

VII

POLÍTICA DELIBERATIVA:
UN CONCEPTO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA

La cuestión de las condiciones de una génesis del derecho que resulte eficaz en lo que respecta a legitimación, hizo que del amplio espectro de los procesos políticos quedase en primer plano el fragmento que representa la política legislativa. Desde el ángulo de mira de la teoría del derecho he descrito ésta como un proceso que viene diferenciado según formas de argumentación y que incluye negociaciones. En las exigentes condiciones procedimentales y presuposiciones comunicativas, de las que depende la producción legítima del derecho, la razón ponedora de normas y examinadora de normas cobra una forma procedimental. Y de entrada no queda claro cómo esta concepción procedimental, tan cargada de idealizaciones, podría conectar con investigaciones empíricas que entienden ante todo la política como un escenario de procesos de poder y la analizan desde el punto de vista de discusiones y enfrentamientos estratégicos, guiados por intereses, o de efectos de control y regulación de carácter sistémico. Esta cuestión no voy a entenderla en el sentido de una *contraposición* entre ideal y realidad; pues el contenido normativo que, de entrada, hemos hecho valer en términos reconstructivos viene inscrito, por lo menos en parte, en la facticidad social de los propios procesos políticos observables. Una sociología de la democracia que proceda en términos reconstructivos tiene por tanto que elegir sus conceptos básicos de suerte que le sea posible identificar en las prácticas políticas, por distorsionadamente que ello sea, partículas y fragmentos ya encarnados de una «razón existente». Este planteamiento no necesita de ningún respaldo proporcionado por ninguna filosofía de la historia; se apoya sólo en la premisa de que la manera de operar de un sistema político articulado en términos de Estado de derecho no puede describirse de modo adecuado, tampoco empíricamente, sin referencia a la dimensión de validez del dere-

cho, y a la fuerza legitimadora que tiene la génesis democrática del derecho.

Hasta aquí hemos venido sometiendo a examen desde el punto de vista de la teoría del derecho una tensión entre facticidad y validez, que es inmanente al derecho mismo. En lo que sigue el tema será la relación *externa* entre facticidad y validez, es decir, la tensión que se da entre la autocomprensión normativa del Estado de derecho, explicada en términos de teoría del discurso, y la facticidad social de los procesos políticos —que más o menos discurren en las formas propias del Estado de derecho—. Con ello retornamos al modo sociológico de consideración de los dos primeros capítulos. Ya desde la propia perspectiva interna de la teoría del derecho podía verse que el sistema de los derechos, tanto ha de interpretarse y configurarse en forma de Constituciones históricas, como ha de implementarse también en órdenes institucionales. Estos dos niveles que representan una teoría comparativa de las Constituciones y un análisis de las instituciones articulado en términos de ciencia política me los saltaré aquí y, en lugar de eso, trataré de hallar transiciones desde los modelos normativos de democracia a las teorías de la democracia planteadas en términos de ciencia social. Los procesos de generación, de distribución y de empleo de poder político nos han ocupado hasta ahora desde el punto de vista de la organización del Estado de derecho. Se trataba de las regulaciones normativas de la relación del poder comunicativo con el poder administrativo y con el poder social. La sociología política considera los mismos fenómenos desde una perspectiva distinta.

Antes de entrar en el próximo capítulo en las teorías «realistas» de la democracia, prepararé progresivamente el necesario cambio de perspectiva. Primero consideraré una concepción de la democracia, reducida en términos empiristas, que elimina del poder y del derecho su aspecto de legitimidad democrática (I). Partiendo de una comparación de modelos normativos de democracia desarrollo después una concepción procedimental del proceso democrático la cual ya no se compadece con la concepción totalizadora de una sociedad centrada en el Estado, y se presenta pretendiendo neutralidad frente a proyectos de vida que compiten entre sí (II). Finalmente, analizo la tentativa de Robert Dahl de una traducción sociológica y un examen o comprobación empíricos de la comprensión procedimental de la democracia, con la finalidad de aclarar qué significa «confrontar» con la realidad de las sociedades supercomplejas la idea de autoorganización de miembros libremente asociados de una comunidad jurídica (III).

I

Parto de que la relación constitutiva entre el poder y el derecho cobra relevancia empírica a través de las presuposiciones conceptualmente inevitables de la producción legítima de normas y a través de la institucionalización de la correspondiente práctica de autodeterminación de los ciudadanos. Este supuesto podría significar una manera tendenciosa de plantear de entrada nuestro tema, pues excluye de antemano una estrategia conceptual empirista. Ésta elimina, en efecto, del concepto de poder precisamente esa autoridad normativa que el poder cobra por su relación interna con el derecho legítimo. Las teorías empiristas del poder, ya estén planteadas en términos de teoría de sistemas, ya en términos de teoría de la acción, no ignoran la impregnación normativa del poder político articulado en términos de derecho, pero la reducen a poder social. Según una lectura, el «poder social» se expresa en la capacidad que tienen de imponerse intereses superiores que pueden ser perseguidos de forma más o menos racional; el «poder político» puede concebirse entonces como una forma abstraída de poder social, articulada de forma estable, que permite intervenciones sobre el «poder administrativo», es decir, sobre los cargos organizados en términos de una jerarquía de competencias. Desde la perspectiva empirista del observador la pretensión de legitimidad del derecho, que se transmite al poder político a través de su forma jurídica, al igual que la necesidad de legitimación que puede cubrirse recurriendo a determinados criterios de validez, caen bajo descripciones *distintas* que desde la perspectiva del participante: las condiciones de aceptabilidad del derecho y del poder político se transforman en condiciones de «aceptancia» y las condiciones de legitimidad se transforman en condiciones de estabilidad de una fe en la legitimidad de la dominación, fe que por término medio correspondería a toda la comunidad jurídica. Un análisis practicado con estos medios conceptuales (u otros semejantes) puede, como aún veremos, someter perfectamente a una crítica clarificadora la autocomprensión normativa del Estado democrático de derecho¹.

Pero una empresa completamente distinta, esto es, una lectura completamente distinta es la que representa una teoría de la democracia, concebida con intención normativa, que se limita a tomar prestados de las ciencias sociales la mirada objetivante y los conceptos empiristas básicos. Pues lo que esa teoría trata de demostrar es que las prácticas democráticas, desde la perspectiva de los participantes mismos, pueden legitimarse bajo una descripción empirista. Tal teoría trata de explicar por qué, incluso bajo la premisa de que

1. Cf. más abajo cap. VIII, pp. 409 ss.

las pretensiones de validez de la política y del derecho no lleven anejo sentido cognitivo alguno, las élites y los ciudadanos, en virtud de sus propios intereses, podrían tener buenas razones para contribuir con lo que normativamente se les exige en el juego legitimatorio de las democracias liberales de masas. Si tal modelo de democracia pudiera fundamentarse, la cuestión de la relación externa entre facticidad y validez se habría convertido en superflua, y ello de forma bien elegante; bastaría no tomar ya *at face value* el contenido normativo del Estado de derecho.

Primero (1) someteré a un examen de consistencia la propuesta de Werner Becker de una fundamentación empirista de las reglas de juego democrático. El resultado, más bien insatisfactorio, (2) nos obliga a retornar a los modelos directamente normativos de democracia, con los que ya nos hemos topado.

(1) Becker se sirve de elementos empiristas para desarrollar una teoría normativa de la democracia, es decir, para una teoría proyectada con fines de justificación. Así como el poder se expresa en la superioridad empírica del interés o la voluntad más fuerte, así también el poder estatal se expresa en la estabilidad del orden que logra mantener. La legitimidad se considera medida de la estabilidad, pues objetivamente la legitimidad del Estado se mide por el reconocimiento fáctico de que es objeto por parte de los sometidos a la dominación. Y tal reconocimiento puede ir desde la simple resignación al libre asentimiento. Las razones subjetivas, eficaces en lo que respecta al asentimiento creador de legitimación, pretenden, desde luego, validez dentro del «marco cosmovisional» aceptado en cada caso; pero escapan a un enjuiciamiento objetivo. Una legitimación es tan buena como cualquier otra, con tal que contribuya lo suficiente a la estabilización de la dominación. Según esto, también una dictadura puede considerarse legítima mientras el marco legitimatorio socialmente reconocido posibilite la estabilidad del Estado. Desde el punto de vista de la teoría del poder la calidad de las razones carece de relevancia empírica: «Es una equivocación de los liberales y demócratas creer que las dictaduras sólo pueden sobrevivir bajo la "protección de las bayonetas"»³.

Becker introduce después el concepto de democracia valiéndose de las reglas de juego que rigen las elecciones generales atenuadas al criterio de igualdad de voto, la competencia entre partidos y la dominación de la mayoría. Pero sobre el trasfondo de una comprensión empirista de las normas sociales, conforme a la cual la «validez» de las normas sólo significa que llevan aneja una sanción que garantiza su estabilidad, la teoría no puede ver su tarea en una justifica-

2. W. Becker, *La libertad que queremos*, México, 1990, p. 58.

ción *normativa* de esos ingredientes de la democracia. Antes en lo que a prueba se refiere, lo único que puede pretender es demostrar que los participantes, incluso bajo una descripción empirista, tienen buenas razones para atenerse a las reglas de juego establecidas de una democracia de masas. Esto vale ante todo para la observancia de estas normas por parte de los partidos que tienen el poder: «El partido que está en el poder nunca trata de restringir la actividad política de los ciudadanos o de los partidos mientras éstos no emprendan la tentativa de derrocar al gobierno mediante la violencia». Con esto se corresponde la tranquilidad de los sometidos: «Los partidos que han perdido las elecciones nunca tratan de impedir, mediante la violencia o cualquier otro medio ilegal, que el partido vencedor tome posesión de los cargos»⁴. Bajo estas condiciones está asegurado un turno pacífico en el poder.

La fundamentación de Becker puede reconstruirse como una secuencia de tres pasos dobles, consistiendo la primera parte de cada uno de los pasos en una explicación objetiva y la segunda parte en la tentativa de traducir la explicación dada desde la perspectiva del observador en una explicación *para el participante mismo*, articulada en términos de elección racional. La argumentación habría alcanzado su objetivo en ese punto de indiferencia en el que la explicación objetiva podría ser también aceptada como una explicación suficiente desde la perspectiva del participante.

(a) Las reglas de una democracia caracterizada por la competencia entre partidos, que obtiene su legitimidad del voto mayoritario conseguido en unas elecciones libres, iguales y secretas, cobran plausibilidad a partir de una comprensión de sí y del mundo específicamente moderna. Ésta se funda en un «subjetivismo ético», que, por un lado, seculariza la comprensión judeo-cristiana de la igualdad de cada individuo ante Dios y toma por punto de partida la igualdad básica de todos los individuos, pero que, por otro lado, sustituye el fundamento transcendente de los preceptos obligatorios por un sentido inmanente de la validez, es decir, ve anclada la validez de las normas tan sólo en la voluntad de los sujetos mismos. En una lectura empirista la comprensión moderna de la libertad significa entre otras cosas que «la validez de las normas que el hombre particular acepta, viene generada por él mismo a través de su libre asentimiento»⁴. Los individuos mismos son los que producen voluntariamente la validez normativa, mediante el acto de su libre asentimiento. A esta comprensión voluntarista de la validez responde una comprensión positivista del derecho: como derecho se considera aquello y sólo aque-

3. *Ibid.*, p. 64.

4. *Ibid.*, p. 38.

llo que un legislador político, elegido conforme a los criterios establecidos, establece como derecho. En el sentido del «racionalismo crítico», esta convicción no viene racionalmente justificada en ningún sentido, sino que es sólo expresión de una decisión o de una acuñación cultural que fácticamente ha logrado imponerse⁵.

Ahora bien, cuando los afectados, desde la perspectiva de participantes, quieren hacer suya esta explicación, caen, ciertamente, en la tentación de buscar fundamentaciones para el subjetivismo ético, sea en derechos humanos de tipo suprapositivo, sea con ayuda de un punto de vista moral, articulado en términos deontológicos, conforme al que sólo sería válido aquello que *todos* pudiesen querer. Pero con tales subterfugios racionalistas, así nos lo enseña el empirismo, no habrían hecho otra cosa que cerrar los ojos ante la ineliminable contingencia de aquello que normativamente tienen por válido. Sin embargo, es precisamente esta conciencia de contingencia la que hace insatisfactoria para ellos, para los participantes en el proceso democrático, la explicación objetiva ofrecida. Necesitan, pues, al menos, una explicación «racional con arreglo a fines» acerca de por qué las normas impuestas por mayoría habrían de ser aceptadas como válidas por la minoría derrotada en cada caso.

(b) Bajo el presupuesto de un concepto voluntarista de validez normativa, la pretensión de validez de las decisiones mayoritarias no puede fundamentarse apelando al bien común, a la expectativa colectiva de utilidad o a la razón práctica; pues para ello serían menester criterios objetivos. Becker explica la «aceptancia» de la regla de la mayoría recurriendo a la idea de una domesticación de la lucha por el poder. Si conforme a los supuestos del subjetivismo ético todos poseen igual poder, las mayorías de votos son, cuando menos, una impresionante expresión numérica de la superioridad de fuerza: «Pero si se miran las cosas desde esta perspectiva, entonces esta justificación del procedimiento democrático se nutre de la amenaza de la mayoría de romper el convenio sobre la renuncia a la violencia si las cosas no se hacen como ella quiere... La democracia no significa, según esto, sino que una parte del pueblo domina durante un tiempo sobre la otra»⁶. Cuando a este efecto socio-psicológico de intimidación que tiene la amenaza por parte de un partido numéricamente más fuerte o, por lo menos, simbólicamente más fuerte, se lo considera sobre el trasfondo del peligro latente de una guerra civil, entonces la dominación temporalmente limitada de la mayoría ofrécese como una «aceptable solución del problema del poder» incluso para la minoría.

