic —discursive acceptability—».

F. MICHELMAN: Constitutional Authorship in: L. ALEXANDER (Ed), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge U.P., Cambridge 1988, 64-98, aquí p. 90.

⁷ J. HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, Francfort, 1992, 151 - 165.

- Por otro lado, los participantes aceptan con este planteamiento del problema que el Derecho moderno es el medio adecuado para la regulación de la convivencia. La legitimidad de un consenso generalizado, alcanzado bajo condiciones discursivas, en combinación con la idea de leyes obligatorias, que admitan las mismas libertades subjetivas para todos, es la que hace valer el concepto de autonomía política de Kant: nadie es libre en realidad, mientras todos los ciudadanos no disfruten de las mismas libertades, bajo leyes que ellos mismos se han dado después de una consulta razonable.

Antes de tomar en consideración el sistema de derechos fundamentales que se puede desarrollar partiendo de un principio teórico discursivo, debemos ocuparnos de la objeción que Michelman hace con respecto a este tercer intento de procedimiento de tratar de hacer compatible el concepto de derechos humanos con el principio de la soberanía popular. Para poder comprender el peso de esta interesante objeción, uno primero debe ser consciente de las consecuencias del intento de explicar el Estado de Derecho democrático según el hilo conductor de la *institucionalización jurídica* de una extensa red de discursos. Respecto a la formación política de la opinión y de la voluntad en la opinión pública o en cuerpos legislativos, respecto a la práctica de la decisión jurídicamente correcta y técnicamente llevada a cabo en los juzgados o en las administraciones, los discursos públicos necesitan de una especificación diferente en el tiempo, en lo social y en lo técnico respectivamente. La mirada de Michelman está dirigida a esta dimensión de las decisiones jurídicas, desde los derechos fundamentales y los derechos políticos de voto, pasando por las disposiciones de la parte orgánica de la constitución, hasta llegar a los derechos procedimentales y los estatutos de las distintas corporaciones.

Según la materia necesitada de regulación y las necesidades de decisión, unas veces tienen preferencia los aspectos morales y legales y otras veces los aspectos éticos.

Unas veces se trata de cuestiones empíricas para las que se tiene que movilizar el conocimiento de los expertos, otras veces se trata de cuestiones pragmáticas, que requieren un equilibrio de intereses, o sea unas negociaciones justas. Los procesos de legitimación mismos pasan por diferentes niveles de comunicación. Frente a los circuitos «salvajes» de comunicación en la opinión pública no organizada se encuentran los procesos de consulta y de toma de decisiones formalmente regulados en los Juzgados, los Parlamentos, las instituciones, etc. Pero los procedimientos y las normas legales para el establecimiento de discursos no se deben confundir con los procedimientos cognitivos y los esquemas de argumentación que regulan el proceso intrínseco de los discursos mismos.

4. Es esta dimensión jurídica, del *establecimiento* de formas de comunicación, a la que se refiere Michelman cuando hace la observación de que la práctica constituyente no se deja reconstruir conforme a las reglas de las suposiciones teóricas del discurso, ya que, si no, ésta se enredaría en un regreso al infinito en el proceso circular de elaboración de la ley: Un proceso realmente democrático es por sí solo ineludiblemente un proceso constituido y legalmente condicionado. Está constituido, por ejemplo, por leyes sobre la representación política y las elecciones, las asociaciones civiles, la familia, la libertad de expresión, la propiedad, el acceso a los medios de comunicación, etc. De este modo, en orden a conferir legitimidad a un conjunto de leyes emitidas por un conjunto actual de instituciones discursivas y prácticas en un país, esas instituciones y prácticas mismas deben estar constituidas legalmente de forma correcta. Las leyes que se refieren a las elecciones, la representación, las asociaciones, las familias, las opiniones, la propiedad, etc., deberían existir de tal modo que constituyesen un proceso democrático de comunicación política más o menos “justo” o “no distorsionado”, no sólo en los campos formales de la legislación y la judicatura, sino en la sociedad civil en su totalidad. El problema reside en si las mismas pueden o no en cualquier momento ser

una cuestión de discutible pero razonable desacuerdo, de conformidad con la premisa liberal del razonable pluralismo interpretativo⁸.

