

Jürgen Habermas

La inclusión del otro

Estudios de teoría política

 **PAIDÓS**
Barcelona • Buenos Aires • México

Título original: *Die Einbeziehung des Anderen*.

Edición completa publicada en alemán por Suhrkamp Verlag, Francfort.

Traducción del prólogo y de los capítulos 2 y 4-8 (4 y 6-10 de la edición original)
de Juan Carlos Velasco Arroyo

Traducción de los capítulos 1 y 3 (1 y 5 de la edición original) de Gerard Vilar Roca

Cubierta de Mario Eskenazi

Este libro ha sido publicado con la ayuda de INTER NATIONAL, Bonn

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© 1996 Suhrkamp Verlag, Francfort

© 1999 de la traducción, Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca

© 1999 de todas las ediciones en castellano,

Ediciones Paidós Ibérica, S.A.,
Mariano Cubí, 92 - 08021 Barcelona
y Editorial Paidós, SAICF,
Defensa, 599 - Buenos Aires
<http://www.paidos.com>

ISBN: 84-493-0672-8

Depósito legal: B-37.907/2002

Impreso en A & M Gràfic, s.l.

08130 Sta. Perpètua de Mogoda (Barcelona)

Impreso en España - Printed in Spain

SUMARIO

NOTA DE LOS TRADUCTORES	9
INTRODUCCIÓN. «ORIENTAR LA ACCIÓN. LA SIGNIFICACIÓN POLÍTICA DE LA OBRA DE HABERMAS.» <i>Juan Carlos Velasco Arroyo</i>	11
PRÓLOGO	23
I. ¿CUÁN RACIONAL ES LA AUTORIDAD DEL DEBER?	
1. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral.....	29
II. ¿TIENE FUTURO EL ESTADO NACIONAL?	
2. El Estado nacional europeo. Sobre el pasado y el futuro de la soberanía y de la ciudadanía.....	81
3. Inclusión: ¿incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de derecho y democracia	107
4. ¿Necesita Europa una Constitución? Observaciones a Dieter Grimm.....	137
III. LOS DERECHOS HUMANOS A NIVEL GLOBAL Y EN EL ÁMBITO INTERNO DE LOS ESTADOS	
5. La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años.....	147
6. La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho	189

7. TRES MODELOS NORMATIVOS DE DEMOCRACIA

Me referiré a continuación a la comprensión «liberal» y a la «republicana» de la política, expresiones que elevadas a la categoría de tipos ideales sirven hoy en los Estados Unidos para señalar las partes enfrentadas en el debate provocado por los denominados comunitaristas. Siguiendo las aportaciones de Frank Michelman, voy a presentar una descripción de estos dos modelos de democracia —confrontados de manera polémica— en relación al concepto de ciudadano, al concepto de derecho y a la naturaleza del proceso de formación de la voluntad política (I); luego, tras una crítica a la sobrecarga ética del modelo republicano (II), desarrollaré una concepción procedimental para la que deseo reservar el nombre de «política deliberativa» (III).

I

La diferencia decisiva radica en la diferente comprensión del papel asignado al proceso democrático. Según la concepción «liberal», dicho proceso desempeña la tarea de programar al Estado en interés de la sociedad; el Estado, a su vez, se concibe como el aparato de la administración pública y la sociedad como el sistema de interrelación entre las personas privadas y su trabajo social estructurado en términos de la economía de mercado. La política (en el sentido de la formación de la voluntad política de los ciudadanos) tendría ahí la función de amarrar e impulsar los intereses sociales privados frente a un aparato estatal especializado en el empleo administrativo del poder político para alcanzar fines colectivos.

De acuerdo con la concepción «republicana», la política no se agotaría en dicha función de mediación, sino que representaría más bien un factor constitutivo del proceso de socialización en su conjunto. La política se concibe como una forma de reflexión de un entramado de vida ético. Constituye el medio con el que los miembros de comunidades en cierto sentido solidarias asumen su

recíproca dependencia y con el que en su calidad de ciudadanos prosiguen y configuran con voluntad y conciencia las relaciones de reconocimiento recíproco con las que se encuentran convirtiéndolas en una asociación de miembros libres e iguales. Con ello la arquitectura liberal del Estado y de la sociedad experimenta una importante transformación: junto a la instancia de regulación jerárquica de la soberanía estatal y la instancia de regulación descentralizada del mercado, esto es, junto al poder administrativo y a los intereses privados, surge la *solidaridad* como una *tercera fuente* de integración social.

Esta formación de la voluntad política de carácter horizontal, orientada hacia el entendimiento o hacia un consenso logrado comunicativamente, debería gozar incluso de primacía, tanto si se considera genética como normativamente. El ejercicio de la autodeterminación ciudadana presupone una base social autónoma, independiente tanto de la administración pública como del tráfico económico privado: una base que protegería a la comunicación política de quedar absorbida por el aparato estatal o de ser asimilada por las estructuras del mercado. En la concepción republicana, el espacio público político y, como infraestructura suya, la sociedad civil cobran un significado estratégico: conjuntamente deben asegurar su fuerza integradora y su autonomía a la práctica del entendimiento mutuo entre los ciudadanos.¹ La falta de articulación de la comunicación política con respecto de la sociedad centrada en la economía se corresponde con una nueva conexión del poder administrativo con el poder comunicativo resultante de la formación política de la opinión y la voluntad.

De estos dos planteamientos que compiten entre sí se desprenden algunas consecuencias:

(a) En primer lugar, cabe distinguir los respectivos *conceptos de ciudadano*. De acuerdo con la concepción liberal, el *status* de los ciudadanos está determinado por la medida de los derechos subjetivos que tienen frente al Estado y frente a los demás ciudadanos. Como portadores de derechos subjetivos, disfrutan de la protección del Estado mientras persigan sus intereses privados dentro de los límites trazados por las leyes y esto incluye también la protección frente a las actuaciones estatales que vayan más allá de las re-

1. Véase Hannah Arendt, *Über die Revolution*, Munich, 1965 (trad. cast.: *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 1988, N. del t.); y de la misma autora, *Macht und Gewalt*, Munich, 1970 (trad. cast.: «Sobre la violencia», en ídem, *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1973, págs. 147-149, N. del t.).

servas legales de intervención. Los derechos subjetivos son derechos negativos que garantizan un ámbito de elección dentro del cual las personas jurídicas están libres de coacciones externas. Los derechos políticos tienen esa misma estructura: otorgan a los ciudadanos la posibilidad de hacer valer sus intereses privados de modo que éstos puedan agregarse con otros intereses privados para configurar una voluntad política que influya de manera efectiva en la administración mediante la celebración de elecciones, la composición de las cámaras parlamentarias y la formación del gobierno. De este modo, los ciudadanos en su papel de ciudadanos políticos controlan si el poder del Estado se ejerce en interés de los ciudadanos en tanto que sujetos privados.²

De acuerdo con la concepción republicana, el *status* de los ciudadanos no se determina por el modelo de las libertades negativas que pueden reclamar como personas privadas. Más bien, los derechos cívicos, principalmente los derechos de participación y comunicación, son libertades positivas. No garantizan la libertad de acción externa, sino la participación en una práctica común sólo a través de cuyo ejercicio los ciudadanos pueden llegar a ser aquello

2. Véase F.I. Michelman, «Political Truth and the Rule of Law», en *Tel Aviv University Studies in Law*, n° 8, 1988, pág. 283: «La sociedad política imaginada por los etiquetados como republicanos es la sociedad de los sujetos de derecho privado, una asociación cuyo primer principio es la protección de la vida, la libertad y la propiedad de sus miembros individuales. En esa sociedad el Estado se justifica por la protección que proporciona a esos intereses prepolíticos; el propósito de la constitución es asegurar que el aparato estatal, el gobierno, proporcione dicha protección a la población en general, más que servir a los intereses concretos de los gobernantes o de sus clientes. La función de la ciudadanía, por su parte, es hacer operativa la constitución y con ello empujar a los gobernantes a que actúen de acuerdo con aquel propósito protector. Y el valor que tenga para el ciudadano su derecho al sufragio —su derecho para votar y hablar, de modo que sus opiniones sean oídas y tenidas en cuenta— es el asidero que le permite influir en el sistema, de modo que éste le atienda adecuadamente y proteja sus derechos individuales de carácter prepolítico, así como otros intereses» [«*The political society envisioned by bumper-sticker republicans is the society of private right bearers, an association whose first principle is the protection of lives, liberties and estates, of its individual members. In that society, the state is justified by the protection it gives to those prepolitical interests; the purpose of the constitution is to ensure that the state apparatus, the government, provides such protection for the people at large rather than serves the special interests of the governors or their patrons; the function of citizenship is to operate the constitution and thereby motivate the governors to act according to that protective purpose; and the value to you of your political franchise —your right to vote and speak, to have your views heard and counted— is the handle it gives you on influencing the system so that it will adequately heed and protect your particular, pre-political rights and other interests*»].