5. *Ibid.*, pp. 55-56.

6. *Ibid.*, pp. 72-72.

Esta interpretación hobbesiana de la regla de la mayoría puede cobrar una cierta plausibilidad también desde la perspectiva de los participantes cuando la domesticación de las disensiones en las que pueda estallar la violencia se convierte para todos en un objetivo de primer orden. Sin embargo, para los participantes en el proceso democrático mismo la explicación sigue siendo insatisfactoria mientras permanezca sin aclarar cómo las minorías pueden ser protegidas de una tiranía de la mayoría, por pacífica que esa tiranía sea. Además hay que garantizar que las partes en litigio se sometan efectivamente a la regla de la mayoría.

(c) Para la protección de las minorías recurre Becker a las libertades fundamentales clásicas. Las mayorías en favor de tales garantías de los intereses de las minorías se explican por el miedo de la mayoría de cada caso a convertirse a su vez en minoría. El peligro de una perpetuación de mayorías tiránicas queda prevenido y obviado porque la mayoría, por miedo a perder su poder, y la minoría, por la perspectiva de una rotación en el poder, se verían motivadas a atenerse a las reglas de juego establecidas. Las condiciones para un turno entre gobierno y oposición se cumplirían porque las élites que compiten entre sí escinden al electorado desde puntos de vista ideológicos en distintos campos, con la finalidad de conseguir mayorías con medios programáticos, por lo general con la promesa de prestaciones sociales que se interpretan de una determinada manera. La producción y obtención de legitimación viene a terminar y consistir, pues, en una integración de medios de «política ideológica» y medios de «política social». Esta integración se explica entre otras cosas porque la satisfacción de intereses sociales con medidas de política de distribución no representa en última instancia nada objetivo, sino que ha menester de una interpretación ideológicamente convincente.

Sin embargo, esta explicación objetiva de la protección de las minorías y del turno en el poder, está cortada a la medida de las constelaciones de intereses de las élites, para las que se trata de alcanzar el poder y de mantenerse en el poder. Pero lo que para éstas es plausible, puede no resultar convincente aún para los ciudadanos. El público de los ciudadanos apenas se dejaría mover a participar en el proceso democrático, o por lo menos a soportarlo con indulgencia, mientras no puedan considerarse a sí mismos sino como botín ideológico de partidos que compiten entre sí. Los ciudadanos querrán poder *convencerse* de que la asunción del gobierno por un partido promete mejores políticas que la asunción del gobierno por un partido distinto: tiene que haber buenas razones para preferir un partido a otro. Y con ello se ha alcanzado, finalmente, el punto en el que lo que resulta convincente desde la perspectiva del observador no

puede traducirse ya en un argumento que resulte igualmente convincente a los participantes. Tal tentativa conduce a contradicciones, si se mantienen las premisas empiristas.

(d) El supuesto es que, desde el punto de vista objetivante, la lucha de los partidos políticos por el poder carece de toda dimensión de validez. Becker no se cansa de insistir en que los argumentos políticos se agotan en la función de eficacia *retórica* que desarrollan en el espacio público-político y en que no se enderezan a la aceptabilidad racional: «En la democracia no se trata de averiguar la "verdad objetiva" de los objetivos políticos, antes lo que importa es crear las condiciones para la "aceptancia" democrática de aquellos objetivos que los partidos persiguen. En este aspecto los argumentos políticos... tienen más la función de propaganda, o de armas, con las que se evita el empleo de la violencia corporal, que de afirmaciones que puedan interpretarse como contribuciones al desarrollo de teorías "verdaderas"». Los conceptos de la discusión y contienda políticas, llenos, ciertamente, de pretensiones y connotaciones normativas, pero muy vagas, tienen un significado emotivo: tienen la función de establecer lazos en y con la población; correspondientemente, el discurso político tiene «una función socio-psicológica, no una función cognitiva»⁷.

Becker tiene que explicar por qué no sólo las élites, sino también los ciudadanos se percatan del sentido emotivo de una propaganda pseudo-argumentativa y, sin embargo, la aceptan. La explicación es que la autodescripción empirista no tiene consecuencias desfavorables en lo concerniente a la motivación de los ciudadanos para participar en el proceso político, porque los ciudadanos, aun sin esa descripción, miran ya el proceso político con realismo, considerándolo en términos de formación de compromisos. Pero también los compromisos han de fundamentarse, y ¿qué es lo que funda la «aceptancia» de los compromisos? Por un lado, no hay criterios normativos, recurriendo a los cuales pudiera enjuiciarse la *fairness* de los compromisos. La justicia social, por ejemplo, queda remitida al ámbito de la retórica propagandista: «En la realidad política de las democracias liberales esto (la justicia social) es una idea sistemáticamente superflua»⁸. Por otro lado, los participantes han de poder tener

7. *Ibid.*, p. 94.

8. *Ibid.*, p. 96; cf. pp. 151 s.: «El pluralismo en lo que respecta a visiones del mundo es deseable porque en el proceso de legitimación democrática no se trata de una discusión teórica entre tales concepciones filosóficas o religiosas, enderezada a alcanzar la "verdad", sino sólo de su función como medios de política ideológica con los que obtener mediante su difusión un asentimiento a la garantía estatal de las libertades individuales, que sea susceptible de mayoría. No serían deseables discusiones con influencia pública entre estos planteamientos éticos o cosmovisionales diversos e incluso opuestos, en las que se tratase de averiguar cuál de esos planteamientos es "correcto" y cuál "falso"».

9. *Ibid.*, pp. 187 s.

buenas razones para contraer compromisos: «En las condiciones de un pluralismo político y social competitivo el único contenido de la justicia social no consiste en otra cosa que en un *fair* (!) equilibrio de intereses entre grupos sociales». Esta contradicción no se produce por casualidad. Becker tiene que acabar introduciendo de contrabando algo así como *fairness* como criterio de valoración normativa de los compromisos, pero sin poder declararlo como tal: «El sistema de reglas para el arreglo entre intereses tiene que incluir "igualdad de armas". Pero no es menester un criterio unitario para la valoración del resultado de los arreglos entre intereses, como sugiere el concepto de "justicia social"». Verdad es que los implicados en una negociación no tienen por qué asentir por unas *mismas* razones al resultado convenido en ella. Pero las consideraciones partidistas de prudencia, que cada una de las partes se hace desde su propio punto de vista, presuponen tácitamente el reconocimiento común de razones normativas que justifican el procedimiento mismo como imparcial al explicar por qué han de aceptarse como *fair* los resultados obtenidos de conformidad con el procedimiento.

Al cabo, la sima entre lo que puede afirmarse desde la perspectiva del observador y lo que puede aceptarse desde la perspectiva de los participantes no puede salvarse, pues, mediante consideraciones racionales con arreglo a fines. En ello se refleja la autocontradicción realizativa en la que se ve envuelta una teoría empírica de la democracia planteada con intenciones normativas y que por lo demás viene señalizada ya por el propio autor en el subtítulo del libro: la «decisión por la democracia» que el libro sugiere, no debe entenderse, conforme a sus propias premisas, en el sentido de una decisión *racionalmente fundada*. Pero si se trata de una pura decisión, uno se pregunta con qué clase de texto se las ve el lector. Pues según parece a primera vista, se trata de una teoría filosófica que trata de explicar y justificar las reglas de la democracia liberal. Pero tras haber trabajado conocimiento con la teoría, uno se entera de que el autor, para permanecer fiel a sí mismo, sólo puede entender, en el mejor de los casos, su teoría como «*propaganda* cosmovisional en favor de la comprensión que el liberalismo tiene del Estado de derecho».

(2) Ciudadanos racionales, así podemos resumir el resultado de nuestro análisis, no tendrían, bajo una autodescripción empirista de sus prácticas, razón suficiente para respetar las reglas del juego democrático. Manifiestamente, una teoría, que se presenta con la intención de ofrecer justificaciones, no puede empezar eliminando el sentido genuinamente normativo que la comprensión intuitiva de la democracia parece sin duda implicar. Pero si la cuestión de la relación entre norma y racionalidad no puede eludirse por vía de redefiniciones empiristas, no tenemos más remedio que retornar a los

modelos normativos de democracia, que ya hemos introducido, para comprobar si sus concepciones implícitas de la sociedad ofrecen puntos de conexión y contacto con un tipo de consideración articulado en términos de ciencia social.

Según el resultado de nuestras consideraciones relativas a teoría del derecho, el procedimiento que representa la política deliberativa constituye la pieza nuclear del proceso democrático. Esta lectura de la democracia tiene consecuencias para esa concepción de una sociedad centrada en el Estado, de la que parten los modelos habituales de democracia. Pues de esa lectura se siguen diferencias, tanto respecto de la concepción liberal del Estado como guardián de una sociedad económica (en el sentido de centrada en la economía), como respecto de la concepción republicana de una comunidad ética institucionalizada en forma de Estado¹⁰.

Conforme a la concepción liberal el proceso democrático se efectúa exclusivamente en la forma de compromisos entre intereses. Las reglas de la formación de compromisos que, a través del derecho universal e igual de sufragio, a través de la composición representativa de los órganos parlamentarios, a través del modo de decisión, a través de los reglamentos de régimen interior, etc., tienen la finalidad de asegurar la *fairness* de los resultados, se fundan y fundamentan en última instancia en, y desde, los derechos fundamentales liberales. En cambio, conforme a la concepción republicana, la formación democrática de la voluntad se efectúa en la forma de un autoentendimiento ético-político; la deliberación habría de poder apoyarse, en lo que a contenido se refiere, en un consenso de fondo inculcado por la propia cultura en la que se ha crecido y se está; esta precomprensión socio-integradora puede renovarse mediante el recuerdo ritualizado del acto de fundación republicana. La teoría del discurso toma elementos de ambos lados y los integra en el concepto de un procedimiento ideal para la deliberación y la toma de decisiones. Este procedimiento democrático establece una conexión interna entre las consideraciones pragmáticas, los compromisos, los discursos de autoentendimiento y los discursos relativos a justicia y fundamenta la presunción de que bajo las condiciones de un suficiente suministro de información relativa a los problemas de que se trate y de una elaboración de esa información, ajustada a la realidad de esos problemas, se consiguen resultados racionales, o, respectivamente, resultados *fair*. Conforme a esta concepción, la razón práctica se retrae de los derechos humanos universales, en los que insiste

10. D. Held, *Models of Democracy*, Oxford, 1987. Al igual que en el capítulo anterior, al hablar de la concepción «liberal» del Estado, utilizo el término «liberal» en el sentido restringido de una tradición que se remonta a Locke, en la que no cabría incluir a «liberales» del tipo de Dworkin o de Rawls.

el liberalismo, o de la eticidad concreta de una comunidad determinada, en la que insiste el republicanismo, para asentarse en esas reglas de discurso y formas de argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada al entendimiento, y en última instancia, de la estructura de la comunicación lingüística y del orden no sustituible que representan la socialización y «sociación» comunicativas.

Pues bien, en nuestro contexto es importante que con estas descripciones del proceso democrático quedan también colocados los hitos de una concepción normativa del Estado y la sociedad. Se presupone simplemente una Administración pública del tipo del «instituto racional del Estado» (Weber), tal como cuajó a principios del mundo moderno con el sistema de Estados europeos y tal como se desarrolló en conexión (y entrelazamiento) funcional con el sistema económico capitalista.

Conforme a la concepción republicana la formación de la opinión y la voluntad políticas de los ciudadanos constituye el medio a través del que se constituye la sociedad como un todo políticamente estructurado. La sociedad es de por sí sociedad política, *societas civilis*; pues en la práctica de la autodeterminación política de los ciudadanos la comunidad se torna, por así decir, consciente de sí misma y opera sobre sí misma a través de la voluntad colectiva de los ciudadanos. Así, democracia viene a significar autoorganización política de la sociedad en conjunto. La consecuencia de ello es una concepción de la política, polémicamente dirigida contra el aparato estatal. En los escritos políticos de Hannah Arendt puede verse muy bien esta dirección de choque de la argumentación republicana: contra el privatismo ciudadano de una población despolitizada y contra el autosuministro de legitimación por parte de partidos políticos estatalizados, el espacio de la opinión pública habría de ser revitalizado hasta el punto de que una ciudadanía regenerada pudiese volver a hacer suyo, en las formas de una autoadministración descentralizada, el poder estatal burocráticamente autonomizado. Sólo así se convertiría la sociedad en totalidad política.

La separación del aparato estatal respecto de la sociedad, que la argumentación republicana registra polémicamente, no puede, empero, eliminarse según la concepción liberal, sino sólo salvarse mediante el puente que representa el proceso democrático. La regulación del equilibrio de poder y la regulación del equilibrio entre intereses exigen, ciertamente, una canalización en términos de Estado de derecho. Pero esta formación democrática de la voluntad de ciudadanos autointeresados, con la que la concepción liberal asocia expectativas normativas comparativamente débiles, constituye sólo un elemento dentro de una constitución que tiene por fin disciplinar el poder estatal mediante dispositivos normativos (como son los

derechos fundamentales, la división de poderes, la vinculación a la ley, etc.) y moverlo a tener adecuadamente en cuenta los intereses y orientaciones valorativas sociales a través de la competencia entre partidos políticos, por un lado, y entre gobierno y oposición, por otro. Esta *comprensión de la política, centrada en el Estado*, puede renunciar al supuesto poco realista de una ciudadanía capaz de acción colectiva. Se orienta, no por el *input* que representaría una formación racional de la voluntad política, sino por el *output* que representa un balance exitoso de resultados por parte de la actividad estatal. La dirección de choque de la argumentación liberal tiene por blanco ese potencial de perturbación que representaría un poder del Estado que impidiese el tráfico social espontáneo de las personas privadas. El eje del modelo liberal no es la autodeterminación democrática de ciudadanos deliberantes, sino la normación de una sociedad económica en forma de Estado de derecho, sociedad económica que, a través de la satisfacción de las expectativas de felicidad de personas privadas implicadas en el proceso de producción económica, ha de garantizar un bien común entendido en términos fundamentalmente políticos.