La legitimidad del procedimiento para la obtención de resultados en un discurso cualquiera, según las condiciones, depende de la legitimidad de las reglas por las cuales se ha establecido y especificado este tipo de discurso desde el punto de vista temporal, social y técnico. Si la legitimidad de procedimiento es la medida, el resultado de las elecciones políticas, las decisiones de los Parlamentos y el contenido de las decisiones judiciales se exponen, en un principio, en el marco de una formación deficiente y según reglas deficientes, a la sospecha de no haber sido formalizadas de forma correcta. Esta cadena de condicionamientos de legitimación llega hasta más allá de la práctica constituyente. Ya que la Asamblea constituyente misma no puede, por ejemplo, garantizar la legitimidad de las reglas por las que ella misma ha sido constituida, la cadena no se cierra y el proceso democrático se enreda en un regreso al infinito en su trayecto circular de autoconstitución.

No quiero refutar esta objeción con el denodado recurso a la objetividad de las últimas concepciones morales, que trata de impedir dicho regreso. En vez de un realismo moral, que es difícil de defender, propongo comprender el re-

⁸ «A truly democratic process is itself inescapably a legally conditioned and constituted process. It is constituted, for example by laws regarding political representation and elections, civil associations, families, freedom of speech, property, access to media, and so on. Thus, in order to confer legitimacy on a set of laws issuing from an actual set of discursive institutions and practices in a country, those institutions and practices would themselves have to be legally constituted in the right way. The laws regarding elections, representation, associations, families, speech, property, and so on, would have to be such as to constitute a process of more or less “fair” or “undistorted” democratic political communication, not only in the formal arenas of legislation and adjudication but in civil society at large. The problem is that whether they do or not may itself at any time become a matter of contentious but reasonable disagreement, according to the liberal premise of reasonable interpretative pluralism».

MICHELMAN (1998), 91; comp. F. MICHELMAN, Jürgen Habermas: Between Facts and Norms, *Journal of Philosophy*, vol. 93, 1996 307-315, también F. Michelman, Democracy and Positive Liberty, *Boston Review*, vol. 21, 1996, 3-8.

greso mismo como expresión comprensible del carácter abierto al futuro de las Constituciones de los Estados democráticos de Derecho: Yo entiendo como proyecto con tradición y legítimo, una constitución que es democrática, no sólo por su contenido sino a causa de la fuente de su legitimación, siempre que ésta tenga un inicio claramente fijado en el tiempo. Todas las generaciones sucesivas tienen la obligación de actualizar el sistema de derechos que ha sido determinado en el documento constitucional originario. Según este concepto dinámico de Constitución, el legislativo continúa actualizando el sistema de los derechos, adaptándolo de forma interpretativa a las circunstancias actuales (y con ello allana el umbral existente entre las normas constitucionales y las leyes ordinarias). Pero está claro que esta continuación del hecho fundacional —que no está exenta de fallos— sólo puede romper el círculo de una autoconstitución discursiva sin fin de una sociedad si ese proceso, que no está inmunizado contra interrupciones contingentes o contra retrocesos históricos, se puede comprender a largo plazo como un proceso de aprendizaje correctivo en sí mismo.