que ellos mismos desean ser: sujetos políticamente responsables de una comunidad de personas libres e iguales.³ En este sentido, el proceso político no sirve sólo para mantener la actividad estatal bajo control de los ciudadanos que en el ejercicio de sus derechos privados y de sus libertades prepolíticas han logrado ya una autonomía previa. Tampoco cumple una función de bisagra entre el Estado y la sociedad, ya que el poder democrático del Estado no representa en absoluto un poder originario. Ese poder procede más bien del poder producido comunicativamente en el ejercicio de la autodeterminación de los ciudadanos y se legitima en la medida en que mediante la institucionalización de la libertad pública proteja ese ejercicio.⁴ La razón de ser del Estado no radica primordialmente en la protección de iguales derechos subjetivos, sino en la salvaguardia de un proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad común, en el que los ciudadanos libres e iguales se entienden acerca de las metas y normas que serían de interés común para todos. Con esto a los ciudadanos republicanos se les exige algo más que una orientación en función de sus propios intereses.

(b) En la polémica contra el concepto clásico de persona jurídica como portadora de derechos subjetivos se esconde una controversia sobre el propio *concepto de derecho*. Mientras que para la concepción liberal el sentido de un ordenamiento jurídico consiste en que permita determinar en cada caso qué derechos les corresponden a qué individuos, de acuerdo con la concepción republicana estos derechos subjetivos se deben a un ordenamiento jurídico objetivo que

3. Sobre la libertad positiva vs. libertad negativa, véase Charles Taylor, «Was ist menschliches Handeln?», en idem, *Negative Freiheit?*, Frankfurt, 1988, págs. 9 y sigs.

4. F.I. Michelman, *Political Truth* (1988), pág. 284: «En una concepción constitucional de carácter cívico, la sociedad política no es principalmente la sociedad de sujetos portadores de derechos, sino una sociedad de ciudadanos, una asociación cuyo primer principio es la creación y provisión de un ámbito público en cuyo seno las personas en común discuten y razonan acerca de los términos correctos de la convivencia social, términos que ellos instaurarán juntos y que concebirán como su bien común [...]. Y de ahí que el Estado se justifique por su finalidad de establecer y ordenar la esfera pública en cuyo seno las personas pueden alcanzar la libertad entendida como autogobierno practicado por medio del ejercicio de la razón en el diálogo público» [*In civic constitutional vision, political society is primarily the society not of right-bearers but of citizens, an association whose first principle is the creation and provision of a public realm within which a people, together, argue and reason about the right terms of social coexistence, terms that they will set together and which they understand as their common good... Hence the state is justified by its purpose of establishing and ordering the public sphere within which persons can achieve freedom in the sense of self-government by the exercise of reason in public dialogue*].

hace posible, a la vez que garantiza, la integridad de una vida en común autónoma en igualdad de derechos y basada en el respeto recíproco. En un caso, pues, el ordenamiento jurídico se construye partiendo de los derechos subjetivos; en el otro caso, se otorga un primado al contenido objetivo que posea ese sistema jurídico.

Estos conceptos dicotomizadores no afectan ciertamente al contenido *intersubjetivo* de los derechos que exigen el respeto recíproco de derechos y obligaciones en unas relaciones de reconocimiento de carácter simétrico. En todo caso, la concepción republicana acoge favorablemente un concepto de derecho que atribuye igual peso a la integridad del individuo y a sus libertades subjetivas que a la integridad de la comunidad en la que los individuos pueden reconocerse como individuos a la vez que como miembros de la misma. Esta concepción de la política vincula la legitimidad de las leyes al procedimiento democrático de su génesis y mantiene así una conexión interna entre la praxis de la autodeterminación del pueblo y el imperio impersonal de las leyes: «Para los republicanos, los derechos no son, en último término, sino las determinaciones de la voluntad política predominante, mientras que para los liberales, algunos derechos están basados siempre en un «derecho superior» racional de carácter suprapolítico o en un «derecho superior» revelado [...]. Desde un punto de vista republicano, el objetivo de una comunidad, el bien común, consiste sustancialmente en el éxito de su intento político para definir, establecer, realizar y sostener el conjunto de derechos (o, menos tendenciosamente, de leyes) que mejor se adecúe a las condiciones y costumbres de esa comunidad, mientras que, por el contrario, desde un punto de vista liberal, los derechos basados en un derecho superior proporcionan las estructuras trascendentales y los frenos al poder requeridos para que esa búsqueda pluralista de intereses diversos y en conflicto pueda avanzar tan satisfactoriamente como sea posible».⁵

5. F.I. Michelman, «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights», en *Florida Law Review*, n.º 41, 1989, págs. 446 y sigs [«For republicans rights ultimately are nothing but determinations of the prevailing political will, while for liberals some rights are always grounded in a «higher law» of transpolitical reason or revelation... In a republican view, a community's objective, the community on good substantially consists in the success of its political endeavor to define, establish, effectuate and sustain the set of rights (less tendentiously laws) best suited to the conditions and mores of that community, whereas in a contrasting liberal view the higher law rights provide the transcendental structures and the curbs on power required so that pluralistic pursuit of diverse and conflicting interests may proceed as satisfactorily as possible»].

El derecho de sufragio interpretado como libertad positiva se convierte en paradigma de los derechos en general, no sólo porque es un elemento constitutivo de la autodeterminación política, sino porque en él queda claro cómo la inclusión en una comunidad de individuos iguales en derechos guarda relación con la habilitación de los individuos para realizar contribuciones autónomas y adoptar posiciones propias: «Lo que se reivindica es que todos nosotros nos intereseamos por la concesión del derecho de sufragio a todos, porque (I) nuestra elección se sitúa entre mantenerse juntos o separados; (II) mantenerse juntos depende de la garantía recíproca de que los intereses vitales de uno sean considerados por los otros; (III) y en las condiciones profundamente pluralizadas de la sociedad estadounidense contemporánea, tales garantías son alcanzables [...] sólo manteniendo al menos la apariencia de una política en la que a cada cual se le concede voz».⁶ Esta misma estructura que se vislumbra en los derechos de participación y comunicación política se transmite a *todos* los derechos mediante el proceso de producción legislativa establecido y articulado por los derechos. Asimismo, la facultad —propia del derecho privado— de perseguir fines privados, determinados libremente, obliga a su vez a observar los límites de la acción estratégica que hayan sido acordados en igual interés de todos.

(c) Las distintas maneras de conceptualizar el papel del ciudadano y del derecho son expresión de un disenso más profundo sobre la *naturaleza del proceso político*. De acuerdo con la concepción liberal, la política es esencialmente una lucha por posiciones que conceden la capacidad de disponer de poder administrativo. El proceso de formación de la opinión y de la voluntad política en el espacio público y en el parlamento se determina por la competencia entre actores colectivos que proceden estratégicamente con el objeto de mantener o de adquirir posiciones de poder. El éxito se mide por la aprobación, cuantificada en número de votos, que a los ciudadanos les merecen las personas y los programas. Con sus votos los electores expresan sus preferencias. Sus decisiones elec-

6. F.I. Michelman, *ibidem*, pág. 484 [«The claim is, that we all take an interest in each other's enfranchisement because (i) our choice lies between hanging together and hanging separately; (ii) hanging together depends on reciprocal assurance to all of having one's vital interests heeded by the others; and (iii) in the deeply pluralized conditions of contemporary American society, such assurances are attainable... only by maintaining at least the semblance of a politics in which everyone is conceded a voice»].

torales tienen la misma estructura que los actos de elección de quienes participan en el mercado para obtener el mayor beneficio: estos votos permiten el acceso a posiciones de poder que los partidos políticos se disputan con esa misma actitud encaminada al éxito. El *input* de votos y el *output* de poder corresponden al mismo patrón de acción estratégica.