La teoría del discurso que asocia con el proceso democrático connotaciones normativas más fuertes que el modelo liberal, pero más débiles que el modelo republicano, vuelve a tomar elementos de ambas partes articulándolos de forma nueva. En concordancia con el republicanismo pone en el centro el proceso de formación de la opinión y la voluntad políticas pero sin entender la Constitución articulada en términos de Estado de derecho como algo secundario; antes los principios del Estado de derecho los entiende, como ya hemos mostrado, como respuesta consecuente a la cuestión de cómo pueden institucionalizarse las exigentes formas de comunicación de una formación democrática de la opinión y la voluntad políticas. El desarrollo y consolidación de una política deliberativa, la teoría del discurso los hace depender, no de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente. La procedimentalización de la soberanía popular y la vinculación retroalimentativa del sistema político con las redes (para él) periféricas que representan los espacios públicos políticos se corresponden con la imagen de una sociedad decentrada. En todo caso, esta concepción de la democracia ya no puede operar con el concepto de un todo social centrado en el Estado, al que quepa concebir como un sujeto en gran formato, que actúe orientándose a un fin. Tampoco se representa el todo en un sistema de normas constitucionales que regulasen de forma incoherente el equilibrio de poderes y el equilibrio de intereses conforme a

modelo de lo que sucede en el mercado. La teoría del discurso se despidió de las figuras de pensamiento suministradas por la *filosofía de la conciencia* que sugieren, o bien una atribución de la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos a un sujeto social global, o bien referir el imperio anónimo de las leyes a sujetos particulares que compiten entre sí. En el primer caso la ciudadanía es considerada como un actor colectivo que refleja al todo reflexionando sobre él y que actúa por él; en el segundo caso los actores individuales hacen de variable independiente en procesos de poder que se efectúan ciegamente porque, allende los actos de elección individual, puede, ciertamente, haber decisiones agregadas, pero no decisiones colectivas tomadas de forma consciente.

La teoría del discurso cuenta con la *intersubjetividad de orden superior* que representan los procesos de entendimiento que se efectúan a través de los procedimientos democráticos o en la red de comunicación de los espacios públicos políticos. Estas comunicaciones, no atribuibles a ningún sujeto global, que se producen dentro y fuera del complejo parlamentario y de sus órganos programados para tomar resoluciones, constituyen ámbitos públicos en los que puede tener lugar una formación más o menos racional de la opinión y de la voluntad acerca de materias relevantes para la sociedad global y necesitadas de regulación. El flujo de comunicación entre la formación de la opinión pública, los resultados electorales institucionalizados y las resoluciones legislativas tienen por fin garantizar que la influencia generada en el espacio de la opinión pública y el poder generado comunicativamente se transformen a través de la actividad legislativa en poder utilizable administrativamente. Al igual que en el modelo liberal, se respetan los límites entre «Estado» y «sociedad». Pero aquí la sociedad civil, en tanto que base social de los espacios públicos autónomos, se distingue tanto del sistema económico como de la Administración pública. De esta comprensión de la democracia se sigue la exigencia normativa de un desplazamiento del centro de gravedad en la relación de esos tres recursos, a saber, el dinero, el poder administrativo y la solidaridad, con los que las sociedades modernas satisfacen su necesidad de integración y su necesidad de regulación y control. Las implicaciones normativas saltan a la vista: la fuerza sociointegradora que representa la solidaridad¹¹, que ya no puede extraerse sólo de la fuente que representa la acción comunicativa, ha de poder desarrollarse a través de espacios públicos autónomos extraordinariamente diversos y de procedimientos de formación democrática de la opinión y la voluntad, ins-

11. Al igual que en los dos primeros capítulos, empleo aquí el término «solidaridad» no como un concepto normativo sino como una categoría sociológica o de teoría de la sociedad.

titucionalizados en términos de Estado de derecho; y a través del medio que representa el derecho ha de poder afirmarse también contra los otros dos mecanismos de integración de la sociedad, a saber, el dinero y el poder administrativo.

Esta concepción tiene consecuencias para la comprensión de la legitimación y la soberanía popular. Conforme a la concepción liberal, la formación democrática de la voluntad tiene exclusivamente la función de *legitimar* el ejercicio del poder político. Los resultados electorales constituyen una licencia para asumir el poder de gobernar, mientras que el gobierno ha de justificar ante la opinión pública y el Parlamento el uso que hace de ese poder. Conforme a la concepción republicana, la formación democrática de la voluntad tiene la función, esencialmente más fuerte, de *constituir* la sociedad como una comunidad política y mantener vivo con cada elección el recuerdo de ese acto fundacional. El gobierno que resulta de una elección entre equipos dirigentes que compiten entre sí, no sólo queda facultado para el ejercicio de un mandato ampliamente no imperativo, sino que queda también programáticamente obligado 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 cúspide de un poder estatal separado. Con la teoría del discurso entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y la voluntad funcionan como importantísima esclusa para la racionalización discursiva de las decisiones de una administración y un gobierno ligados al derecho y a la ley. *Racionalización* significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder. El poder del que puede disponerse administrativamente cambia su estado de agregación mientras permanece retroalimentativamente conectado con la formación democrática de la opinión y la voluntad, la cual no sólo controla *a posteriori* el ejercicio del poder político, sino que también lo programa más o menos. Pese a lo cual, sólo el sistema político puede «actuar». Es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas de la opinión pública constituyen una vasta red de sensores que reaccionan a la presión de problemas o situaciones problemáticas que afectan a la sociedad global, y estimulan opiniones influyentes. La opinión pública así elaborada y transformada (conforme a procedimientos democráticos) en poder comunicativo no puede ella misma «mandar», sino sólo dirigir el uso del poder administrativo en una determinada dirección.

El concepto de *soberanía popular* se debe a la apropiación y transvaluación republicana de la idea de soberanía desarrollada a principios del mundo moderno, ligada al Príncipe que gobierna en términos absolutistas. El Estado, que monopoliza los medios de apli-

cación legítima de la violencia, es concebido como una concentración de poder capaz de subyugar a todos los demás poderes de este mundo. Rousseau transfirió esta figura de pensamiento procedente de Bodino a la voluntad unida del pueblo, la fundió con la idea clásica de la dominación que libres e iguales ejercen sobre sí mismos y la absorbió en el concepto moderno de autonomía. Pese a esta sublimación de tipo normativo, el concepto de soberanía permaneció ligado a la idea de su encarnación en el pueblo (de entrada también físicamente presente). Conforme a la idea republicana, el pueblo, por lo menos potencialmente presente, es el portador de una soberanía que en principio no puede delegarse: en su calidad de soberano el pueblo no puede dejarse representar. El poder constituyente se funda en la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos, no de sus representantes. A ello opone el liberalismo la idea, más realista, de que en el Estado democrático de derecho el poder estará procedente del pueblo sólo «e ejerce en las elecciones y plebiscitos, y a través de los órganos en que se articulan el poder legislativo, el poder ejecutivo y la administración de justicia» (como se dice, por ejemplo, en el artículo 20, sección 2 de la *Grundgesetz* alemana).

Pero estas dos concepciones sólo constituyen una alternativa completa bajo la cuestionable premisa de una concepción del Estado y la sociedad que parte del «todo» y de sus «partes», viniendo constituido ese «todo» por una ciudadanía soberana o por una Constitución. Al concepto discursivo de democracia responde, en cambio, la imagen de una sociedad decentrada que, sin embargo, con la diferenciación que en ella se produce de un espacio para la opinión pública política, diferencia de sí un espacio para la percepción, identificación y tratamiento de problemas concernientes a la sociedad global. Cuando se abandona la conceptualización articulada en términos de «filosofía del sujeto», la soberanía no necesita, ni quedar concentrada en el pueblo entendido éste en términos concretistas, ni tampoco ser desterrada al anonimato de las competencias articuladas en términos de derecho constitucional. El «sí misma», el *self* de la comunidad jurídica que se organiza a *sí misma* desaparece en las formas de comunicación, no susceptibles de ser atribuidas a ningún sujeto, ni en formato pequeño ni en formato grande, en las formas de comunicación, digo, que regulan el flujo de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de forma que sus resultados, siempre fallibles, tengan a su favor la presunción de racionalidad¹². Con ello no queda desmentida la intuición aneja a la idea de soberanía popular, pero sí queda interpretada en términos intersubjetivistas. Esa soberanía popular, por anónima que sea la forma que ahora

12. Sobre el concepto de soberanía popular cf. L. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., pp. 176 ss.

adopta, no ha hecho sino replegarse sobre (o traducirse en) los procedimientos democráticos y la implementación jurídica de los exigentes presupuestos comunicativos de esos procedimientos, a fin de hacerse valer como poder comunicativo. En rigor, este último sólo brota de las interacciones entre la «formación de la voluntad» institucionalizada en términos de Estado de derecho, y los espacios públicos movilizados culturalmente, que a su vez tienen su base en las asociaciones de una sociedad civil que guarda la misma distancia respecto del Estado que de la Economía.

La idea de soberanía popular remite en su lectura procedimentalista a las condiciones sociales marco que posibilitan la autoorganización de una comunidad jurídica, pero que por su parte no están sin más a disposición de la voluntad de los ciudadanos. La autocomprensión normativa de la política deliberativa exige, ciertamente, *para la comunidad jurídica* un modo discursivo de «sociación»; pero éste no se extiende al todo de la sociedad, en la que está inserto el sistema político articulado en términos de Estado de derecho. Pues también conforme a la idea que de sí misma tiene, la política deliberativa no es sino un ingrediente de una sociedad compleja que en su conjunto escapa al tipo de consideración normativa que representa la teoría del derecho. En este aspecto la lectura que venimos efectuando de la democracia en términos de teoría del discurso, conecta con un tipo de consideración distanciada en términos de ciencia social, para el que el sistema político no es ni cúspide de la sociedad, ni tampoco el centro de la sociedad, ni tampoco un modelo de la sociedad a partir del que viniesen acuñadas las estructuras de ésta, sino sólo *un* sistema de acción entre otros. Y porque la política asume para la solución de aquellos problemas de la sociedad que ponen en peligro la integración de ésta, una especie de garantía para el caso en que fallen otros mecanismos, precisamente por eso la política tiene, por otra parte, que poder comunicar, a través del medio que representa el derecho, con todos los demás ámbitos de acción ordenados en términos de legitimidad, cualquiera sea el modo como éstos se estructuren, o el modo como éstos vengan regulados o controlados. El sistema político no sólo depende en un sentido trivial de las aportaciones de otros subsistemas, como son, por ejemplo, las aportaciones fiscales que le provienen del sistema económico; antes la política deliberativa, lo mismo cuando se efectúa conforme a los procedimientos formales de formación institucionalizada de la opinión y la voluntad, que cuando sólo se efectúa informalmente en las redes del espacio público-político, guarda una interna conexión con los contextos de un mundo de la vida por su parte racionalizado, cuyas estructuras favorezcan la lógica interna de esa política. Precisamente las comunicaciones políticas que se efectúan a través del filtro de la deliberación dependen de recursos del mundo de la vida —de una cultura política habituada a

la libertad y de una socialización política de tipo ilustrado, y sobre todo de las iniciativas de las asociaciones formadoras de opinión— que en buena parte se forman y regeneran de manera espontánea, o que en todo caso son difícilmente accesibles a las intervenciones directas del aparato político.

II

El concepto discursivo de democracia, que se desliga a sí mismo de las ideas tradicionales de una sociedad constituida políticamente, no es, pues, de antemano incompatible con la forma y modo de operación de las sociedades funcionalmente diferenciadas. Por otra parte queda la duda de si, y en su caso la cuestión de cómo, el modo de «sociación» discursiva que suponemos para la asociación de miembros iguales y libres en que consiste la comunidad jurídica, es decir, queda la duda de si, y en su caso la cuestión de cómo, la autoorganización de la comunidad jurídica es en general posible en las condiciones de reproducción de una sociedad compleja. Para poder decidir esta cuestión de una manera informada importa operacionalizar el núcleo procedimental de la democracia en el nivel correcto. En el procedimiento democrático se nos presenta en forma pragmática el contenido ideal de la razón práctica; y las formas de institucionalización del procedimiento democrático constituyen el criterio por el que se mide la realización del sistema de los derechos. La *traducción sociológica* de la comprensión procedimentalista de la democracia, ni debe apuntar demasiado alto, ni tampoco quedarse demasiado bajo, en lo que respecta a ese contenido normativo.

En la introducción a su teoría de la democracia N. Bobbio¹³ sigue una estrategia deflacionista. Empieza registrando algunos cambios sociales globales, que no vienen precisamente a facilitar el desempeño de la promesa de las concepciones clásicas: sobre todo, el surgimiento de una sociedad policéntrica de grandes organizaciones, en la que la influencia y el poder político pasan a actores colectivos y cada vez pueden ser menos adquiridos y ejercidos por los individuos asociados; también la multiplicación de grupos de intereses que compiten entre sí, que dificultan una formación imparcial de la voluntad; además, el crecimiento de las burocracias estatales y de las tareas públicas, que fomenta una dominación de los expertos; finalmente, el extrañamiento de las masas apáticas respecto de las élites, las cuales se autonomizan oligárquicamente frente a unos ciudadanos tratados en términos paternalistas. Sobre el trasfondo de estas constataciones escépticas, Bobbio se ve llevado a una determi-

13. N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Barcelona, 1985.

nación muy precavida de las reglas del juego democrático: «Doy por sentado que el único modo de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto algo contrapuesto a toda forma de gobierno autoritario, es el considerarla caracterizada por un conjunto de reglas... que establecen *quién* está autorizado a tomar las decisiones colectivas y con qué *procedimientos*»¹⁴. Las democracias cumplen el «mínimo procedimental» necesario en la medida en que garanticen (a) la participación política del número mayor posible de ciudadanos interesados, (b) la regla de la mayoría para las decisiones políticas, (c) los derechos de comunicación habituales y con ello la selección entre programas diversos y grupos rectores diversos y (d) la protección de la esfera privada¹⁵. La ventaja de esta definición minimalista consiste en su carácter descriptivo. Comprende el contenido normativo de sistemas políticos del tipo de los que ya existen en las sociedades occidentales organizadas en términos de Estado nacional. Por eso puede llegar Bobbio a la conclusión de que «El contenido mínimo del Estado democrático no se ha deteriorado: garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia entre sí, elecciones periódicas mediante sufragio universal, decisiones colectivas o pactadas o tomadas sobre la base del principio de la mayoría; y en todo caso siempre tras un libre debate entre las partes o entre los aliados de una coalición gubernamental»¹⁶.