En un país como los EE.UU., que tiene una historia constitucional que ya dura más de doscientos años sin interrupción, existen evidencias que apoyan esta interpretación. Bruce Ackermann remite a los períodos «calientes», como por ejemplo el tiempo del New Deal bajo Roosevelt, que están marcados por el espíritu innovador de reformas acertadas. Esas épocas del cambio productivo posibilitan la experiencia de emancipación y dejan en la memoria el recuerdo de un ejemplo histórico lleno de enseñanzas. Los contemporáneos pueden percibir que grupos hasta ese momento discriminados son dotados de voz propia y que clases hasta ese momento con menores privilegios que otras reciben los privilegios que se merecen y toman el destino en sus propias manos. Las reformas, que en un principio son muy discutidas, serán reconocidas por todas las partes como logros, una vez que se hayan calmado las luchas interpretativas entre esas partes. De forma retrospectiva, todos están luego de acuerdo en que con la inclusión de los

grupos marginados y con la admisión de las clases desfavorecidas, han mejorado las condiciones para la legitimación de los procedimientos democráticos existentes, que hasta ese momento sólo se cumplían de forma insuficiente.

La interpretación de que la historia constitucional es un proceso de aprendizaje se basa naturalmente en la suposición no trivial de que las futuras generaciones partirán de las mismas premisas de las que partieron las generaciones fundadoras. Los que basan hoy en día su valoración sobre la admisión de todos y el reconocimiento mutuo, así como en la expectativa de la igualdad de oportunidades y la aplicación de los mismos derechos, deberán partir del hecho de que pueden tomar estas medidas de un desarrollo adecuado de la Constitución y de su historia interpretativa. Las generaciones posteriores sólo podrán aprender de los errores del pasado si están «en el mismo barco» que sus antecesores. Deben suponer que todas las generaciones anteriores tenían la misma intención de crear y ampliar las bases para una asociación voluntaria de todos los operadores jurídicos que se da a sí misma las leyes. Todos los participantes deberán reconocer el proyecto, más allá de la distancia en el tiempo, como *el mismo proyecto*, y deberán poder valorarlo desde *la misma* perspectiva.

Así lo ve también Michelman:

Los creadores del marco constitucional pueden ser nuestros creadores —su historia puede ser nuestra historia, su palabra puede demandar hoy de nosotros su observancia en base a la soberanía popular— sólo porque y hasta donde ellos, visto desde nuestra perspectiva actual, estaban ya en lo que nosotros juzgamos como la trayectoria de la verdadera razón constitucional... En la producción de la autoridad legal actual, los que crean el marco constitucional, deben ser para nosotros figuras de la corrección antes de que puedan pasar a ser figuras para la historia⁹. Este resultado se da en la práctica con-

⁹ «Constitutional framers can be *our* framers —their history can be our history, their word can command observance from us now on popular sovereignty grounds— only because and insofar as they, in our eyes now, were already on what we judge to be the track of true constitutional reason... In the production

junta, a la que recurrimos, cuando nos esforzamos para lograr una comprensión racional del texto constitucional. No es una casualidad que el acto de creación constitucional se entienda como un hito en la historia nacional, porque con él se ha fundamentado un nuevo tipo de práctica en la historia mundial. El sentido constituyente de esta práctica, que debe producir una sociedad política de ciudadanos libres y con los mismos derechos, que se autodetermine, no es solamente lo que el texto de la constitución ha expresado. Este sentido sigue dependiendo de una explicación permanente en el transcurso de las aplicaciones, de las interpretaciones y de las ampliaciones de las normas constitucionales.

Gracias a este sentido ejecutivo que está intuitivamente disponible, cada ciudadano de una sociedad puede referirse *críticamente* a los textos y a las decisiones de la generación fundacional y de sus sucesores, como también en el sentido contrario, situarse en la perspectiva de los fundadores y guiarlo de forma crítica al presente para comprobar si los dispositivos, las prácticas y los procedimientos actuales de formación de la opinión y de la voluntad cumplen las condiciones necesarias para un proceso legitimador. Los filósofos y otros expertos pueden contribuir a su manera y explicar lo que significa el seguimiento del proyecto para hacer realidad una asociación, que se autodetermine a sí misma, de operadores jurídicos libres y que tienen igualdad de derechos. Bajo esta premisa se abre con cada acto fundacional también la posibilidad de llevar a cabo un proceso de ensayos autocorrectores que hagan cada vez mejor el sistema jurídico.