Según la concepción republicana, el proceso de formación de la opinión y de la voluntad política en el espacio público y en el parlamento no obedece a las estructuras de los procesos de mercado, sino a las estructuras propias de una comunicación pública orientada al entendimiento. El paradigma de la política, concebida en el sentido de una práctica de autodeterminación ciudadana, no es el mercado, sino el diálogo. Desde este punto de vista, existe una diferencia estructural entre el poder comunicativo (que, en forma de opiniones mayoritarias formadas discursivamente, surge de la comunicación política) y el poder administrativo (del que dispone el aparato estatal). También los partidos que luchan por el acceso a posiciones estatales de poder tienen que aceptar el estilo deliberativo y la obstinación propia de los discursos políticos: «La deliberación [...] hace referencia a una cierta actitud propicia a la cooperación social, a saber, a esa disposición abierta a ser persuadido mediante razones relativas a las demandas de los otros tanto como a las propias. El medio deliberativo es un medio bienintencionado para el intercambio de puntos de vista —incluyendo los dictámenes de los participantes acerca de su manera de comprender sus respectivos intereses vitales— [...] en el que un voto, sea cual sea, representa un conjunto de juicios».⁷ Por eso, la disputa de opiniones sostenida en la escena política posee fuerza legitimadora no sólo en el sentido de una autorización para acceder a posiciones de poder; más bien, el discurso político mantenido de manera continuada posee fuerza vinculante también para el modo de ejercer el dominio político. El poder administrativo sólo puede emplearse sobre la base de aquellos programas políticos y dentro de los límites de aquellas leyes que surgen del proceso democrático.

7. F.I. Michelman, *Pornography*, 1989, pág. 293 [«*Deliberation... refers to a certain attitude toward social cooperation, namely, that of openness to persuasion by reasons referring to the claims of others as well as one's own. The deliberative medium is a good faith exchange of views —including participant's reports of their own understanding of their respective vital interests—... in which a vote, if any vote is taken, represents a pooling of judgements.*».]

II

Hasta aquí la comparación entre los dos modelos de democracia que en la actualidad, sobre todo en los Estados Unidos, dominan la discusión entre los llamados «comunitaristas» y los «liberales». El modelo republicano posee ventajas e inconvenientes. La ventaja la veo en que se atiene al sentido demócrata-radical de una autoorganización de la sociedad mediante ciudadanos unidos de manera comunicativa y en la que los fines colectivos no sólo se derivan de un *deal* entre intereses privados contrapuestos. El inconveniente lo veo en que resulta ser un modelo demasiado idealista y hace depender el proceso democrático de las virtudes de los ciudadanos orientados hacia el bien común. La política empero no consiste sólo, y menos aún en primer lugar, en cuestiones referentes a la autocomprensión ética. El error radica, pues, en el estrechamiento ético al que son sometidos los discursos políticos.

Ciertamente constituyen un componente importante de la política aquellos discursos de autocomprensión en los que los participantes desean aclararse acerca de cómo entenderse a sí mismos en cuanto miembros de una determinada nación, en cuanto miembros de un municipio o de un Estado, en cuanto habitantes de una región, etc., acerca de qué tradiciones proseguir, de cómo tratar a los demás, de cómo comportarse con las minorías y con los grupos marginales y, en definitiva, acerca de la clase de sociedad en que quieren vivir. Pero en las condiciones de pluralismo social y cultural, tras los objetivos políticamente relevantes se encuentran a menudo intereses y orientaciones valorativas que en ningún modo son elementos constitutivos de la identidad de la comunidad en su conjunto, esto es, del conjunto de una forma de vida compartida intersubjetivamente. Estos intereses y orientaciones valorativas, que en el interior de la misma comunidad entran en conflicto con otros sin ninguna perspectiva de conseguir un consenso, tienen necesidad de un acuerdo o compromiso que no ha de alcanzarse mediante discursos éticos, aun cuando los resultados de ese acuerdo o compromiso no obtenido discursivamente estén sujetos a la reserva de no vulnerar los valores fundamentales de una cultura que concitan consenso.

El acuerdo sobre intereses se lleva a cabo como una formación de compromisos entre distintas partes que se apoyan en potenciales de poder y en potenciales de sanción. Las negociaciones de este tipo presuponen, claro está, una disposición para cooperar, esto es,

la voluntad de lograr —respetando las reglas de juego— resultados que puedan ser aceptables para todas las partes aunque sea por diferentes motivos. No obstante, la formación de compromisos no se lleva a cabo en la forma de un discurso racional que neutralice el poder y excluya la acción estratégica. A pesar de ello, la limpieza y equidad de los compromisos se mide por medio de presupuestos y procedimientos que necesitan por su parte de una justificación racional o normativa, es decir, desde el punto de vista de la justicia. A diferencia de las cuestiones éticas, las cuestiones relativas a la justicia no guardan relación originariamente con un determinado grupo. Para ser considerado legítimo, el derecho políticamente establecido debe estar en conformidad con principios morales que pretendan validez general más allá de los límites de una comunidad jurídica concreta.

El concepto de una política deliberativa sólo cobra una referencia empírica cuando tenemos en cuenta la pluralidad de formas de comunicación en las que se configura una voluntad común, a saber: no sólo por medio de la *autocomprensión ética*, sino también mediante acuerdos de intereses y *compromisos*, mediante la elección *racional de medios en relación a un fin*, las *fundamentaciones morales* y la comprobación de lo coherente *jurídicamente*. Así, aquellos dos tipos de política, que Michelman contraponen en cuanto tipos ideales, pueden *compenetrarse y complementarse de forma racional*. Si están *suficientemente institucionalizadas las correspondientes condiciones de comunicación*, la *política dialógica y la política instrumental pueden entrelazarse en el medio que representan las deliberaciones*. Todo depende, pues, de las *condiciones de la comunicación y de los procedimientos que prestan su fuerza legitimadora a la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad común*. El *tercer modelo de democracia que yo quisiera proponer se apoya precisamente en las condiciones comunicativas* bajo las cuales el proceso político tiene para sí la *presunción de producir resultados racionales porque se lleva a cabo en toda su extensión de un modo deliberativo*.

Cuando hacemos del concepto procedimental de la política deliberativa el núcleo normativo de la teoría de la democracia aparecen diferencias tanto en relación con la concepción republicana del Estado concebido como una comunidad ética, como en relación con la concepción liberal del Estado concebido como guardián de la sociedad centrada en el subsistema económico. En la comparación de los tres modelos de democracia parto de la dimen-

sión de la política que nos ha ocupado hasta el momento, a saber: de la formación democrática de la opinión y de la voluntad común que se evidencia en las elecciones generales y en las resoluciones parlamentarias.

Según la concepción liberal, este proceso sólo se lleva a cabo en la forma de compromisos entre intereses. Conforme a esta concepción, las reglas para la formación de compromisos que deben asegurar la equidad de los resultados mediante el derecho electoral general, así como por medio de la composición representativa de las cámaras parlamentarias, se fundamentan en principios constitucionales liberales. En cambio, según la concepción republicana, la formación democrática de la voluntad se lleva a cabo en la forma de una autocomprensión ética; conforme a esta concepción, la deliberación —en lo referente a su contenido— puede apoyarse en el consenso cultural de fondo entre los ciudadanos que se renueva en la rememoración ritualizada del acto fundacional de la república. La teoría discursiva asume elementos de ambas partes y los integra en el concepto de un procedimiento ideal para la deliberación y la toma de resoluciones. Este procedimiento democrático genera una interna conexión entre negociaciones, discursos de autocomprensión y discursos referentes a la justicia, y cimienta la presunción de que bajo tales condiciones se alcanzan resultados racionales o equitativos. Con ello, la razón práctica se repliega desde la noción de los derechos universales del ser humano o desde la eticidad concreta de una comunidad determinada a aquellas reglas del discurso y formas de la argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada hacia el entendimiento, y, en definitiva, de la estructura de la comunicación lingüística.