Por otro lado, esta operacionalización no agota en modo alguno el contenido normativo del procedimiento democrático tal como se presenta desde el punto de vista reconstructivo de la teoría del derecho. Aun cuando se señalan las controversias públicas entre varios partidos como condición necesaria para el modo democrático de decisión, la definición propuesta no toca el núcleo de una comprensión genuinamente procedimentalista de la democracia. Pues el *quid* de esa comprensión radica en que el procedimiento democrático institucionaliza discursos y negociaciones con ayuda de formas de comunicación que, para todos los resultados obtenidos conforme al procedimiento, habrían de fundar la presunción de racionalidad. Nadie ha subrayado esta concepción de forma más enérgica que John Dewey: «La regla de la mayoría, justo como regla de la mayoría, es tan tonta como sus críticos dicen que es. Pero nunca es *simplemente* la regla de la mayoría... Los medios por los que una mayoría llega a ser una mayoría es aquí lo importante: debates previos, modificaciones de los propios puntos de vista para hacer frente a las opiniones minoritarias... La necesidad esencial, en otras palabras, es la mejora de los métodos

14. *Ibid.*, p. 21.

15. *Ibid.*, p. 72: «Paralelamente a la necesidad de gobierno está el deseo de no ser gobernados en absoluto y de ser dejados en paz».

16. *Ibid.*, p. 46.

y condiciones del debate, de la discusión y la persuasión»¹⁷. La política deliberativa obtiene su fuerza legitimadora de la estructura discursiva de una formación de la opinión y la voluntad que sólo puede cumplir su función sociointegradora gracias a la expectativa de *calidad* racional de sus resultados. De ahí que el nivel discursivo del debate público constituya la variable más importante. Y ésta no puede desaparecer en la caja negra de una operacionalización que se contente con indicadores poco selectivos. Antes de hacer mía una propuesta que tiene en cuenta este aspecto, desarrollaré (1) el concepto de una política deliberativa de doble vía y la defenderé (2) contra las objeciones de la parte comunitarista y de la parte liberal.

(1) Joshua Cohen explica el concepto de política deliberativa recurriendo a un «procedimiento ideal» de deliberación y toma de decisiones, que ha de «reflejarse» lo más posible en las instituciones sociales. Pero Cohen no se desprende con la suficiente energía de la idea de una sociedad regulada y controlada *en conjunto* en términos deliberativos y, por tanto, constituida políticamente: «La noción de una democracia deliberativa está enraizada en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación tiene lugar a través de la argumentación y del razonamiento público entre ciudadanos iguales. En tal orden los ciudadanos comparten el compromiso de resolver los problemas de elección colectiva mediante el razonamiento público y tienen a sus instituciones básicas por legítimas en la medida en que éstas establecen un marco para la deliberación pública libre»¹⁸. Frente a esto, el procedimiento que en lo que sigue quedará definido más en detalle, del cual obtienen su legitimidad las resoluciones producidas de conformidad con él, lo entenderé como la estructura nuclear de un sistema político diferenciado, articulado en términos de Estado de derecho, pero no como modelo para *todas* las instituciones sociales (y ni siquiera para todas las estatales). Si a la política deliberativa hubiera de hinchársela convirtiéndola en una estructura que determinase a la totalidad social, el modo de «sociación» discursiva esperado en el *sistema jurídico* habría de ampliarse y transformarse en una autoorganización *de la sociedad* y emparar la complejidad de ésta en conjunto. Mas ello no es posible: basta darse cuenta de que el procedimiento democrático depende de contextos de inserción que él no puede regular.

Ello no obstante, Cohen caracteriza convincentemente el procedimiento mismo mediante los siguientes *postulados*:

17. J. Dewey, *The Public and its Problems*, Chicago, 1954, pp. 207 s.

18. J. Cohen, «Deliberation and Democratic Legitimacy», en A. Hamlin y B. Pettit (eds.), *The Good Polity*, Oxford, 1989, pp. 17 ss.

(a) Las deliberaciones se efectúan en forma argumentativa, es decir, mediante el intercambio regulado de informaciones y razones entre partes que hacen propuestas y las someten a crítica¹⁹. (b) Las deliberaciones son «inclusivas» y públicas. En principio no puede excluirse a nadie; todos los que puedan verse afectados por las resoluciones han de tener las mismas oportunidades de acceso y participación. (c) Las deliberaciones están exentas de coerciones externas. Los participantes son soberanos en la medida en que sólo están ligados a los presupuestos comunicativos y reglas procedimentales de la argumentación²⁰. (d) Las deliberaciones están exentas de coerciones internas que puedan mermar la igual posición de los participantes. Todos tienen las mismas oportunidades de ser escuchados, de introducir temas, de hacer contribuciones, de hacer propuestas y de criticarlas. Las posturas de afirmación o negación vienen sólo motivadas por la coerción sin coerciones del mejor argumento²¹.

Ulteriores condiciones especifican el procedimiento en lo que respecta al *carácter político* de las deliberaciones:

(e) Las deliberaciones se enderezan en general a alcanzar un acuerdo racionalmente motivado y pueden en principio proseguirse ilimitadamente o retormarse en cualquier momento. Pero a las deliberaciones políticas ha de ponerse término mediante acuerdo mayoritario habida cuenta de que la coerción de las circunstancias nos obliga a decidir. A causa de su conexión interna con una práctica deliberativa la regla de la mayoría funda la presunción de que la opinión mayoritaria, falible, puede servir como base racional de una praxis común «hasta nuevo aviso», es decir, hasta que la minoría haya convencido a la mayoría de la corrección de sus (de la minoría) concepciones²². (f) Las deliberaciones políticas se extienden a la totalidad de las materias que pueden regularse en interés de todos por igual.

19. «La deliberación es razonada en el sentido de que se exige que quienes participan en ella expongan sus razones al presentarse las propuestas, apoyándolas o criticándolas... Las razones se ofrecen con el fin de conseguir que los demás acepten la propuesta, teniendo en cuenta sus muy diversos fines y su compromiso por establecer las condiciones de su (de ellos) asociación mediante una libre deliberación entre iguales» (J. Cohen, «Deliberation and Democratic Legitimacy», p. 22).

20. «La consideración que hacen de las propuestas no viene constreñida por la autoridad de normas o exigencias anteriores» (*ibid.*, p. 22).

21. «Los participantes son sustancialmente iguales en el sentido de que la distribución existente de poder y recursos no configura sus oportunidades de contribuir a la deliberación, ni tampoco esa distribución ejerce ningún papel de autoridad en la deliberación en la que están implicados» (*ibid.*, p. 23).

22. «Ni siquiera en condiciones ideales puede suponerse que siempre hayan de alcanzarse razones consensuales. Si no se alcanzan, entonces la deliberación habrá de concluir con una votación sometida a alguna forma de regla de la mayoría. El hecho de que la deliberación pueda concluir así no elimina, sin embargo, la distinción entre formas deliberativas de elección colectiva y formas que resultan de la agregación de preferencias no deliberativas» (*ibid.*, p. 23).

Pero esto no significa que los temas y objetos que conforme a la concepción tradicional son de naturaleza «privada», hayan *a fortiori* de quedar sustraídos a la discusión. Públicamente relevantes son en especial las cuestiones relativas a la desigual distribución de aquellos recursos de los que fácticamente depende el ejercicio de iguales derechos de comunicación y participación²³. (g) Las deliberaciones políticas se extienden también a la interpretación de las necesidades y al cambio de actitudes y preferencias prepolíticas. En tal caso la fuerza que tienen los argumentos de crear consenso, en modo alguno descansa solamente en un consenso valorativo desarrollado con anterioridad en las tradiciones y formas de vida comunes²⁴.

Toda asociación que institucionalice tal procedimiento con el fin de regular democráticamente las condiciones de su convivencia, se constituye en virtud de ello en comunidad de ciudadanos. Tal asociación constituye una comunidad jurídica particular, delimitada en el espacio y en el tiempo, con formas de vida y tradiciones específicas. Pero esta incanjeable identidad no es la que la caracteriza como comunidad política de ciudadanos. Pues el proceso democrático lo dominan principios *generales* de justicia, que son elemento constitutivo de toda comunidad de ciudadanos por igual. En una palabra, el procedimiento ideal de deliberación y toma de decisiones presupone como portador una asociación que consiente en regular *imparcialmente* las condiciones de su convivencia. Lo que asocia a los miembros de la comunidad jurídica es en última instancia el lazo y vínculo lingüístico que mantiene unida a toda comunidad de comunicación²⁵.

23. «Las desigualdades de riqueza o la ausencia de medidas institucionales para compensar las consecuencias de esas desigualdades pueden tener por consecuencia el minar la igualdad exigida en las propias esferas deliberativas» (*ibid.*, p. 27); cf. también J. Cohen y J. Rogers, *On Democracy*, New York, 1983, cap. 6, pp. 146 ss.; W. E. Connolly, *The Terms of Political Discourse*, Lexington, Mass., 1974.

24. «Las concepciones relevantes del bien común no comprenden simplemente intereses y preferencias que anteceden a la deliberación. Al revés, los intereses, fines e ideales que el bien común comprende son aquellos que sobreviven a la deliberación, intereses a los que, apoyándonos en la reflexión pública, nos sentimos legitimados a apelar, a fin de reclamar recursos públicos para satisfacerlos» (*ibid.*, p. 23).

25. Cf. el tratamiento que M. Walzer hace de los problemas de integración que en las sociedades modernas vienen provocados por la creciente movilidad de las parejas, del lugar de residencia, de la posición social, y de las lealtades políticas. Estas «cuatro movilidades» representan un alojamiento de las lagunas de tipo adscriptivo que ataban al individuo a su familia, a su espacio vital, a su procedencia social y a su tradición política. Para los individuos afectados ello implica una equívoca o ambigua liberación o emancipación respecto de formas de vida socialmente integradas, pero marcadas por dependencias, respecto de formas de vida que ejercían una función orientadora y protectora, aunque también cargada de prejuicios y opresora. Tal liberación es ambivalente, porque introduce al individuo en crecientes espacios de opción individual y con ello en una libertad que, por un lado, en tanto que libertad negativa, lo aísla y lo obliga a una realización «racional con arreglo a fines» de sus propios intereses, pero que, por otro lado, en tanto que libertad positiva, también lo pone en

En esta imagen de la política deliberativa, que nos da J. Cohen, no sólo faltan importantes diferenciaciones internas (que ya efectuó en el capítulo IV), sino que también se echa en falta toda afirmación acerca de la relación entre el aspecto formal y el aspecto informal en la formación de la opinión y de la voluntad, es decir, entre las deliberaciones orientadas a la decisión que vienen reguladas por *procedimientos democráticos*, y los procesos informales de formación de la opinión en el espacio público-político. En la medida en que esos procedimientos no se restringen (como sucede en el caso de las elecciones generales) a la organización de votaciones a las que sólo *antecede* una formación informal de la voluntad, regulan por lo menos también la composición y modo de trabajo de órganos que se «reúnen» para «tratar» en «asamblea» un «orden del día» y, en caso necesario, tomar acuerdos. En el establecimiento de procedimientos parlamentarios las competencias en lo concerniente a toma de decisiones (con la correspondiente atribución de responsabilidades políticas) constituyen el punto de referencia bajo el que se constituyen espacios públicos limitados en su composición y limitados asimismo en el tiempo, y bajo el que se especifica el posible contenido de los temas y se configura el tipo de su tratamiento argumentativo. Los procedimientos democráticos en tales espacios públicos así organizados estructuran procesos de formación de la opinión y la voluntad con miras a la solución cooperativa de cuestiones prácticas, incluyendo la negociación de compromisos que quepa calificar de *fair*. El sentido operativo de estas regulaciones no es tanto el descubrimiento e identificación como la elaboración de problemas, no es tanto la sensibilización para nuevos problemas como la justificación de la selección que se ha hecho de esos problemas, y de la decisión que se ha tomado entre propuestas de solución que compiten unas con otras. Los espacios públicos en el interior de los órganos parlamentarios están estructurados predominantemente como *contexto de justificación*. Y no sólo dependen de un trabajo administrativo previo y de un trabajo administrativo posterior, sino que dependen también del *contexto de descubrimiento* que representa un espacio público no regulado por procedimientos, es decir, el espacio público del que es portador el público general que forman los ciudadanos.

situación de entablar nuevas relaciones sociales por propia iniciativa, de apropiarse críticamente tradiciones y de proyectar conscientemente su propia identidad. Conforme a la concepción de Walzer, es en última instancia la estructura lingüística de la socialización la única que puede proteger ya de la desintegración: «Cualquiera sea el alcance de estas cuatro movi- lidades, no parece que nos lleven tan lejos ni que nos separen tanto que ya no podamos *hablar* unos con otros... Precisamente el conflicto político de las sociedades liberales rara vez reviste formas tan extremas como para poner a sus protagonistas allende la negociación y el compromiso, la justicia procedimental y la posibilidad misma de *hablar*» («The Communitarian Critique of Liberalism»: *Political Theory* 18 [1990], pp. 13 s.).