5. La objeción, a primera vista convincente, contra la interpretación teórica del discurso sobre la autoconstitución democrática, quizás se pueda refutar a través de una reflexión sobre la dimensión histórica de la realización del proyecto constituyente. Pero con ello todavía no se ha demostrado cómo los principios del Estado de Derecho son

of present day legal authority, constitutional framers have to be figures of rightness for us before they can be figures of history». MICHELMAN (1998, 81).

inherentes a la democracia. Para poder demostrar esa afirmación de que la democracia y el Estado de Derecho no se encuentran en una relación paradójica, debemos explicar en qué sentido los derechos fundamentales *en su totalidad*, y no sólo los derechos políticos de los ciudadanos, son esenciales para el proceso de la autolegislación.

Parecido a lo que ocurría con su predecesora, la teoría contractualista, también la teoría del discurso simula una situación de partida: un número aleatorio de personas entra por voluntad propia en la práctica de elaboración de la Constitución. La ficción de la voluntariedad cumple la importante condición de una igualdad original de las partes participantes, cuyo «sí» y «no» cuenta lo mismo. Los participantes deben cumplir otras tres condiciones. Por un lado, se deben unir en una decisión conjunta para regular su futura convivencia de forma legítima con los medios del Derecho positivo y, por otro, deben estar dispuestos y en capacidad de participar en discursos prácticos, o sea cumplir las condiciones pragmáticas que exige una práctica argumentativa. Esta suposición de racionalidad no se limita, como en la tradición del Derecho natural moderno, a la racionalidad de objetivos, tampoco abarca únicamente, como en Rosseau y Kant, la moralidad, sino que convierte la razón comunicativa en condición¹⁰. Finalmente, con la entrada en la práctica de elaboración de una Constitución, se convierte su elaboración en el tema. La praxis, en un principio, se agota en la reflexión y en la explicación conceptual del sentido específico, de la intención a la que se han comprometido los participantes. Esta reflexión llama la atención acerca de un número de tareas constructivas que deben estar finalizadas antes de que —en el siguiente nivel— pueda iniciarse *ipso facto* el trabajo constituyente.

Lo primero que deben tener claro los participantes es que, ya que quieren llevar a cabo su proyecto a través del Derecho, deben crear un orden legal que prevea para cada futuro miembro de la sociedad la posición de titular de de-

¹⁰ J. HABERMAS: Rationalität der Verständigung, en: idem., *Wahrheit und Rechtfertigung*, Francfort, 1999, 102-137.

rechos subjetivos. Adaptado de esa forma individualista, un ordenamiento jurídico positivo y vinculante sólo puede existir si al mismo tiempo se introducen tres categorías de derechos. Tomando en cuenta las necesidades de legitimación de la capacidad de participación general, estas categorías son:

- i. Los derechos fundamentales (independientemente del contenido concreto que tengan) que resultan de la estructuración autónoma del Derecho con la mayor posible igualdad en lo que se refiere a la libertad de acción de cada uno;
- ii. Los derechos fundamentales (independientemente del contenido concreto que tengan) que resultan de la estructuración autónoma del status de un miembro de dicha sociedad voluntaria de ciudadanos de Derecho;
- iii. Los derechos fundamentales (independientemente del contenido concreto que tengan) que resultan de la estructuración autónoma de la misma protección jurídica individual para cada uno de los miembros, o sea de la posibilidad de ejercitar los derechos subjetivos.

Estas tres categorías de derechos son necesarias para la fundamentación de una sociedad de ciudadanos, delimitada en el espacio social, que se reconocen como titulares de derechos subjetivos que pueden ser ejercitados.