Con estas descripciones estructurales del proceso democrático quedan establecidas las vías para una *conceptualización* normativa del Estado y la sociedad. Se presupone tan sólo una administración pública del tipo de la que se configuró en el inicio de la modernidad con el sistema de Estados europeos y se desarrolló mediante el entrelazamiento funcional con el sistema de economía capitalista. Según la concepción republicana, la formación de la voluntad y de la opinión políticas de los ciudadanos conforma el medio sobre el que se constituye la sociedad como un todo estructurado políticamente. La sociedad se centra en el Estado, pues en la práctica de la autodeterminación política de los ciudadanos la comunidad se torna consciente de sí misma como totalidad y actúa sobre sí misma

mediante la voluntad colectiva de los ciudadanos. La democracia equivale a la autoorganización política de la sociedad. De ahí se desprende una *comprensión* polémica de la *política dirigida contra el aparato estatal*. En los escritos políticos de Hannah Arendt puede verse el blanco contra el que se dirige la argumentación republicana: contra el privatismo ciudadano de una población despolitizada y la generación de legitimación por parte de unos partidos estatizados, la esfera pública política debe ser revitalizada hasta el punto de que una ciudadanía regenerada pudiese hacer suyo (de nuevo) el poder estatal autonomizado burocráticamente recurriendo a formas propias de una autoadministración descentralizada.

Según la concepción liberal, esta separación del aparato estatal respecto de la sociedad no puede ser eliminada, sino sólo franqueada por medio del proceso democrático. Las débiles connotaciones normativas de un equilibrio regulado de poderes e intereses precisan, en cualquier caso, del complemento aportado por el Estado de derecho. La formación de la voluntad democrática, entendida en términos minimalistas, de los ciudadanos atentos a su propio interés sólo configura un elemento dentro de una constitución que disciplina el poder estatal mediante dispositivos normativos (como los derechos fundamentales, la división de poderes y la vinculación de la administración a la ley) y que a través de la competencia entre partidos políticos, por una parte, y entre gobierno y oposición, por otra, debe mover a la adecuada consideración de los intereses y orientaciones valorativas de la sociedad. Esta *comprensión de la política centrada en el derecho* puede renunciar a un supuesto poco realista de una ciudadanía capaz de actuar colectivamente. No se orienta por el *input* de una formación racional de la voluntad política, sino por el *output* de un balance exitoso de los rendimientos de la actividad estatal. El objetivo de la argumentación liberal se dirige contra el potencial perturbador de un poder estatal que entorpece la interrelación social autónoma de los particulares. El punto crucial del modelo liberal no es la autodeterminación democrática de ciudadanos que deliberan, sino la normativización, en términos de Estado de derecho, de una sociedad volcada en la economía que mediante la satisfacción de las expectativas de felicidad privadas de ciudadanos activos habría de garantizar un bienestar general entendido de manera apolítica.

La teoría discursiva, que asocia al proceso democrático connotaciones normativas más fuertes que el modelo liberal, pero más débiles que el modelo republicano, toma por ello elementos de am-

bas partes y los articula de una manera distinta. En concordancia con el republicanismo, la teoría discursiva coloca el proceso de formación de la voluntad y de la opinión políticas en el punto central, pero sin entender como algo secundario la constitución en términos del Estado de derecho; más bien, concibe los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho como una respuesta consecuente a la cuestión de cómo pueden ser institucionalizados los exigentes presupuestos comunicativos del procedimiento democrático. La teoría discursiva no hace depender la realización de una política deliberativa de una ciudadanía capaz de actuar colectivamente, sino de la institucionalización de los procedimientos correspondientes. Ya no opera con el concepto de una totalidad social centrada en el Estado, que pudiera representarse como un macrosujeto que actúa orientado por fines. Tampoco la teoría discursiva localiza a esa totalidad en un sistema de normas constitucionales que regulen de manera inconsciente el equilibrio de poderes e intereses según el modelo desarrollado por el tráfico mercantil. Dicha teoría se despidió completamente de las figuras de pensamiento típicas de la filosofía de la conciencia que, en cierto modo, sugieren o bien atribuir la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos a un sujeto social global o bien referir el imperio anónimo de la ley a sujetos particulares que compiten entre sí. En un caso, la ciudadanía es considerada como un actor colectivo en el que el todo se refleja y actúa por sí; en el otro caso, los actores individuales actúan como variables dependientes en los procesos de poder que transcurren de manera ciega, ya que más allá del acto individual de votar no puede darse ninguna decisión colectiva plenamente consciente (a no ser en un sentido meramente metafórico).

La teoría del discurso cuenta, en cambio, con la *intersubjetividad de orden superior* que representan los procesos de entendimiento que se llevan a cabo, por una parte, en la forma institucionalizada de deliberaciones en las cámaras parlamentarias y, por otra parte, en la red de comunicación de la esfera política de la opinión pública. Estas comunicaciones no susceptibles de ser atribuidas a ningún sujeto, realizadas en el interior o en el exterior de las asambleas programadas para la toma de resoluciones, configuran escenarios donde pueden tener lugar una formación más o menos racional de la opinión y de la voluntad común sobre temas relevantes para el conjunto de la sociedad y sobre materias que requieren una regulación. La formación informal de la opinión de-

semboca en decisiones electorales institucionalizadas y en resoluciones legislativas por las que el poder producido comunicativamente se transforma en poder utilizable administrativamente. Como en el caso del modelo liberal, también en este modelo se respetan los límites entre el Estado y la sociedad, pero aquí la sociedad civil, como base social de una esfera pública autónoma, se diferencia tanto del sistema económico de acción como de la administración pública. De esta comprensión de la democracia se sigue normativamente la exigencia de un desplazamiento del centro de gravedad en relación a aquellos tres recursos que representan el dinero, el poder administrativo y la solidaridad, con los que las sociedades modernas satisfacen sus necesidades de integración y regulación. Las implicaciones normativas resultan evidentes: el poder de integración social que posee la solidaridad, que ya no cabe extraer sólo de las fuentes de la acción comunicativa, debería desplegarse a lo largo de los variados espacios públicos autónomos y de los procedimientos institucionalizados de formación democrática de la opinión y de la voluntad común típicos del Estado de derecho. Además, el poder de la solidaridad debería poder afirmarse frente a los otros dos poderes, a saber, el dinero y el poder administrativo.

III

Esta concepción tiene consecuencias a la hora de comprender la legitimación y la soberanía popular. De acuerdo con la concepción liberal, el proceso de formación de la voluntad democrática tiene exclusivamente la función de *legitimar* el ejercicio del poder político. Los resultados electorales representan una licencia para la toma de posesión del poder político, en tanto que el gobierno debe justificar ante la opinión pública y el parlamento el uso que hace de ese poder. De acuerdo con la concepción republicana, la formación de la voluntad democrática desempeña la función, esencialmente más fuerte, de *constituir* la sociedad como una comunidad política y de *mantener vivo* con cada elección el recuerdo de ese acto fundacional. El gobierno no sólo se encuentra habilitado —merced a una elección entre los diferentes equipos dirigentes que *compiten* entre sí— para ejercer un mandato ampliamente no imperativo, sino que también se encuentra programáticamente comprometido a la ejecución de determinadas políticas. Más bien

comisión que órgano del Estado, el gobierno es parte de una comunidad política que se administra a sí misma, no la cúspide de un poder estatal separado.

Con la teoría discursiva entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como las más importantes esclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley. *Racionalización* significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder. El poder disponible de modo administrativo modifica su propia estructura interna mientras se mantenga retroalimentado mediante una formación democrática de la opinión y de la voluntad común, que no sólo controle *a posteriori* el ejercicio del poder político, sino que, en cierto modo, también lo programe. A pesar de todo ello, únicamente el sistema político puede «actuar». El sistema político es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas del espacio público conforman una red ampliamente expandida de sensores que reaccionan ante la presión de los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto y que además estimulan la generación de opiniones de mucha influencia. La opinión pública transformada en poder comunicativo mediante procedimientos democráticos no puede «mandar» ella misma, sino sólo dirigir el uso del poder administrativo hacia determinados canales.