Este público «débil» es el portador de la «opinión pública»²⁶. La formación de la opinión desligada de la toma de acuerdos o decisiones, se efectúa en una red abierta e inclusiva de espacios públicos subculturales que se solapan unos con otros, con límites temporales, sociales y objetivos fluidos. Las estructuras de tal espacio público pluralista se forman de manera más o menos espontánea dentro de un marco garantizado en términos de derechos fundamentales. Las corrientes de comunicación en principio ilimitadas fluyen a través de los espacios públicos organizados en el interior de las distintas asociaciones, los cuales constituyen a su vez ingredientes informales del espacio público general. Y la totalidad de ellos constituye un complejo «salvaje» que no se deja organizar en conjunto. A causa de su estructura anárquica el espacio público general resulta, por un lado, mucho más desprotegidamente expuesto (que los espacios públicos organizados dentro del complejo parlamentario) a los efectos de represión y exclusión provenientes de la desigual distribución del poder social, al poder estructural y a la comunicación sistemáticamente distorsionada. Por otro lado, tiene la ventaja de ser un medio de comunicación *no restringida*, en el que los nuevos problemas pueden percibirse de forma más sensible, los discursos de autoentendimiento pueden efectuarse de forma más extensa y expresiva, y las identidades colectivas e interpretaciones de las necesidades pueden articularse de forma más espontánea que en los espacios públicos regulados por procedimientos. La formación de la opinión y la voluntad, estructurada formalmente en términos democráticos, dependen del aflujo de opiniones públicas informales que, en el caso ideal, se forman en las estructuras de un espacio público no menos cabado en su espontaneidad. El espacio público tiene, por su parte, que poder apoyarse en una base social en la que los iguales derechos de ciudadanía hayan cobrado eficacia social. Sólo sobre una base que haya escapado de las barreras de clase y se haya sacudido las cadenas milenarias de la estratificación social y la explotación social, puede desarrollarse plenamente el potencial de un pluralismo cultural capaz de funcionar conforme a su propia lógica y a su aire, un potencial que, sin duda alguna, es tan rico en conflictos como en formas de vida generadoras de significado y sentido. Pero la solución comunicativa de *estos* conflictos constituye en una sociedad secularizada, que ha aprendido a habérselas de forma consciente con su propia complejidad, la única fuente para una solidaridad entre extraños que hacen renuncia a la violencia y que, al regular coo-

26. Cf. N. Fraser, «Rethinking the Public Sphere», en C. Calhoun, *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, Mass., 1992, p. 134: «Llamaré públicos débiles a aquellos públicos cuya práctica deliberativa consiste exclusivamente en formación de la opinión y no incluye también la toma de decisiones».

perativamente su convivencia, se conceden también mutuamente el derecho de *permanecer* extraños los unos a los otros.

(2) *Excursus sobre la neutralidad del procedimiento.* La política deliberativa se nutre, pues, de una interacción entre la «formación de la voluntad» formalmente articulada en términos democráticos y la formación informal de la opinión. La política deliberativa no discurre de forma autárquica por las vías de una deliberación y toma de resoluciones regulada por procedimientos. Y tenemos que mantener a la vista esta necesidad que el procedimiento democrático tiene de ser complementado, para poder discutir ahora las objeciones que básicamente se han hecho contra la presunta neutralidad de las reglas de juego de este tipo²⁷. Las objeciones se enderezan en primera línea contra una propuesta de explicación de Bruce Ackerman que explica el procedimiento democrático recurriendo a las formas de un discurso legitimatorio en el que el ocupante de posiciones de poder ha de defender contra sus oponentes sus decisiones políticas de principio. Ese discurso obedece a reglas que tienen por fin posibilitar un enjuiciamiento imparcial y consistente de cuestiones prácticas²⁸. En particular, el ocupante de posiciones de poder, y ésta es la piedra de escándalo, ha de haberse de forma *neutral* frente a concepciones de la vida buena incompatibles entre sí y que compiten unas con otras: «Ninguna razón puede considerarse una buena razón si exige de quien ocupa posiciones de poder que afirme: (a) que su concepción del bien es mejor que la afirmada por cualquiera de sus conciudadanos o (b) que, con independencia de su concepción del bien, él es intrínsecamente superior a uno o más de sus conciudadanos»²⁹. La neutralidad significa en primer lugar la primacía de lo justo sobre lo bueno, fundada en términos de lógica de la argumentación, es decir, la *primacía* de las cuestiones relativas a la justicia sobre las cuestiones relativas a la vida buena.

Pero si, además de eso, la neutralidad exigiese que del discurso político se *excluyesen* las cuestiones éticas, éste tendría que perder la fuerza que tiene de cambiar racionalmente las actitudes prepolíti-

27. Cf. las ponencias del «Symposion on Justice»: *Ethics* 93 (1983); también, S. Benhabib, «Liberal Dialogue vs. a Critical Theory of Discursive Legitimation», en N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., 1989, pp. 145 ss.; J. D. Moon, «Constrained Discourse and Public Life»: *Political Theory* 19 (1991), pp. 202-229.

28. B. Ackerman, *Justicia social en el Estado liberal*, Madrid, 1993, p. 37: «Cuando alguien cuestiona la legitimidad del poder de alguien, quien tiene el poder ha de responder no suprimiendo a quién pregunta, sino dando una razón que explique por qué tiene más derecho a la fuente que el que tiene quien cuestiona la legitimidad» p. 39: «La razón que da quien tiene el poder no ha de ser inconsistente con las razones que da para justificar sus demás pretensiones de poder».

29. *Ibid.*, p. 46.

cas, las interpretaciones de las necesidades y las orientaciones valorativas. Y efectivamente, conforme a esta lectura de la neutralidad, efectuada en términos de «restricciones conversacionales», las cuestiones prácticas que *prima facie* resultan controvertibles, sencillamente se las debe dejar estar sin perseguirlas más³⁰. Esto viene a parar en tratar las cuestiones relativas al bien como asuntos «privados». Y bajo esa premisa, la neutralidad del procedimiento sólo vendría asegurada mediante «reglas de evitación» o «reglas de mordaza» (*gag rules*)³¹ y, por tanto, se la haría depender de las distinciones tradicionales entre lo privado y lo público, las cuales, por su parte, quedarían sustraídas a la discusión. Pero una restricción hasta tal punto rígida, que excluya *a fortiori* cuestiones éticas, juzgaría por lo menos implícitamente el orden del día en favor del trasfondo a que se está habituado por tradición. Si ni siquiera podemos empezar sometiendo a discusión nuestras diferencias de opinión, no podremos *sondear* las posibilidades de un acuerdo alcanzable discursivamente. A consecuencia de ello Ch. Larmore propone una lectura distinta: «En particular, el ideal de la neutralidad política no niega que tal discusión debería comprender no sólo la determinación de cuáles son las consecuencias probables de decisiones alternativas y la determinación de si ciertas decisiones pueden justificarse neutralmente, sino también una clarificación de la noción que uno tiene de la vida buena y un intento de convencer a los otros de la superioridad de los distintos aspectos de la visión que uno tiene del florecimiento humano. El ideal exige solamente que mientras algún punto de vista acerca de lo que deba considerarse vida buena siga siendo objeto de controversia, ninguna decisión del Estado podrá justificarse sobre la base de la supuesta superioridad o inferioridad intrínsecas (de ese punto de vista)»³². En este punto nodal se ramifica la discusión, porque también esta versión tolerante de la tesis de neutralidad es objeto de disputa, y, por cierto, desde orientaciones opuestas.

Del *lado comunitarista* proviene la objeción radical de que los criterios para un enjuiciamiento imparcial de las cuestiones prácticas no pueden separarse del contexto de determinadas interpretaciones del mundo y de determinados proyectos de vida: ningún principio presuntamente neutral puede en verdad ser nunca neutral. Todo procedimiento aparentemente neutral no haría sino reflejar una determinada concepción de la vida buena, en el caso de

30. B. Ackerman, «Why Dialogue?»: *Journal of Philosophy* 86 (1989), p. 16: «Tendríamos simplemente que no decir nada en absoluto sobre (cualquier) desacuerdo y dejar fuera del «orden del día» conversacional los ideales morales que nos dividen».

31. Cf. St. Holmes, «Gag Rules or the Politics of Omission», en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988, pp. 19-58.

32. Ch. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, 1987, p. 47.

Ackerman la concepción que el liberalismo tiene de la vida buena. Un procedimiento neutral no habría de servir, ni siquiera implícitamente, a la realización de valores preferidos o a la realización de objetivos que, por ejemplo, se revelasen como superiores desde la perspectiva de la comprensión liberal de la política o de la comprensión liberal del Estado; pues de otro modo se verían perjudicados los ciudadanos con concepciones distintas y con orientaciones valorativas distintas. Esta objeción quedaría invalidada si se lograra justificar el principio de neutralidad como ingrediente necesario de una práctica sin alternativas o de una práctica *ineludible*. «Ineludible» es una práctica cuando cumple funciones de vital importancia y no puede sustituirse por ninguna otra. A este tipo de ineludibilidad alude Ackerman con su pregunta: «Si despreciamos este tipo de conversación sometida a restricciones, ¿cómo nos las arreglaremos unos con otros?, ¿habría otro camino que el de la excomunión o el de la simple supresión?»³³. Cuando nos vemos confrontados con cuestiones relativas a la regulación de conflictos o a la persecución de objetivos colectivos y queremos evitar la alternativa que representarían los enfrentamientos violentos, no tenemos más remedio que recurrir a una práctica de entendimiento, de cuyos procedimientos y presupuestos comunicativos no podemos disponer a voluntad.

Esto lleva a Ch. Larmore a derivar el principio de neutralidad de una regla general o universal de la argumentación: «La justificación neutral de la neutralidad política se basa en lo que, a mi juicio, es una norma universal del diálogo racional. Cuando dos personas difieren sobre algún punto específico, pero desean seguir hablando acerca del problema general que están tratando de resolver, cada uno ha de prescindir de las creencias que los otros rechazan, (1) con el fin de construir un argumento sobre la base de sus otras creencias que pueda convencer al otro de la verdad de la creencia en litigio, o (2) con el fin de derivar hacia otro aspecto del problema, donde las posibilidades de acuerdo parezcan mayores. Al enfrentarse con un desacuerdo, quienes tratan de continuar la conversación no tienen más remedio que retirarse hacia un terreno neutral, con la esperanza o bien de resolver la disputa, o bien de obviarla»³⁴. El tránsito exigido en los «diálogos neutrales» desde la constatación de un disenso ético hasta el nivel de abstracción superior que representa un discurso relativo a justicia, en el que se examina qué es lo que en el reconocimiento de tal disenso redundaría en interés de

33. B. Ackerman, «What is Neutral about Neutrality?», p. 390.

34. Ch. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, 1987, p. 53; una formulación algo distinta de esta «norma del discurso racional» se encuentra en Ch. Larmore, «Political Liberalism»: *Political Theory* 18 (1990), p. 347.

todos por igual, se plantea entonces como caso especial de una regla universal de argumentación³⁵.

Frente a esta propuesta la objeción comunitarista puede radicalizarse una vez más. Aun cuando el principio de neutralidad pudiera hacerse derivar de una regla general de la argumentación, la reconstrucción de tales reglas habría de basarse en el saber intuitivo de participantes individuales en la argumentación, normalmente en nuestro propio saber. Pues sólo desde la perspectiva de los participantes puede darse reflexivamente cobro a las condiciones, implícitamente ya siempre sabidas, concernientes al desempeño o resolución discursivos de una pretensión de validez. Pero este procedimiento podría tener por consecuencia «que cuando las concepciones que los individuos tienen acerca de la vida buena entran en conflicto, esos individuos tengan también a menudo nociones algo diferentes de las condiciones ideales bajo las que creen que podrían justificar su concepción ante los demás»³⁶. Larmore presume un cierto entrelazamiento del saber gramatical de tipo general o universal con una imagen lingüística particular del mundo o con la comprensión individual de sí y del mundo. Pero aun cuando se admita esto, en el peor de los casos habrá que contar con una distorsión perspectivista de la *explicitación* de nuestro saber práctico previamente adquirido, pero no con una multiplicación perspectivista de este saber *mismo*, empleado ya siempre intuitivamente. La *reconstrucción* siempre falible, y que, por tanto, en un determinado caso puede ser falsa no afecta al saber siempre ya *actuante*³⁷. De ahí que podamos partir de que la práctica de la argumentación constituye un foco en el que los esfuerzos que los distintos participantes en la argumentación, por distinto que sea el origen de éstos, desarrollan por entenderse, se salen al encuentro unos de otros por lo menos intuitivamente. Pues conceptos como el de verdad, el de racionalidad, el de fundamentación o el de consenso desempeñan en todas las lenguas y en toda comunidad de lenguaje el *mismo papel gramatical*, por diversa que sea la interpretación de que son objeto, y por diversos que sean los criterios con que son aplicados³⁸. Éste es por lo menos el caso de las sociedades modernas, las cuales, al haber de operar con el derecho positivo, con una política secularizada y con una moral racional, han pasado a situarse en un

35. Paso por alto la correspondiente discusión acerca del concepto *overlapping consensus* de John Rawls: J. Rawls, «The Idea of an Overlapping Consensus», en Id., *Political Liberalism*, New York, 1993; sobre ello J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 204 ss.

36. Ch. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, p. 58.

37. Sobre el procedimiento de una reconstrucción falibilista del saber preteórico, cf. J. Habermas, «¿Qué significa pragmática universal?», en Id., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 1989, pp. 299 ss.