Pero estos tres aspectos sólo anticipan a los participantes en su futuro papel como usufructuarios y *destinatarios* del Derecho. Como quieren fundar y fundamentar una asociación de ciudadanos que se da ella misma sus leyes, deben ser conscientes de que necesitan ahora una cuarta categoría de derechos para poder reconocerse mutuamente como *autores* de esos derechos y para poder reconocer las leyes en sí. Si quieren seguir manteniendo en el futuro el aspecto más importante de su obra, o sea el de la autodeterminación, entonces deben legitimarse ellos mis-

mos como legisladores políticos a través de derechos políticos fundamentales. Sin las primeras tres categorías de derechos fundamentales no podría existir algo como el Derecho, pero sin una estructuración política de estas categorías, el Derecho no podría lograr unos contenidos concretos. Para ello se necesita otra categoría de derechos que en un principio es igual de vacía. Esta categoría son:

- iv. Los derechos fundamentales (independientemente del contenido concreto que tengan) que resultan de la estructuración del derecho a una participación autónoma en la legislación política, con las mismas condiciones y los mismos derechos para todos.

Es importante recordar que este escenario ha repetido un orden de ideas que se han desarrollado racionalmente, por así decirlo, aunque este orden haya cristalizado en el transcurso de una práctica de consenso. Hasta ahora no se ha hecho nada *real*. No se pudo haber hecho nada porque antes de que los participantes puedan decidir el primer acto de la creación del Derecho, deben ser conscientes de la empresa que quieren construir con el inicio de una práctica legislativa. Pero después de que han explicitado conceptualmente de forma intuitiva el sentido creador de esta práctica, saben que deben ahora crear de un solo golpe, digamos, los derechos fundamentales de esas cuatro categorías. Está claro que no pueden crear en abstracto los derechos fundamentales, sino derechos fundamentales individuales con un contenido concreto. Por eso, los participantes, que hasta ahora estaban ocupados con la aclaración filosófica de los conceptos, deberán salir de detrás del muro del desconocimiento y percibir lo que en las circunstancias históricas concretas tiene que ser regulado y lo que no, y qué derechos son necesarios para esas materias que necesitan de una regulación.

Sólo si se ven enfrentados, digámoslo así, con las consecuencias insoportables de la utilización de la violencia, reconocerán la necesidad de los derechos elementales de la libertad o de la integridad corporal. La Asamblea constitu-

yente no puede tomar decisiones cuando *ve* los riesgos que trae consigo una determinada necesidad de seguridad. Sólo con la introducción de las nuevas tecnologías de la información surgen nuevos problemas que hacen necesario que se cree algo como la protección de datos; sólo cuando las características relevantes del entorno nos hacen ver nuestros intereses, somos conscientes de que necesitamos los derechos que reconocemos para la estructuración de nuestra vida personal y política, como, por ejemplo, el derecho a poder realizar contratos y a adquirir propiedades, a crear asociaciones y a expresar nuestras opiniones abiertamente, a profesar y practicar una religión, etc.

Así que debemos diferenciar cuidadosamente dos niveles: primero, el nivel de la explicación conceptual del lenguaje de los derechos subjetivos, con el que se puede expresar la práctica conjunta de una sociedad de ciudadanos libres y con los mismos derechos, que se autodetermina y con la que sólo se puede dar cuerpo al principio de la soberanía popular; y segundo, el nivel de la realización de este principio a través del ejercicio de esa práctica y de su cumplimiento real. Es porque la práctica de la autodeterminación ciudadana se comprende como un proceso de realización a largo plazo y de estructuración permanente del sistema de derechos fundamentales, por lo que la idea del Estado de Derecho hace valer el principio de la soberanía popular.

Este escenario a dos niveles de la génesis conceptual de los derechos fundamentales nos hace ver de forma clara que los pasos conceptuales preparatorios hacen explícitos los requisitos necesarios que se imponen a la legislación democrática para ser válida. Estos pasos conceptuales son los que expresa la praxis misma y, por lo tanto, no son barreras a las que se debe someter tal práctica. Sólo con la idea del Estado de Derecho se puede realizar el principio democrático. Ambos principios están en una relación recíproca de implicación material.