El concepto de *soberanía popular* se debe a la apropiación y transvaloración republicanas de la noción de soberanía emprendida en los albores de la modernidad y vinculada, ante todo, al príncipe que gobierna de modo absolutista. El Estado, que monopoliza los medios de la aplicación legítima de la violencia, se presenta entonces como una concentración de poder capaz de someter a todos los demás poderes de este mundo. Rousseau transfirió a la voluntad del pueblo unido esta figura de pensamiento que se remonta hasta Bodino, la fundió con la idea clásica del autodomínio de los sujetos libres e iguales y, finalmente, la sublimó en el concepto moderno de autonomía. A pesar de esta sublimación de carácter normativo, el concepto de soberanía permaneció ligado a la idea de su encarnación en el pueblo (en principio, presente también de una manera física). Según la concepción republicana, el pueblo, al menos potencialmente presente, es el portador de una soberanía que en principio no puede ser delegada: en su calidad de soberano, el

pueblo no puede ser representado. El poder constituyente se basa en la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos, no de sus representantes. A ello contraponen el liberalismo la concepción, más realista, de que en el Estado democrático de derecho el poder estatal que procede del pueblo sólo «se ejerce en las elecciones y referendos y mediante órganos especiales del poder legislativo, del ejecutivo y del judicial» (como reza, por ejemplo, el artículo 20.2 de la Ley Fundamental de Bonn).

Estas dos concepciones configuran ciertamente una vía alternativa completa sólo bajo la problemática premisa de un concepto de Estado y de sociedad que parta del todo y de sus partes, en donde el todo se configure o bien a través de una ciudadanía soberana o bien mediante una constitución. Al concepto discursivo de la democracia le corresponde, por el contrario, la imagen de una sociedad descentralizada que, mediante la emergencia del espacio público, ciertamente se trasmutó en una plataforma diferenciada para la percepción, identificación y deliberación de los problemas de la sociedad en su conjunto. Si se prescindiera de las categorías típicas de la filosofía del sujeto, la soberanía no necesita ser concentrada de una manera concreta en el pueblo, ni tampoco ser desterrada al anonimato de las competencias constitucionales. El «sí mismo» (*das «Selbst»*), el sujeto de la comunidad jurídica que se organiza a sí mismo se esfuma en las formas comunicativas sin sujetos que regulan el flujo de la formación discursiva de la opinión y de la voluntad, de modo que sus resultados falibles tengan a su favor la presunción de racionalidad. Con ello, la intuición que va asociada a la idea de soberanía popular no queda desmentida, mas sí interpretada de manera intersubjetivista. Una soberanía popular, por anónima que resulte, se repliega sobre los procedimientos democráticos y la implementación jurídica de sus exigentes presupuestos comunicativos sólo para hacerse valer como poder generado comunicativamente. Expresado ahora con exactitud: la soberanía popular surge de las interacciones entre la formación de la voluntad común, institucionalizada con técnicas propias del Estado de derecho, y los espacios públicos movilizados culturalmente, que por su parte hallan una base en las asociaciones de una sociedad civil alejada por igual del Estado como de la economía.

Si bien es cierto que la autocomprensión normativa de la política deliberativa exige de la *comunidad jurídica* un modo discursivo de socialización, éste no abarca, sin embargo, a la sociedad en su totalidad que es en donde se encuentra *empotrado* el sistema políti-

co articulado en términos de Estado de derecho. También desde su propia autocomprensión, la política deliberativa se mantiene como parte integrante de una sociedad compleja que se substraerá en cuanto totalidad a los modos de consideración de la teoría del derecho. A este respecto, la interpretación de la democracia realizada en términos de la teoría discursiva enlaza con una distanciada consideración científico-social, según la cual el sistema político no es ni el centro ni la cúspide, ni tan siquiera el modelo de la sociedad que acuñara las estructuras de ésta, sino tan sólo *un* sistema de acción entre otros.

Dado que la política adopta para la solución de los problemas que ponen en peligro la integración de la sociedad los modos propios de una especie de «garantía en caso de fallo del sistema», tiene ciertamente que poder comunicarse a través del medio que representa el derecho con todos los demás ámbitos de acción ordenados legítimamente, cualquiera que sea el modo en que estén estructurados y dirigidos. No obstante, el sistema político no sólo permanece dependiente en un sentido trivial de las otras prestaciones sistémicas (como, por ejemplo, de las prestaciones fiscales que provienen del sistema económico); la política deliberativa, tanto si se lleva a cabo mediante procedimientos formales de formación institucionalizada de la voluntad y de la opinión como si se efectúa de modo informal en las redes del espacio público político, más bien guarda una interna conexión con los contextos de un mundo de la vida, deferente con dicho tipo de política, y por su parte también racionalizado. Precisamente, las comunicaciones políticas filtradas deliberativamente dependen de los recursos del mundo de la vida —de una cultura política libre y de una socialización política de tipo ilustrado y, sobre todo, de las iniciativas de las asociaciones conformadoras de opinión— que se constituyen y se regeneran de modo espontáneo y que, en cualquier caso, son, por su parte, difícilmente accesibles a los intentos de intervención y dirección política.

8. EL VÍNCULO INTERNO ENTRE ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

Aunque con frecuencia en los círculos académicos pronunciamos de manera casi simultánea las palabras derecho y política, al mismo tiempo nos hemos acostumbrado a considerar el derecho, el Estado de derecho y la democracia como objetos pertenecientes a diferentes disciplinas: la jurisprudencia trata del derecho, mientras que la ciencia política lo hace de la democracia; la primera considera al Estado de derecho desde el punto de vista normativo, mientras que la segunda lo hace desde una perspectiva empírica. La división del trabajo científico no permanece, pues, imposible cuando los juristas se ocupan de la formación de la voluntad política en el Estado democrático constitucional o cuando los científicos sociales, en calidad de sociólogos del derecho, se ocupan del derecho y del Estado de derecho o, en calidad de politólogos, del proceso democrático. Estado de derecho y democracia se nos presentan como objetos completamente distintos. Hay para ello buenas razones. Puesto que toda dominación política se ejerce bajo la forma del derecho, existen por tanto también ordenamientos jurídicos allí donde la violencia política no está aún domesticada por el Estado de derecho. Y existen también Estados de derecho allí donde el poder del gobierno no ha sido democratizado. Dicho de una manera sumamente concisa, hay ordenamientos jurídicos estatales sin instituciones características del Estado de derecho, y hay Estados de derecho sin constituciones democráticas. Estas razones empíricas en favor de un tratamiento académico que se atenga a la división del trabajo entre ambos objetos no implica, de ninguna manera, que, considerado normativamente, pudiera darse un Estado de derecho sin democracia.

A continuación, deseo tratar esta conexión interna entre Estado de derecho y democracia desde diversas perspectivas. Dicha conexión se deduce tanto del concepto mismo de derecho moderno (I), como de la circunstancia de que el derecho positivo ya no puede extraer su legitimidad de un derecho superior (II). El derecho mo-

derno se legitima en la autonomía garantizada de manera igual a cada ciudadano, de forma que la autonomía privada y la pública se presuponen recíprocamente (III). Esta conexión conceptual rige también en aquella dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica que, frente a la comprensión liberal del derecho, ofreció primero el paradigma jurídico del Estado social y que hoy en día viene exigida por una autocomprensión procedimental del Estado democrático de derecho (IV). Aclararé, por último, el sentido de este paradigma procedimental del derecho considerando a título de ejemplo las políticas feministas de equiparación (V).