38. J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, 1990, pp. 179 ss.

nivel postconvencional de justificación o fundamentación y exigen de sus miembros una actitud reflexiva respecto de las propias tradiciones culturales³⁹. Pero en cuanto el saber practicado se convierte en un saber explícito acerca de las reglas y presuposiciones del discurso racional y en cuanto este saber se transforma, por su parte, en institucionalización de procedimientos de deliberación y toma de decisiones, en el curso de ese proceso de explicitación pueden ponerse en juego diferencias de interpretación. También éstas cristalizan en las diferencias que se dan entre las Constituciones históricas, las cuales interpretan y configuran de forma distinta el sistema de los derechos.

También desde el *punto de vista liberal* la lectura no-restrictiva de la tesis de la neutralidad se expone a objeciones. Las objeciones liberales se enderezan contra la apertura del discurso político a cualesquiera cuestiones y a todos los argumentos que pudiese aportar algún partido. Ponen en tela de juicio la tesis, defendida sobre todo por las feministas, de que *todos* los temas que por lo menos uno de los participantes pueda tener por públicamente relevantes, tienen que poder también tematizarse públicamente. Pues estas autoras temen que una versión rígida del principio de neutralidad permita mantener lejos del orden del día precisamente aquellos asuntos que conforme a las ideas habituales vienen considerándose asuntos «privados». Los ejemplos saltan a la vista: «Hasta hace bien poco las feministas estábamos en minoría al pensar que la violencia doméstica contra las mujeres debía ser un asunto de preocupación común y, por tanto, un tema legítimo de discusión pública. La gran mayoría de la gente consideraba que eso era un asunto privado entre lo que se consideraba ser un número bastante pequeño de parejas heterosexuales... Entonces las feministas formamos un contrapúblico subalterno desde el que difundimos una visión de la violencia doméstica haciéndola ver como un extendido rasgo sistemático de las sociedades dominadas por el varón. Eventualmente, tras una sostenida contestación discursiva, logramos convertirlo en una preocupación común». Los ejemplos de este tipo llevan a Nancy Fraser a la siguiente conclusión: «Sólo los participantes mismos pueden decidir qué es y qué no es una preocupación común para ellos»⁴⁰. Esta tesis

39. En estas condiciones también las cosmovisiones religiosas y metafísicas pierden su carácter fundamentalista; sin abandonar su pretensión de verdad habrán de aceptar los presupuestos falibilistas del pensamiento secularizado, en cuanto reflexionen sobre la circunstancia de que compiten con otras interpretaciones del mundo dentro del mismo universo de pretensiones de validez. En este contexto J. Rawls habla de *reasonable comprehensive doctrines*. Sobre los aspectos cognitivos de la distinción entre tradición y modernidad, cf. mi discusión con A. MacIntyre en J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, pp. 209-218.

40. N. Fraser, «Rethinking the Public Sphere», en C. Calhoun, *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, Mass., 1992, p. 129; en el mismo sentido también S. Benhabib, «Models of Public Space», en *Id.*, *Situating the Self*, Cambridge, 1992, pp. 89-120.

ha suscitado la objeción de que una *deslimitación* temática de la *discusión política* acabaría agujereando la protección jurídica de la esfera privada y acabaría poniendo en peligro la integridad personal del individuo. Así, por ejemplo, J. D. Moon habla de una *bias against privacy*, de una «distorsión contra la privacidad». Los derechos privados subjetivos protegen una esfera dentro de la cual las personas privadas quedan desatadas de la obligación de tener que responder públicamente de sus acciones y omisiones. Si esta esfera ya no queda *previamente* deslindada, parece seguirse el siguiente dilema: «Parece que estamos exigiendo un discurso no sometido a constricciones, con el fin de establecer cuáles han de ser los límites de lo privado; pero tal discurso viola él mismo esos límites porque descansa en una exigencia de ilimitada autoapertura»⁴¹. Pero este aparente dilema se desvanece en cuanto clarificamos las confusiones que los pares de conceptos: asuntos «privados» *vs.* asuntos «públicos» y discursos «restringidos» *vs.* discursos «irrestringidos», llevan anejas.

Las restricciones a que los discursos públicos quedan sometidos por los procedimientos, hemos de distinguirlos de la restricción del ámbito de temas de los discursos públicos. La versión tolerante del principio de neutralidad significa que no sólo la formación informal de la opinión y la voluntad, sino también la regulada por procedimientos, ha de poder extenderse a cuestiones éticas relevantes de la vida buena, de la identidad colectiva y de la interpretación de las necesidades. El legislador político que, por poner un ejemplo, se disponga a regular la materia «violencia en el matrimonio», habrá de poder incluir en sus debates los correspondientes temas y contribuciones, sin que ello signifique menoscabo de la imparcialidad del procedimiento legislativo. La tematización y tratamiento públicos de tal materia, en su proceso de conversión en *tipo* legal, no significa todavía una *interferencia* en los derechos subjetivos. Pues la distinción entre asuntos privados y asuntos públicos hemos de efectuarla a su vez bajo dos aspectos, a saber, el de la accesibilidad y *tematización*, y el de la *regulación de competencias* y responsabilidades. El hablar sobre algo no es lo mismo que inmiscuirse en los asuntos del prójimo. Ciertamente, el ámbito de la intimidad ha de permanecer protegido contra impertinencias y miradas críticas de extraños; pero no todo lo que queda reservado a las decisiones de las personas privadas, queda también sustraído a la tematización pública y protegido contra la crítica. Antes todos los asuntos que han menester de una regulación política deben discutirse públicamente; pero no todo lo que justificadamente es objeto de una discusión pública, queda ya también convertido en objeto de una regulación política. (Y no toda

41. J. D. Moon, «Constrained Discourse and Public Life»: *Political Theory* 19 (1991), p. 221.

regulación política afecta a lo que es de incumbencia privada.) Con ayuda de estas distinciones puede uno caer fácilmente en la cuenta de que las reservas liberales contra la deslimitación del espectro público de temas, resultan superfluas, mientras quede protegida la integridad personal del individuo particular.

El sistema de los derechos exige la realización simultánea y complementaria de la autonomía privada y de la autonomía pública o ciudadana, que, consideradas normativamente, son cooriginales y se presuponen mutuamente porque la una permanecería incompleta sin la otra. Pero el cómo repartir y parcelar en detalle las competencias y responsabilidades privadas y públicas, a fin de realizar adecuadamente los derechos ciudadanos, depende naturalmente de las circunstancias históricas y, como todavía veremos, de los contextos sociales —percibidos—. El deslinde entre un ámbito de persecución de los propios intereses de uno en términos de autonomía privada, y una esfera pública de la «realización del bien común» no es algo que pueda efectuarse de una vez por todas, como tampoco puede efectuarse dentro de esa esfera diferenciada en términos de derecho privado. El trazado de tales límites que, como muestra el debate sobre la pornografía, a menudo es bien difícil de realizar, ha de poder ser objeto de discusiones políticas. Pero la *tematización* de estas «cuestiones de límites» no significa ya una intervención o intromisión en las *competencias* y responsabilidades establecidas. Esto resulta particularmente claro cuando se tiene presente esa estructuración de vía doble de la política deliberativa, es decir, de la doble vía que representan la formación formalmente estructurada y la formación informal de la opinión y la voluntad.

Porque el espacio público general es «irrestringido» en el sentido de que sus corrientes de comunicación no vienen reguladas por procedimientos, resulta especialmente apropiado para la «lucha por la interpretación de las necesidades»⁴². Pues bien, ya se trate de que el tipo legal «violencia en el matrimonio» necesite ser regulado, ya se trate de las demandas de las madres laboralmente ocupadas para que los correspondientes organismos del Estado benefactor creen parvularios para los niños en edad preescolar, por lo general se da un largo camino hasta que tales asuntos, a los que se empieza considerando como asuntos «privados», logran obtener en el espacio de la opinión pública, mediante escenificaciones tenazmente sostenidas, el *status* de temas políticos reconocidos, y hasta que, en el medio de las controversias acerca de tales temas, logran articularse suficientemente las necesidades de los afectados —en el marco de

42. N. Fraser, «Struggle over Needs», en Id., *Unruly Practices*, Oxford, 1991, pp. 161-190.

interpretaciones de sí y del mundo que compiten unas con otras, y de versiones diversas de la «vida buena». Sólo tras una «lucha por el reconocimiento» sostenida públicamente pueden las debatidas constataciones de intereses ser abordadas por las instancias políticas correspondientes, ser introducidas en los órdenes del día de los órganos parlamentarios, ser discutidas y, llegado el caso, ser convertidas en una moción y tomarse sobre ello una resolución vinculante. Y es la *regulación* de un nuevo tipo penal o la *ejecución* de una resolución política concerniente a la regulación de las ofertas de cuidar a los niños durante toda la jornada, ya sea por parte de instituciones privadas, ya sea por parte de instituciones públicas, las que intervienen en la esfera de la vida privada e introducen cambios en las responsabilidades formales o en las prácticas vigentes.

III

Tras este excursus acerca del sentido, del papel y de la posición de los procedimientos democráticos, estamos mejor pertrechados para la cuestión acerca de en dónde y cómo pueden encontrar su sede estos procedimientos en la vida de una sociedad compleja. Para la comprensión procedimentalista del proceso democrático Robert Dahl escoge indicadores que cubren el contenido normativo de los procedimientos democráticos bastante mejor que la propuesta de operacionalización de N. Bobbio. Expondré el planteamiento de Dahl (1), para obtener una perspectiva desde la que (2) poder aclarar el sentido crítico de una sociología de la democracia que proceda en términos reconstructivos.

(1) En primer lugar Dahl libera la comprensión intuitiva de la autodeterminación democrática de las representaciones sustancialistas de la tradición que se remonta a Aristóteles. «Nuestro bien común —el bien y los intereses que compartimos con otros— rara vez consiste en objetos, actividades y relaciones específicas; por lo general consiste en prácticas, modos de organizarse, instituciones y procesos que, dicho de nuevo en términos tradicionales, promueven el bienestar de nosotros mismos y de otros, no ciertamente de «todo el mundo», pero sí de las suficientes personas como para convertir esas prácticas, modos de organización, etc., en aceptables... Éstos incluirían los rasgos generales del proceso democrático»⁴³. Dahl operacionaliza después un procedimiento para la toma de decisiones vinculantes que sean en igual interés de todos, bajo cinco puntos

43. R. A. Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, 1989, p. 307.

de vista. Ese procedimiento ha de garantizar: (a) la inclusión de todos los afectados, (b) oportunidades igualmente distribuidas e igualmente eficaces de participación en el proceso político, (c) igual derecho a voto en las decisiones, (d) el mismo derecho a la elección de temas y en general al control del orden del día, y finalmente (e) una situación tal que todos los implicados, a la luz de informaciones suficientes y de buenas razones, puedan formarse una comprensión articulada de la materia necesitada de regulación y de los intereses en conflicto⁴⁴. La última exigencia concierne al nivel de información y al carácter discursivo de la formación de la voluntad política: «Todo ciudadano debe tener oportunidades adecuadas e iguales de formarse y validar (en la materia sobre la que se vaya a decidir) aquella opinión y voluntad que mejor sirva a los intereses del ciudadano... En la medida en que el bien y los intereses de un ciudadano exijan atención al bien público y al interés general, el ciudadano debe tener la oportunidad de adquirir una comprensión de esas materias»⁴⁵. A ello han de servir en especial discusiones públicas y procesos públicos de ilustración. También a Dahl le importan esos «métodos y condiciones» de la formación de la voluntad política que Dewey había tenido por «el problema de la esfera de la opinión pública»⁴⁶.

Los cinco criterios señalados no los cumple *suficientemente* hasta ahora ningún orden político. Ciertamente, la inevitable complejidad social obliga a una aplicación diferenciada de los criterios (entre otras cosas a la delegación de las competencias de decisión y al establecimiento de procedimientos de decisión de muy distintas modalidades, y en general a una reducción jurídica y organizativa de la complejidad), pero esa complejidad social no es óbice en principio para una implementación «aproximativa» del procedimiento⁴⁷. De ahí que las democracias existentes basadas en la competencia entre grupos y partidos, puedan entenderse como sistemas de acción en los que el procedimiento democrático no sólo ha sido implementado en la forma *nominal* de derechos de participación y comunicación política, sino que también ha sido implementado *efectivamente* en forma de prácticas, por selectivamente que ello haya sido. Dahl ve caracterizadas estas «poliarquías» por una serie de derechos e instituciones efectivas, que desde la Revolución Americana y la Revolución Francesa se han ido imponiendo gradualmente en un creciente número de Estados modernos. Conforme a las clasificaciones de Dahl, en 1930 caían bajo esta descripción quince Estados europeos y seis Estados no

44. R. A. Dahl, *A Preface to Economic Democracy*, Oxford, 1985, pp. 59 s.

45. R. A. Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, 1989, p. 112.

46. J. Dewey, *The Public and its Problems*, Chicago, 1954, p. 208.

47. R. A. Dahl, *Democracy and its Critics*, pp. 115 ss.

europeos; el número de estos sistemas políticos se habría casi duplicado según sus cálculos hasta fines de los años setenta.

Por lo demás Dahl recurre a los resultados de los ramificados y plurales estudios sobre modernización con la finalidad de servirse de muestras diacrónicamente ordenadas que le permitan subrayar el contexto favorable a la democratización, que representan las llamadas sociedades «modernas, dinámicas, pluralistas». En estas sociedades MDP ofrecen rasgos bien conocidos: renta per cápita relativamente alta, crecimiento a largo plazo del producto social, una forma de producción centrada en la economía de mercado con una progresiva disminución de la importancia relativa de los sectores primario y secundario, un grado relativamente alto de urbanización, alto nivel de formación, mortalidad infantil en descenso, creciente expectativa media de vida, etc. Dahl interpreta las correlaciones estadísticas entre estos indicadores desde el punto de vista de condiciones sociales favorables para una domesticación del poder social y del monopolio estatal de la violencia en términos de Estado de derecho: «Una sociedad MDP se caracteriza por la dispersión del poder, de la influencia, de la autoridad y del control desde cualquier centro único hacia una variedad de individuos, grupos, asociaciones y organizaciones, y fomenta actitudes y creencias favorables a las ideas democráticas. Aun cuando estos dos arcos tienen un origen independiente, se refuerzan también el uno al otro»⁴⁸. No es, pues, sólo la distribución policéntrica del poder que se presenta en las sociedades funcionalmente diferenciadas la que fomenta la democratización; la descentración del poder tiene que ir asociada con una cultura política liberal apoyada por los correspondientes patrones de socialización. Pues sólo en el marco de tal cultura política pueden tolerarse y dirimirse sin violencia las tensiones subculturales, siempre muy conflictivas, entre formas de vida que compiten unas con otras.