6. Del mismo modo que la autonomía no se puede confundir con la libertad arbitraria, el «Estado de Derecho» no está por delante de la voluntad del soberano y tampoco

tiene su origen en él. Más bien este gobierno está inscrito en la legislación política de la misma manera en que también está inscrito el imperativo categórico en la legislación moral, por lo que sólo son razonablemente legítimas —en el sentido del mismo respeto para cada una— las máximas universalizables, o sea las que pueden encontrar el apoyo general. Pero mientras el individuo que actúa de forma moral liga su voluntad a la idea de *justicia*, la sumisión racional del propio soberano significa una unión al *Derecho* válido. La razón práctica que se articula en el «Estado de Derecho», se une —como gobierno ejercido legalmente— con las características constitutivas del Derecho moderno. Eso explica también por qué la relación de implicación de la soberanía popular y del Estado de Derecho se refleja en la relación existente entre la autonomía del ciudadano del Estado y la autonomía del miembro de la Sociedad: una no se puede hacer realidad sin la otra.

Como la Moral, también el Derecho legítimo protege la autonomía en condiciones de igualdad de todos: ningún individuo es libre mientras no disfruten todas las personas de la misma libertad. Pero el positivismo jurídico obliga a una clasificación interesante de la autonomía, para la que en el área de la Moral no existe una distinción semejante. La obligatoriedad de las normas jurídicas no se basa solamente en el reconocimiento de lo bueno para todos, sino en las decisiones jurídicamente vinculantes de las instancias legislativas y las que aplican el Derecho. De ahí surge una división conceptual de papeles entre los autores, que deciden y dictan las leyes, y los destinatarios, que están sometidos al Derecho vigente. La autonomía, que, por decirlo así, en el área moral es una sola, se presenta en el área jurídica con una doble forma: la autonomía privada y la autonomía pública.

Ahora el Derecho vinculante moderno sólo puede exigir de los destinatarios un comportamiento legal —o sea un comportamiento conforme con las leyes—, sin tomar en cuenta los motivos de ese comportamiento. Ya que no se puede exigir una obediencia del Derecho «por obligatoriedad de la ley», la autonomía privada sólo se puede garan-

tizar en forma de libertades subjetivas que *autorizan* una estructuración de la vida autónoma y que *posibilitan* la consideración moral para con otros, pero que no *obligan* a nada que no sea compatible con la libertad igual de los demás. La autonomía privada toma por eso la forma de una libertad de arbitrio que está jurídicamente garantizada. Por otro lado, los operadores jurídicos, en su papel como personas que actúan según la moral, tienen que *poter*, siempre que lo quieran, seguir las leyes por su fuerza obligatoria. Y por ese motivo, el Derecho vigente debe ser un Derecho legítimo. Y sólo podrá cumplir con esa condición, si se ha establecido de forma legítima, o sea según los procedimientos democráticos de la formación de la opinión y de la voluntad que fundamenten la aceptación racional de los resultados. La autorización de la participación política está unida a la expectativa de un uso público de la razón: como legisladores, los ciudadanos no deben cerrarse a la intención informadora de la orientación hacia el bien común.

Parece que la razón práctica tiene su lugar sólo en el ejercicio de una autonomía política que permita al destinatario del Derecho considerarse él mismo simultáneamente como autor de ese Derecho. Pero la razón práctica se realiza en realidad tanto bajo la forma de autonomía privada como en forma de autonomía pública. Porque ambas son tanto medios al servicio una de la otra como objetivos en sí mismas. La orientación hacia el bien común, ligada a la autonomía pública, es, por lo tanto, también una expectativa racional, porque sólo el proceso democrático garantiza que los ciudadanos de una sociedad puedan disfrutar de forma equitativa de los mismos derechos subjetivos. Al contrario, sólo la garantía de la autonomía privada de los ciudadanos de la Sociedad puede poner a los ciudadanos del Estado en disposición de hacer un uso correcto de su autonomía política. La interdependencia del Estado de Derecho y de la democracia se hace presente en esta relación intrínseca de la autonomía privada y de la autonomía de los ciudadanos del Estado: cada una de ellas se alimenta de los recursos que representa la otra.