I. PROPIEDADES FORMALES DEL DERECHO MODERNO

Desde Locke, Rousseau y Kant, no sólo en la filosofía, sino también en la realidad constitucional de las sociedades occidentales, se ha ido implantado un concepto de derecho que a la vez debe tener presente tanto la positividad como el carácter garantizador de la libertad propios del derecho coactivo. El hecho de que las normas protegidas mediante la amenaza de sanciones estatales se basen en una disposición modificable de un legislador político está vinculado a la exigencia de legitimación, una exigencia consistente en que un derecho establecido de esa manera debe asegurar de igual modo la autonomía de todas las personas jurídicas. El procedimiento democrático de elaboración de las leyes debe satisfacer, por tanto, esta exigencia. De este modo se produce una conexión conceptual entre, por un lado, el carácter coactivo y la modificabilidad del derecho positivo y, por otro lado, un modo de producir legitimidad característico de la creación del derecho. Por eso existe, considerado desde una perspectiva normativa, no sólo una conexión histórica-contingente entre la teoría del derecho y la teoría de la democracia, sino también una conexión interna o conceptual.

A primera vista, esto puede parecer un truco filosófico. Pero, de hecho, esta conexión interna está profundamente anclada en las presuposiciones de nuestra praxis jurídica cotidiana. En el modo de validez propio del derecho se abraza la facticidad de la aplicación estatal del derecho con la fuerza fundadora de legitimidad de un procedimiento con pretensión de racionalidad, ya que fundamenta la libertad. Esto se muestra en aquella ambivalencia característica con la que el derecho se dirige a sus destinatarios y de los que a la vez espera obediencia. Esto es, el derecho deja al buen cri-

terio de sus destinatarios el considerar las normas sólo como una limitación fáctica de su campo de acción que permite manejar de modo estratégico las consecuencias calculables de las posibles transgresiones de las reglas; el derecho también permite a los destinatarios la posibilidad de extraer, con una actitud performativa, las consecuencias de las leyes, esto es, *por respeto* a los resultados de una formación de la voluntad que reclaman legitimidad.)

Al desarrollar su concepto de legitimidad, ya Kant había destacado la conexión existente entre esos dos momentos sin los cuales no puede exigirse obediencia al derecho: las normas jurídicas deben establecerse de modo que bajo diversos aspectos puedan ser consideradas a la vez como leyes coactivas y como leyes de libertad. Esta doble dimensión pertenece a nuestra comprensión del derecho moderno. Consideramos la validez de una norma jurídica como equivalente a la explicación de que el Estado garantiza al mismo tiempo la aplicación fáctica del derecho y la creación legítima del derecho. Esto es, que el Estado garantiza, por un lado, la legalidad de la conducta en el sentido de un cumplimiento generalizado de las normas, que si es necesario es impuesto por medio de sanciones, así como, por otro lado, la legitimidad de la regla misma, que tiene que hacer posible en todo momento el seguimiento de las normas por respeto a la ley.)

A esto se añade, ciertamente, la cuestión de cómo debe fundamentarse la legitimidad de unas reglas que pueden ser modificadas en cualquier momento por el legislador político. También las normas constitucionales son reformables e, incluso, las normas fundamentales que la constitución misma declara inmodificables comparten con todo el derecho positivo el mismo destino de poder ser derogadas, por ejemplo, tras un cambio de régimen. Mientras era posible apelar al derecho natural, fundamentado en términos religiosos o metafísicos, con la ayuda de la moral podía contenerse el torbellino de la temporalidad en el que se ve arrastrado el derecho positivo. El derecho positivo temporalizado en el sentido de una jerarquía de leyes debía permanecer *subordinado* al derecho moral eternamente válido y recibir de éste sus orientaciones permanentes. Pero prescindiendo incluso de que en las sociedades pluralistas se han desmoronado tales tipos de imágenes del mundo y de códigos éticos colectivamente vinculantes, el derecho moderno, en virtud de sus cualidades formales, se substrahe al influjo directo de una moral postradicional que, por así decir, hubiese quedado como la única disponible.)

II. SOBRE LA RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD ENTRE DERECHO POSITIVO Y MORAL AUTÓNOMA

Los derechos subjetivos con los que se construye el ordenamiento jurídico moderno tienen el sentido de dispensar a las personas jurídicas de las obligaciones morales. Con la introducción de los derechos subjetivos, que otorgan a los actores un espacio de acción en el que actuar conforme a sus propias preferencias, el derecho moderno en su conjunto hace valer el principio general de que está permitido todo lo que no está explícitamente prohibido. Mientras que de suyo en la moral se da una simetría entre derechos y obligaciones, los deberes jurídicos se derivan únicamente como una consecuencia de la justificación de la limitación legal de las libertades subjetivas. Esta situación de privilegio, en el plano de los conceptos fundamentales, de los derechos frente a las obligaciones se explica mediante los conceptos modernos de persona jurídica y comunidad de derecho. El universo moral, limitado en el espacio social y en el tiempo histórico, se extiende a todas las personas naturales en su complejidad biográfica; la moral incluso se extiende a la protección de la integridad de los sujetos plenamente individualizados. Frente a ello, una comunidad jurídica localizada en el espacio y en el tiempo protege la integridad de sus miembros exactamente en la medida en que éstos asumen el status, creado artificialmente, de portadores de derechos subjetivos. Por eso, entre el derecho y la moral se da más bien una relación de complementariedad que de subordinación.

Esto vale también para una perspectiva más amplia. Las materias que precisan regulación legal son simultáneamente más limitadas y más amplias que los asuntos de relevancia moral: más limitadas porque a la regulación jurídica sólo le es accesible la conducta exterior, esto es, la conducta que puede ser sometida a coacción; más amplias porque el derecho, como medio de organización de la dominación política, no sólo se refiere a la regulación de los conflictos de acción interpersonales, sino también a la consecución de objetivos y programas políticos. Por ello, las regulaciones jurídicas no afectan sólo a las cuestiones morales en sentido estricto, sino también a las cuestiones pragmáticas y éticas, así como a la formación de compromisos entre intereses contrapuestos. Y, a diferencia de lo que sucede con la pretensión de validez de los preceptos morales, con claros contornos normativos, la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas descansa en diversas clases

de razones. La praxis legislativa de justificación depende de una extensa y densa red de discursos y negociaciones, y no solamente de discursos morales. J

La idea iusnaturalista de una jerarquía de derechos de diferente dignidad resulta bastante equívoca. El derecho puede comprenderse mejor como un complemento funcional de la moral, a saber: el derecho de validez positiva, reclamable y establecido legítimamente puede aliviar a las personas que juzgan y actúan moralmente de las considerables exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas propias de una moral reorientada completamente hacia la conciencia subjetiva. El derecho puede compensar las debilidades de una moral exigente que, sin embargo, cuando se consideran las consecuencias empíricas, sólo proporciona resultados cognitivamente indeterminados y motivacionalmente inciertos. Esto, por supuesto, no libera al legislador ni al poder judicial de la preocupación de armonizar el derecho y la moral. No obstante, las regulaciones jurídicas son demasiado concretas como para poder legitimarse sólo por el hecho de que no contradigan los principios morales. Pero, ¿de quién, si no de un derecho moral superior, puede el derecho positivo tomar prestado su legitimidad? J

Como la moral, así también el derecho debe proteger del mismo modo la autonomía de todos los participantes y afectados. De esta manera, el derecho tiene que mostrar su legitimidad bajo este aspecto del aseguramiento de la libertad. De un modo que resulta ciertamente interesante, la positividad del derecho obliga a una peculiar disociación de la autonomía para la que no existe ningún equivalente del lado de la moral. La autodeterminación moral en el sentido de Kant constituye un concepto unitario en la medida en que exige de cada individuo *in propria persona* que siga de manera precisa las normas que él se propone a sí mismo según su propio juicio imparcial —o el logrado en común con todos los demás—. Ahora bien, el carácter vinculante de las normas jurídicas no se funda en los procesos de formación de la opinión y del juicio, sino en las disposiciones colectivamente vinculantes procedentes de las instancias que legislan y aplican el derecho. De ello se desprende, con el carácter de una necesidad conceptual, una división de papeles entre los autores que legislan (y aplican) el derecho y los destinatarios que se encuentran sometidos al derecho vigente. La autonomía que en el ámbito moral está hecha, por así decirlo, de una pieza, en el ámbito jurídico se presenta en la doble forma de autonomía privada y autonomía pública. A

¶ No obstante, estos dos momentos tienen que conciliarse de tal manera que una autonomía no perjudique a la otra. Las libertades subjetivas de acción del sujeto de derecho privado y la autonomía pública del ciudadano se posibilitan recíprocamente. A esto contribuye la idea de que las personas jurídicas sólo pueden ser autónomas en la medida en que en el ejercicio de sus derechos ciudadanos puedan entenderse como autores precisamente de los derechos a los que deben prestar obediencia como destinatarios.