El más importante *cuello de botella* para los progresos en la democratización allende el nivel alcanzado hasta ahora, Dahl lo ve en una esoterización del saber de regulación y control políticos, que impide a los ciudadanos hacer uso del necesario saber de expertos, es decir, del necesario saber especializado, para la formación de sus propias opiniones. El peligro principal consistiría en la variante tecnocrática de un paternalismo fundado en el monopolio del saber. El acceso privilegiado a las fuentes del «saber de control y regulación» estaría posibilitando un tácito y subrepticio modo de dominación sobre un público de ciudadanos mediatizado, apartado de esas fuentes, nutrido sólo de política simbólica. Sus esperanzas las pone Dahl, por tanto, en las posibilidades técnicas de la telecomunicación; bajo el rótulo «minipopulus» hace Dahl una propuesta de una formación

48. *Ibid.*, p. 252; cf. también el resumen de la p. 314.

de la opinión y la voluntad políticas, funcionalmente especificada a la vez que descentralizada, mediante asambleas representativamente elegidas y especialmente informadas⁴⁹. El tenor abstracto y de aspecto algo utópico de esta recomendación contrasta peculiarmente con la intención y traza del libro de Dahl.

Pues lo que éste había tratado de mostrar es que la idea y el procedimiento de una política deliberativa no es menester traerlos desde fuera a la realidad de las sociedades desarrolladas porque esa idea y procedimiento han hecho ya pie desde hace mucho tiempo en las instituciones de esas sociedades. Pero este objetivo Dahl lo yerra porque no logra establecer una convincente conexión retroalimentativa entre los argumentos normativos concernientes a justificación del proceso democrático y los análisis empíricos de su implementación, por imperfecta que esa implementación sea. Una razón de ello la veo en el tipo de análisis sociológico que Dahl practica. Pues mientras la estructura social se aprehenda solamente con ayuda de características clasificatorias como son la distribución de la renta, la escolarización, los frigoríficos, falta a esta sociología un lenguaje para el tipo de descripciones bajo las que las constelaciones favorables y las tendencias facilitadoras pudieran entenderse como signos de potenciales de racionalización que ya están operando en esa sociedad y que pueden ser asumidos y desarrollados por el sistema político. El diagnóstico de que en las sociedades complejas una ulterior democratización viene impedida por el monopolio paternalista del poder resulta incluso apto como puente para establecer una conexión entre la estructura deliberativa nuclear del sistema político organizado en términos de estado de derecho, por un lado, y procesos que se desarrollan en capas profundas de la reproducción social, por otro.

La generación de poder legítimo mediante política deliberativa representa, como hemos visto, un procedimiento para resolver problemas, que ha menester de saber y de la elaboración de ese saber, a fin de programar la regulación de los conflictos y la persecución de fines colectivos. La política viene a ocupar los huecos funcionales que se abren por sobrecarga de otros mecanismos de integración social. Para ello se sirve del lenguaje del derecho. Pues el derecho es un medio a través del cual las estructuras de reconocimiento recíproco que nos resultan conocidas por las interacciones simples y por las relaciones cuasinaturnales de solidaridad, pueden transferirse de forma abstracta, pero vinculante, a los ámbitos complejos y crecientemente anónimos de una sociedad funcionalmente diferenciada. Ahora bien, internamente el derecho está estructurado de forma que un sistema político articulado en términos de Estado de derecho sólo puede *proseguir ya en un plano reflexivo* las operaciones cuasi-

49. *Ibid.*, pp. 339 s.

naturales de integración que se efectúan por debajo del nivel de articulación del derecho formal. La integración social efectuada políticamente ha de pasar por un filtro discursivo. Y cuando fracasan otros reguladores, como son por ejemplo los valores, las normas y las formas rutinarias de entendimiento en los que se ha crecido, la política y el derecho elevan, por así decir, por encima del umbral de la conciencia, es decir, vuelven conscientes y reflexivos esos procesos cuasinaturnales de solución de problemas. El proceso político resuelve el *mismo tipo* de problemas que aquellos procesos sociales que el derecho sustituye por haber quedado desbordados en su capacidad de solucionarlos. Esto queda claro cuando, siguiendo una propuesta de B. Peters se clasifican los criterios de evaluación de los problemas generales de la integración de la sociedad conforme a los aspectos de validez que son la verdad, la rectitud normativa y la autenticidad, es decir, conforme a puntos de vista bajo los que se distinguen ya entre sí las fuerzas ilocucionarias de vínculo de la acción orientada al entendimiento, es decir, la capacidad de crear vínculos ilocucionarios que tiene este tipo de acción⁵⁰.

En lo que respecta a la integración de una sociedad las acciones de los colectivos o de los actores individuales han de empezar estando coordinadas de suerte que sus resultados y aportaciones diferenciales vengán a ensamblarse en un resultado que quepa valorar positivamente. Estos problemas de *coordinación funcional* exigen una orientación cognitiva por sucesos y estados del mundo objetivo. Los resultados se juzgan conforme a criterios de racionalidad técnica y económica. Para tal juicio las condiciones de éxito pueden venir descritas (desde el punto de vista de los actores implicados) como realización de fines colectivos o (desde la perspectiva de un observador) como mantenimiento de un sistema dado o como sintonización de distintos sistemas entre sí. El concepto de coordinación funcional generaliza el modelo intuitivo de la cooperación organizada en términos de división del trabajo. Es neutral frente a la diferencia entre «integración social» e «integración sistémica». En cambio, las dos formas siguientes de integración cuentan solamente como «integración social».

Se refieren, o bien a la *regulación moral de los conflictos*, o bien al *aseguramiento ético de las identidades y de las formas de vida*. Los problemas que comporta el establecer un equilibrio entre pretensiones en conflicto exigen una orientación normativa por elementos del mundo social. Los problemas de «comunitarización expresiva» (como dice Peters siguiendo a Parsons) exigen la orientación por proyecciones de la vida buena y por la interpretación de necesidades. Los resultados se enjuician conforme a criterios de racionalidad

50. B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993, cap. 2.

moral en el primer caso y de racionalidad ética en el segundo. Ambas clases de criterios, junto con los criterios de eficiencia y de racionalidad en la toma de decisiones, suministran un conjunto de criterios para el enjuiciamiento del éxito de la integración de la sociedad. De ello obtiene Peters un concepto complejo de «racionalidad social» que permite evaluar como más o menos logradas las operaciones de reproducción de una sociedad (o de uno de sus subsistemas), entendidas como procesos de solución de problemas⁵¹. Para la racionalidad de una solución *no es*, pues, un indicador suficiente la estabilización observable de un orden.

Según esta propuesta las sociedades han de ser consideradas en general como sistemas que solucionan problemas, habiendo de medirse sus éxitos o fracasos por criterios de racionalidad. Si nos apropiamos de esta concepción (que se remonta a Karl Deutsch y otros autores), en el modo de «sociación» discursiva de la comunidad jurídica y en los procedimientos democráticos sólo cabe reconocer una forma *general* de operación de los sistemas sociales, pero ejercitada aquí por vía de un escalonamiento reflexivo y de un desarrollo y diferenciación especializados de órganos y esferas particularmente destinados a esa función. El procedimiento democrático hace depender la generación de derecho legítimo de un tratamiento presuntivamente racional de los problemas que, por su tipo y traza, responden exactamente a aquellos problemas elaborados ya siempre, por así decir, de forma inconsciente. Pues la pieza medular de la política deliberativa consiste en una red de discursos y formas de negociación que tienen por fin posibilitar la solución racional de cuestiones pragmáticas, morales y éticas, es decir, justo de esos problemas estancados de una integración funcional, moral y ética de la sociedad, que por la razón que sea ha fracasado en algún otro nivel.

Ahora bien, la necesidad de coordinación funcional que se hace sentir hoy en las sociedades complejas no puede cubrirse ya conforme al modelo abarcable e intuitivo de una cooperación entre particulares y colectivos, organizada en términos de división del trabajo, sino sólo a través de las operaciones de regulación y control ejercitadas por el sistema administrativo. Pues bien, Dahl se ha percatado del peligro de que los problemas de control «cognitivo» en sentido estricto, expulsen o empujen a los demás problemas, es decir, a los problemas morales y a los problemas éticos, a los márgenes y desborden la capacidad que el procedimiento democrático tiene de solucionar problemas. Múltiples síntomas de tal *sobrecarga cognitiva* de la política deliberativa apoyan, mientras tanto, la difundida suposición de que una formación discursiva de la opinión y de la voluntad, que discurra conforme a procedimientos democráticos, no

51. *Ibid.*, pp. 204 ss.

puede tener la complejidad suficiente como para asumir y elaborar el saber *operativamente necesario*. El necesario saber de regulación y control no parece poder penetrar ya en absoluto en los conductos capilares de unos circuitos de comunicación concatenados de forma predominantemente horizontal, abiertos osmóticamente, e igualmente estructurados. Pero, pese a tales evidencias, no debe olvidarse una circunstancia distinta, a saber, que la desconexión de la regulación o control políticos respecto del complejo parlamentario y la emigración de los correspondientes temas de los espacios y esferas de opinión pública no es algo que se produzca sin resistencias. En cambiantes constelaciones la «cuestión democrática» aparece una y otra vez en el orden del día, en una versión u otra. R. Dahl hubiera podido entender su propia investigación como expresión del persistente e insistente empuje que tiene el tema. Estas contratendencias, de ninguna manera son algo que surja por casualidad, sobre todo si se parte de que la lógica propia del medio que el derecho representa, medio con el que el poder político guarda una relación interna, obliga a la suposición —también empíricamente eficaz— de una génesis democrática del derecho. Bajo esta premisa el empleo de poder político, incluso para problemas de regulación y control que pueden ser tan difíciles y complejos como se quiera, *queda sometido* a restricciones que *per se* resultan de la forma jurídica de las decisiones colectivamente vinculantes. En un sistema político sometido a la presión que ejerce la complejidad de la sociedad, estas restricciones se manifiestan en crecientes disonancias cognitivas entre las suposiciones de validez del Estado democrático de derecho y las formas del decurso efectivo del proceso político.

(2) El primer intento, emprendido a partir de Dahl, de un análisis de la implantación de procedimientos democráticos en las sociedades modernas, conduce, pues, a un resultado con doble cara. Por un lado, la política deliberativa pierde mucho de su aspecto extraño e irreal cuando se la considera como un proceso de aprendizaje articulado en términos reflexivos, el cual *sirve de descarga* a los procesos de integración social que discurren latentemente y a la vez los prosigue dentro de un sistema de acción que se especializa en tal trabajo de descarga. Por otro lado, la sima entre la necesidad de coordinación y las operaciones de integración, que la política y el derecho tendrían la finalidad de llenar, parece abrirse tanto más cuanto que el sistema administrativo ha de *hacerse cargo* de tareas de regulación y control que parecen desbordar al costoso modo deliberativo de toma de decisiones. Y en tal desbordamiento se hace sentir la resistencia de la realidad de las sociedades complejas, que éstas oponen a las pretensiones que las instituciones del Estado de derecho comportan. El proceso democrático, como muestra la teo-

ría de la decisión, queda extenuado y consumido «desde dentro» por la escasez de recursos funcionalmente necesarios; y «hacia afuera» choca, como afirma la teoría de sistemas, con la complejidad de sistemas funcionales no-transparentes y difícilmente influibles. En ambas direcciones parecen *autonomizarse* los momentos de inercia de la sociedad —lo que Sartre llamó antaño «lo inerte»— frente al modo deliberativo de una «sociación» efectuada de forma consciente y autónoma. Pero si a las sociedades complejas les fuesen *inevitablemente* immanentes tales tendencias a la autonomización de lo «inerte», la pregunta de Dahl acerca de las condiciones para una *ulterior* democratización de los sistemas políticos existentes discurriría en el vacío. En vista de este desmentido, la propia distinción entre «democracias» y simples «poliarquías» sería ya tendenciosa.

En primer lugar hemos de aclarar en qué sentido puede hablarse de una «autonomización» o «cosificación» de la sociedad. Pues es claro que este diagnóstico no se refiere a la resistencia trivial de los problemas y déficit diarios, en cuya solución está en definitiva especializado el sistema político. Desde la perspectiva de los implicados los momentos normales de inercia son percibidos como diferencias entre norma y realidad, que mueven a percatarse de las cuestiones prácticas y a hacerles frente. Un trasfondo, sobre el que destacase una sociedad *autonomizada*, coagulada en una especie de segunda naturaleza, tampoco se produce por el hecho de que los ciudadanos asociados, en el ejercicio de su práctica de autodeterminación, hayan de recurrir a, y comprometerse con, los exigentes presupuestos comunicativos que implican los discursos. Malentenderíamos el carácter discursivo de la formación pública de la opinión y la voluntad si creyésemos que nos es lícito hipostatizar el contenido ideal de los presupuestos generales de la argumentación y convertirlo en un modelo de «sociación» comunicativa pura⁵².