III. SOBRE LA MEDIACIÓN ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y DERECHOS HUMANOS

¶ No es, pues, sorprendente que las teorías del derecho racional hayan dado respuesta a la cuestión de la legitimación, por un lado, mediante la referencia al principio de la *soberanía popular* y, por otro lado, mediante la remisión al *imperio de la ley* garantizado por medio de los derechos humanos. El principio de la soberanía popular se expresa en los derechos de comunicación y participación que aseguran la autonomía pública de los ciudadanos; el imperio de la ley, por su parte, en aquellos clásicos derechos fundamentales que garantizan la autonomía privada de los ciudadanos. El derecho se legitima de este modo como medio para asegurar de forma paritaria la autonomía privada y la pública. La filosofía política, por supuesto, nunca se ha tomado en serio la tarea de equilibrar la tensión entre la soberanía popular y los derechos humanos, entre la «libertad de los antiguos» y la «libertad de los modernos». La autonomía política de los ciudadanos debe tomar cuerpo en la autoorganización de una comunidad que se dé a sí misma sus leyes a través de la voluntad soberana del pueblo. Por su parte, la autonomía privada de los ciudadanos debe tomar cuerpo en derechos fundamentales que garanticen el imperio anónimo de la ley. Una vez que se han puesto estas vías, puede hacerse valer una idea a costa de la otra. El intuitivo e iluminador «carácter igualmente originario» (*Gleichursprünglichkeit*) de ambas ideas se quedaría entonces en el camino.

¶ El *republicanismo*, que hunde sus raíces en Aristóteles y en el humanismo político del Renacimiento, ha concedido siempre prioridad a la autonomía pública de los ciudadanos frente a las libertades prepolíticas de las personas privadas. Por su parte, el *liberalismo*, que tiene su origen en el pensamiento de Locke, ha conjurado

el peligro de las mayorías tiránicas y ha postulado la prioridad de los derechos humanos. En un caso, los derechos humanos deben su legitimidad al resultado de la autocomprensión ética y a la práctica de la autodeterminación soberana de una comunidad política; en el otro caso, esos mismos derechos por sí mismos deben constituir límites legítimos que impidan a la voluntad soberana del pueblo intervenir en la esfera intangible de la libertad subjetiva. Aunque Rousseau y Kant pretendieron pensar ambas cosas (la voluntad soberana y la razón práctica) de una manera tan integrada en el concepto de la autonomía de las personas jurídicas que interpretaron la soberanía popular y los derechos humanos como elementos en relación recíproca, ellos mismos no mantuvieron el carácter igualmente originario de ambas ideas: Rousseau sugiere, sobre todo, una interpretación republicana, Kant, más bien, una interpretación liberal. Ambos equivocaron la intuición que querían llevar a concepto: la idea de los derechos humanos que se expresa en el derecho a iguales libertades subjetivas de acción no puede ser simplemente impuesta al legislador soberano como límite externo ni tampoco instrumentalizada como requisito funcional para los objetivos de ese soberano.

Para expresar correctamente esta intuición, resulta recomendable considerar desde el punto de vista de la teoría discursiva el procedimiento democrático que presta su fuerza legitimadora al proceso legislativo en las condiciones de pluralismo social y de formas de ver el mundo. Parto del principio —que aquí no es preciso explicar de manera pormenorizada— de que pueden reclamar legitimidad precisamente aquellas regulaciones que todos los posibles afectados pudieran aceptar como participantes en discursos racionales. Si ahora los discursos y las negociaciones —cuya justicia se basa en el procedimiento establecido discursivamente— constituyen el lugar en el que puede formarse una voluntad política racional, entonces aquella presunción de racionalidad que debe fundamentar el procedimiento democrático tiene que apoyarse, en último extremo, en un primoroso arreglo comunicativo: se trata de determinar las condiciones bajo las cuales las formas de comunicación necesarias para una producción legítima del derecho puedan ser, por su parte, institucionalizadas jurídicamente. La búsqueda de conexión interna entre derechos humanos y soberanía popular consiste, pues, en que a través de los derechos humanos mismos debe satisfacerse la exigencia de la institucionalización jurídica de una práctica ciudadana del uso público de las libertades. Los dere-

chos humanos, que *posibilitan* el ejercicio de la soberanía popular, no pueden ser impuestos a dicha práctica praxis como una limitación desde fuera.

Esta reflexión, claro está, sólo resulta directamente iluminadora para los derechos civiles de carácter político, esto es, para aquellos derechos humanos de comunicación y participación que aseguran el ejercicio de la autonomía política, y no, en cambio, para aquellos clásicos derechos humanos que garantizan la autonomía privada de los ciudadanos. Me refiero aquí, en primer lugar, al derecho fundamental al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción, pero también a aquellos derechos fundamentales que establecen tanto el *status* de pertenencia estatal como una amplia protección jurídica individual. Estos derechos, que deben garantizar a cada cual una consecución en igualdad de oportunidades de sus objetivos privados de vida, poseen un valor intrínseco y, en cualquier caso, no se reducen a su valor instrumental para la formación de la voluntad democrática. Sólo podremos sostener la intuición acerca del *carácter igualmente originario* de los clásicos derechos de libertad y de los derechos políticos del ciudadano si precisamos a continuación nuestra tesis de que los derechos humanos *posibilitan* la praxis de la autodeterminación de los ciudadanos.

IV. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA PÚBLICA

Aunque los derechos humanos pudieran ser fundamentados en términos morales sin ningún problema, no pueden imponerse a un soberano, por así decir, de manera paternalista. La idea de la autonomía jurídica de los ciudadanos exige que los destinatarios del derecho puedan comprenderse al mismo tiempo como los autores del mismo. Esta idea se vería replicada si el constituyente democrático encontrara ya los derechos humanos como si fueran hechos morales dados que tan sólo tendría que positivizar. Pero, de otro lado, no debe pasarse por alto que la elección del *medio*, sólo mediante el cual los ciudadanos pueden realizar su autonomía no se encuentra a libre disposición de los mismos en su papel de legisladores. En el proceso legislativo participan sólo en calidad de sujetos de *derecho*; ya no pueden disponer de qué lenguaje quieren servirse. La idea democrática de la autolegislación *tiene que* adquirir validez en el medio del derecho mismo.

No obstante, si los presupuestos comunicativos por los que los ciudadanos juzgan a la luz del principio discursivo si el derecho que ellos establecen es derecho legítimo deben ser, por su parte, institucionalizados en la forma de derechos civiles políticos, entonces el código jurídico como tal debe estar disponible. Para el establecimiento de este código jurídico es necesario, sin embargo, crear el *status* de personas jurídicas, que como portadores de derechos subjetivos pertenezcan a una asociación voluntaria de socios jurídicos y que en el caso dado reclamarán de manera efectiva sus derechos. No hay derecho alguno sin la autonomía privada de las personas jurídicas. Por consiguiente, sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habría tampoco medio alguno para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los individuos en su papel de ciudadanos podrían hacer uso de su autonomía pública. De este modo, autonomía privada y pública se presuponen mutuamente, de modo tal que los derechos humanos no pueden reclamar ningún primado sobre la soberanía popular o ésta sobre aquéllos.

De esta manera se explicita la intuición de que, por una parte, los ciudadanos sólo pueden hacer uso apropiado de su autonomía pública si son suficientemente independientes en virtud de una autonomía privada asegurada de manera homogénea; pero que a la vez sólo pueden lograr una regulación susceptible de consenso de su autonomía privada si en cuanto ciudadanos pueden hacer uso apropiado de su autonomía política.

Esta interna conexión entre Estado de derecho y democracia ha sido ocultada durante mucho tiempo por la competencia existente entre los paradigmas jurídicos dominantes hasta hoy. El paradigma liberal del derecho cuenta con una sociedad centrada en la economía e institucionalizada con técnicas propias del derecho privado —sobre todo, mediante los derechos de propiedad y la libertad contractual— que permanece entregada a la acción espontánea de los mecanismos del mercado. Esta «sociedad de derecho privado» está cortada a la medida de la autonomía de los sujetos jurídicos, que en su papel de participantes en el mercado persiguen los propios planes de vida de manera más o menos racional. A esto se añade la expectativa normativa de que se puede producir justicia social mediante la salvaguardia de tal *status* jurídico negativo, esto es, sólo mediante la delimitación de las esferas de libertad individual. A partir de una crítica bien fundamentada a este presupuesto se desarrolló el modelo del Estado social. La objeción resulta evi-

dente: si la libertad dada por la «facultad de tener y adquirir» debe garantizar la justicia social, entonces tiene que existir una igualdad para ejercer esa «facultad jurídica». Con la creciente desigualdad de las posiciones económicas de poder, de bienes de fortuna y de posiciones sociales de vida se destruyen, empero, los presupuestos fácticos para un aprovechamiento en igualdad de oportunidades de las competencias jurídicas repartidas de modo igualitario. Si el contenido normativo de la igualdad jurídica no debe convertirse por completo en su contrario, entonces, por un lado, hay que especificar materialmente las normas existentes del derecho privado y, por otro lado, hay que introducir derechos fundamentales de carácter social, que fundamenten tanto el derecho a un reparto más justo de la riqueza producida socialmente como el derecho a una protección más eficaz ante los riesgos producidos socialmente.

Entretanto, esta *materialización* del derecho ha dado lugar, claro está, a los efectos no previstos de un *paternalismo del Estado social*. Evidentemente, la equiparación anhelada de las situaciones fácticas de vida y de posiciones de poder no debe conducir a intervenciones «normalizadoras» de forma que los presuntos beneficiarios se vean por eso limitados en su libertad para configurar autónomamente la vida. En el posterior transcurso de la dialéctica entre la libertad jurídica y la libertad fáctica se ha demostrado que ambos paradigmas del derecho están comprometidos de igual manera con la imagen productivista de una sociedad industrial de economía capitalista que debe funcionar de modo que la expectativa de justicia social pueda ser satisfecha mediante una persecución autónoma y privada asegurada de las respectivas concepciones de la vida buena. Ambas partes polemizan sólo sobre la cuestión de si la autonomía privada puede ser garantizada directamente por medio de los derechos de libertad o si la formación de la autonomía privada tiene que ser asegurada mediante la protección de derechos sociales de prestación. Pero en ambos casos desaparece de la mirada la interna conexión entre la autonomía privada y la pública.

V. EL EJEMPLO DE LAS POLÍTICAS FEMINISTAS DE EQUIPARACIÓN

De la mano de las políticas feministas de equiparación deseo mostrar, finalmente, que la política jurídica fluctuará inerte entre los dos paradigmas tradicionales en tanto que la perspectiva permanece restringida al aseguramiento de la autonomía privada y se di-

fumine la interna conexión existente entre los derechos subjetivos de las personas privadas y la autonomía pública de los ciudadanos participantes en el proceso legislativo. En última instancia, los sujetos de derecho privado no pueden de ninguna manera llegar a disfrutar de iguales libertades subjetivas si ellos mismos, en el ejercicio común de su autonomía ciudadana, no llegan a aclararse sobre sus legítimos intereses y criterios y si no logran ponerse de acuerdo acerca de los *puntos de vista relevantes* conforme a los cuales lo igual debe ser tratado de modo igual y lo desigual de modo desigual.

La política liberal pretende, en primer término, desconectar la adquisición del *status* respecto de la identidad sexual, así como garantizar a las mujeres una igualdad de oportunidades que resulte neutral con respecto a los resultados en la competencia por los puestos de trabajo, la estimación social, las titulaciones académicas, el poder político, etc. Sin embargo, la equiparación formal, ya llevada a cabo parcialmente, ha puesto de relieve de manera aún más evidente el desigual trato *fáctico* de las mujeres. Ante ello reaccionó la política del Estado social con reglamentaciones especiales, sobre todo en el derecho social, laboral y de familia: así, por ejemplo, en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad o a las cargas sociales en casos de separación. Entretanto, se han convertido en objeto de la crítica feminista no sólo las exigencias incumplidas, sino también las consecuencias ambivalentes de los programas del Estado social aplicados con éxito: como, por ejemplo, el riesgo de una mayor ocupación que estas compensaciones representan para las mujeres; la sobrerrepresentación de las mujeres en los grupos con salarios más bajos; el problemático «bienestar del hijo»; en general, la progresiva feminización de la pobreza, etc. Desde un punto de vista jurídico, una razón para esta discriminación producida reflexivamente radica en las clasificaciones demasiado generalizadoras de las situaciones discriminatorias y de los grupos humanos discriminados. Estas «falsas» clasificaciones conducen a intervenciones «normalizadoras» en las formas de vida que pueden convertir la pretendida compensación de daño en renovada discriminación, transformando la garantía de libertad en privación de libertad. En las materias del derecho concernientes a las mujeres, el paternalismo del Estado social adopta un sentido literal en la medida en que el poder legislativo y la jurisprudencia se orientan por patrones tradicionales de interpretación, contribuyendo de este modo a consolidar los estereotipos existentes en referencia a la identidad sexual.

La clasificación de los roles sexuales y de las diferencias dependientes del sexo afecta a los estratos elementales de la autocomprensión cultural de una sociedad. Hoy en día, sólo el feminismo radical ha logrado que se tome conciencia del carácter falible, revisable y fundamentalmente cuestionable de esta autocomprensión. Insiste con razón en que deben clarificarse las perspectivas bajo las cuales resultan relevantes las diferencias existente entre las experiencias y las situaciones de vida de (determinados grupos de) mujeres y varones para un disfrute en igualdad de oportunidades de las libertades subjetivas de acción, y en que esto debe hacerse *en la esfera pública de la política*, esto es, en la polémica pública sobre la interpretación adecuada de las necesidades y criterios. Así, en esta lucha por la equiparación de la mujer se muestra de manera especialmente clara la necesidad de cambiar la comprensión paradigmática del derecho.

En lugar de la polémica sobre si la autonomía de las personas jurídicas está mejor asegurada mediante las libertades subjetivas para la competencia entre personas privadas o mediante derechos de prestación garantizados objetivamente para los clientes de la burocracias de los Estados de bienestar, se presenta una concepción procedimental del derecho, según la cual el proceso democrático tiene que asegurar al mismo tiempo la autonomía privada y la pública: los derechos subjetivos, que deben garantizar a las mujeres una configuración autónoma de la vida, apenas pueden ser formulados de modo adecuado si antes los afectados no articulan y fundamentan por sí mismos en discusiones públicas los puntos de vista relevantes para el tratamiento igual y desigual de los casos típicos. La autonomía privada de los ciudadanos iguales en derechos sólo puede ser asegurada activando al mismo compás su autonomía ciudadana.]

BIBLIOGRAFÍA

1. «Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral», inédito.
2. «El Estado nacional europeo. Sobre el pasado y futuro de la soberanía y de la ciudadanía», versión ampliada de «The European Nation State - Its Achievements and Limitations», publicado en *Ratio Juris*, nº 9, junio 1996, págs. 125-137.
3. «Inclusión: ¿incorporación o asimilación? Sobre la relación entre nación, Estado de derecho y democracia», inédito.
4. «¿Necesita Europa una Constitución? Observaciones a Dieter Grimm», publicado originalmente como «Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"», en *European Law Journal*, nº 1, 1995, págs. 303-307.
5. «La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años», publicado originalmente en *Kritische Justiz*, nº 28, 1995, págs. 293-319.
6. «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho», publicado originalmente en Charles Taylor y otros, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Francfort, Fischer, 1993, págs. 147-196.
7. «Tres modelos normativos de democracia», versión ampliada a una contribución al Homenaje a Iring Fetscher, H. Münkler (comp.), *Die Chancen der Freiheit*, Munich, 1992, págs. 11-24.
8. «El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia», publicado originalmente en Ulrich Preuß (comp.), *Zum Begriff der Verfassung*, Francfort, Fischer, 1994, págs. 83-94.