Ya en la práctica cotidiana el entendimiento entre sujetos que actúan comunicativamente se mide por pretensiones de validez que —sobre el trasfondo masivo de un mundo de la vida intersubjetivamente compartido— representan una invitación y desafío a posicionarse con un sí o con un no. Están enderezadas a la crítica y mantienen presente la *posibilidad* de una resolución o desempeño discursivos, a la vez que el riesgo de disenso. En este sentido la acción comunicativa *remite* a una argumentación en la que los participantes justifiquen sus pretensiones de validez ante un auditorio idealmente ampliado. Los participantes en la argumentación parten de la suposición idealizadora de una comunidad de comunicación deslimitada en el espacio social y en el tiempo histórico y, conforme

52. Sobre lo que sigue, cf. L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt a. M., 1993, segunda y tercera parte.

a una formulación de K.-O. Apel, no tienen más remedio que presuponer dentro de su situación social real la posibilidad de una comunidad ideal: «Pues quien argumenta, presupone *ya siempre* dos cosas a la vez: la primera, una comunidad real de comunicación, en miembro de la cual se ha convertido él mismo mediante su proceso de socialización, y la segunda, una comunidad ideal de comunicación que por principio sería capaz de entender adecuadamente el sentido de sus argumentos y enjuiciar definitivamente la verdad de ellos»⁵³. Esta formulación puede, sin embargo, conducir al malentendido de que a esa «comunidad ideal de comunicación» cabe atribuirle el *status* de un *ideal* enraizado en los presupuestos generales de la argumentación que podría ser realizado por vía de aproximación. Incluso el concepto equivalente de «situación ideal de habla», aun cuando se preste a menos malentendidos, puede conducir a una hipostatización indebida del sistema de pretensiones de validez inscrito en la base de validez del habla. Los presupuestos contrafácticos de que han de partir los participantes en la argumentación abren, ciertamente, una perspectiva desde la que esos participantes *transcenden* la provincialidad de sus contextos espacio-temporales a los que no pueden escapar en sus vivencias y en sus acciones, y las prácticas de justificación históricas y concretas en las que han crecido, es decir, desde las que pueden hacer justicia al sentido de pretensiones de validez trascendedoras. Pero con esas pretensiones de validez trascendedoras no se ponen ellos mismos en el «más allá» trascendente de un reino ideal de seres inteligibles. A diferencia de lo que acontece con la proyección de ideales a cuya luz podemos identificar *desviaciones*, «en el caso de las suposiciones idealizadoras que tenemos que hacer siempre que queremos entendernos unos con otros, no entra en absoluto en juego una relación de correspondencia o una comparación entre idea y realidad»⁵⁴.

Pero por otro lado, es legítimo hacer uso de tal proyección para un experimento conceptual⁵⁵. Cabe entonces desactivar el malentendido esencialista convirtiéndolo en una ficción metodológica, la cual permite a su vez ganar un trasfondo sobre el que hacer visible el substrato de *inevitable* complejidad social. Y en este sentido ya inocuo o inocuo, o por lo menos no capcioso, la «comunidad ideal de comunicación» ofrécese como modelo de «sociación» comunicativa «pura». Esta comunidad sólo tendría a disposición como mecanismo de au-

53. K.-O. Apel, «El *apriori* de la comunidad de la comunicación», en *Id.*, *Transformación de la filosofía II*, Madrid, 1985, p. 407.

54. H. Brunkhorst, «Zur Dialektik von realer und idealer Kommunikationsgemeinschaft», ponencia presentada en el simposio sobre Apel, celebrado en el Foro de Filosofía de Bad Homburg en 1992.

55. En lo que sigue me atengo a B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993, caps. 5 y 6.

toorganización el medio que representa el entendimiento discursivo. Por esta vía habría de poder resolver sin violencia todos los conflictos. Esa comunidad ideal elabora los problemas «perrinaces» de integración de la sociedad por vía de un entendimiento explícito entre los implicados, y en última instancia discursivamente, mas sin recurrir todavía a la política y al derecho⁵⁶. Pero no se malentienda tampoco este modelo que hemos introducido sólo a título de experimento conceptual. El modelo se refiere a sociedades concretas, localizadas en el espacio y el tiempo, ya diferenciadas. A los procesos discursivos de entendimiento no los desliga, por tanto, de los fundamentos de la acción comunicativa, sino que cuenta con que esa acción está situada en los contextos del mundo de la vida. En una palabra, no se abstrae de la «finitud» de la «sociación» o socialización comunicativa. Así, las condiciones que *posibilitan* la sociación comunicativa, no deben confundirse con *restricciones* impuestas contingentemente. Se evita así la falacia individualista de que uno, en la influencia u operación que el otro ejerce sobre él, no hace experiencia sino de los límites de su libertad subjetiva. Pues son más bien las posibilidades legítimamente reguladas de influir unos sobre otros, que descansan sobre un acuerdo supuesto, las que *autorizan* a ejercitar y poner en obra una libertad socialmente constituida. Normas que nos vienen inculcadas por la costumbre pero que son normas intersubjetivamente reconocidas, mientras se las *pueda* poner en cuestión y *persista* la *posibilidad* de ponerlas en cuestión, no se hacen sentir en forma de coerciones externas. Y lo mismo vale para el simbolismo que representa el lenguaje y la cultura o para la gramática de las formas de vida en las que los individuos socializados se encuentran. Todo ello opera al modo de condiciones posibilitantes. Los contextos del mundo de la

56. Esto significa una alternativa al modelo que entiendo la «sociación» pura en términos de un «disponer sobre algo». Como es sabido, Marx explicó en *El capital* el concepto de «sociación intencional», es decir, «sociación» efectuada con voluntad y conciencia, recurriendo a un modelo en el que la figura de derecho privado que representa una asociación civil —la «asociación de hombres libres»— queda vinculada con el arquetipo de una comunidad de cooperación articulada en términos de división del trabajo, extraído de la sociedad de la producción. Es claro que la autonomía de la sociedad que se organiza a sí misma Marx se la representa como ejercicio del control consciente o de la administración planificada del proceso material de producción: en analogía con lo que acontece en el proceso de dominación de la naturaleza, el sujeto social «dispone» sobre el propio proceso de su vida convertido ahora en objeto. Pero con este concepto de autonomía, articulado en términos de un «disponer sobre algo» desaparece el núcleo del problema de la autoorganización social, a saber, la constitución y autoestabilización de una comunidad de libres e iguales, pues el núcleo de la «sociación» intencional no lo constituye un control ejercido en común de la cooperación social, sino una regulación normativa de la convivencia sostenida por el asentimiento de todos que asegure relaciones inclusivas de reconocimiento simétrico mutuo (y con ello la integridad de cada individuo particular). Para la comprensión de la autoorganización social Marx no utiliza como hilo conductor la práctica comunicativa, sino el control o planificación de procesos sociales teóricamente objetivados. Cf. mi crítica a este modelo en J. Habermas, «Dogmatismo, razón y decisión», en Id., *Teoría y praxis*, Madrid, 1987, pp. 388-414.

vida restringen, ciertamente, el ámbito de acción e interpretación de los actores, pero sólo de modo que son ellos los que abren el horizonte para interacciones e interpretaciones *posibles*.

En cuanto entendemos del modo propuesto la «sociación» intencional como algo mediado comunicativamente, ya no contamos con seres sin cuerpo, inteligibles, que todo lo sepan y, por así decir, libres de contexto, sino con actores finitos, ligados a sus cuerpos, socializados en formas concretas de vida, localizados en el tiempo histórico y en el espacio social, implicados en las redes de la acción comunicativa, los cuales, al interpretar en cada caso faliblemente su propia situación, no tienen más remedio que nutrirse de los recursos de su mundo de la vida, de los que no pueden disponer a voluntad. No se niega aquí ni la contingencia de las tradiciones y de formas de vida con las que nos encontramos ahí, ni tampoco el pluralismo de las subculturas, de las imágenes del mundo y de las constelaciones de intereses existentes. Por otro lado, los actores no están *entregados* sin más a su mundo de la vida. Pues éste sólo puede, a su vez, reproducirse a través de la acción comunicativa, lo cual quiere decir a través de procesos de entendimiento que dependen de sus posicionamientos con un *sí* o con un *no* ante pretensiones de validez susceptibles de crítica. *El lugar de posible fisura o ruptura que representa este poder decir que no*, sella la libertad finita de quienes, si quiere evitarse la nuda violencia, han de ser *convencidos*. Ciertamente, los discursos y negociaciones, incluso bajo tales condiciones ideales, sólo pueden desplegar su fuerza de resolver problemas en la medida en que los problemas que nos salen al paso sean percibidos con sensibilidad, descritos adecuadamente y respondidos de forma productiva a la luz de tradiciones convertidas en reflexivas, de tradiciones postconvencionales. Un entendimiento discursivo garantiza, ciertamente, el tratamiento racional de temas, razones e informaciones; pero ello no podrá ser sino en los contextos de una cultura abierta al aprendizaje y de un personal capaz de aprender. En este aspecto imágenes dogmáticas del mundo y patrones rígidos de socialización pueden constituir barreras para un modo discursivo de socialización.

Pues bien, sobre el trasfondo de tal *modelo de sociación comunicativa pura* B. Peters se interesa por esos momentos de inercia que son inherentes de por sí a la complejidad de los procesos de formación de la opinión y la voluntad, muy particularmente cuando esos procesos han de satisfacer a presupuestos comunicativos de la argumentación. Para tal planteamiento las idealizaciones inherentes a una «sociación» comunicativa pura constituyen un apropiado trasfondo sobre el que destacan los recursos *funcionalmente necesarios* para los procesos de entendimiento. Pues el modelo no tiene en cuenta, por así decir, los costes de información y decisión de los procesos de comunicación. No tiene en cuenta las limitadas capaci-

dades cognitivas que, a la hora de elaborar problemas, tienen las comunicaciones simples entrelazadas horizontalmente; abstrae en particular de la desigual distribución que dentro del público se da de la atención, de las competencias y del saber. Ignora también las actitudes y motivos que estorban, perturban y desbaratan la orientación al entendimiento, es decir, es ciego para el egocentrismo, para la debilidad de la voluntad, para la irracionalidad y el autoengaño de los implicados de que se trate. A la luz de idealizaciones tan fuertes, a la teoría de sistemas y a la teoría de la decisión les resulta bien fácil hacer ver la facticidad de un mundo que ofrece un aspecto *bien distinto* que el que nos ofrece el modelo de «sociación» comunicativa pura.

Es cosa bien sabida que en el mundo, tal como lo conocemos, las comunicaciones y decisiones ocupan sus propios segmentos de espacio y tiempo, consumen energía, requieren un gasto y costo en operaciones organizativas, etc. La selección de temas y contribuciones, al producirse bajo la presión ejercida por el tiempo y los plazos, causa además costes en términos de decisiones que debieron tomarse antes y que ahora llegan tarde. Asimismo, la producción y difusión del saber, orientadas en términos de división del trabajo, dan lugar a una distribución desigual de competencias y conocimientos. En esta distribución social del saber intervienen además los medios de comunicación con su propia selectividad. Las estructuras de la esfera pública reflejan inevitables asimetrías en lo concerniente a las informaciones de que se dispone, es decir, desiguales oportunidades de acceso a la producción, validación, regulación, control y presentación de los mensajes. A estas restricciones sistémicas se añade la desigual distribución debida a la contingencia de las capacidades individuales. Los recursos para una participación en las comunicaciones políticas vienen por lo general estrechamente tasados, empezando por el tiempo de que individualmente se dispone y la fragmentada atención individual a temas que tienen su propia lógica y su propio curso, pasando por la disponibilidad y la capacidad para aportar algo propio en relación con esos temas, hasta las actitudes oportunistas, las pasiones, los prejuicios, etc., que merman o menoscaban la formación racional de la voluntad.

Estos pocos rótulos podrían documentarse recurriendo a una amplia bibliografía. Pero aquí se trata sólo de qué *significado* tienen en nuestro contexto. En primer lugar, ilustran desviaciones respecto del modelo de la socialización o sociación comunicativa pura, que, según sean las circunstancias, variarán en grado y alcance, pero que, por su propio tipo, llaman la atención sobre inevitables momentos de inercia, es decir, sobre la escasez de esos recursos funcionalmente necesarios de los que en particular dependen en alto grado los procesos de formación deliberativa de la opinión y la voluntad. Ningun-

na sociedad compleja, incluso en las condiciones más favorables, podrá responder nunca al modelo de «sociación» comunicativa pura. Por lo demás, éste sólo puede tener (cosa que no debemos olvidar) el sentido de una ficción metodológica cuyo fin es sacar a la luz los inevitables momentos de inercia anejos a la complejidad social, es decir, el reverso de la sociación comunicativa, un reverso que, bajo la sombra de los supuestos idealizadores implicados en la acción comunicativa, permanece ampliamente oculto a los participantes mismos. Sólo que el modelo debe este carácter ficticio a la circunstancia de que cuenta con una sociedad sin derecho y sin política y a que proyecta la idea de autoorganización a la sociedad en conjunto. Con el concepto procedimental de democracia esta idea cobra, empero, la forma de una comunidad *jurídica* que se organiza a sí misma. Y, por tanto, el modo de «sociación» discursiva sólo puede establecerse a través del medio que representa el derecho. Y en el derecho como tal quedan ya incorporados esos momentos de inercia de los que el modelo de «sociación» «pura» abstrae.

El derecho positivo sirve *de por sí* a la reducción de la complejidad social. Esto lo hemos aclarado ya más arriba al hablar de las «desidealizaciones» gracias a las cuales las reglas jurídicas compensan la indeterminación cognitiva, la inseguridad motivacional y la reducida capacidad de coordinación que tienen las normas morales y en general las normas informales de acción. La relación de complementariedad entre derecho y moral la hemos explicado a partir de la compensación de las debilidades de una coordinación de la acción apoyada sólo en la razón práctica⁵⁷. Pero desde este punto de vista los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho pueden entenderse como otros tantos pasos para la reducción de esa inevitable complejidad que resulta visible a contraluz del modelo que representa la sociación comunicativa pura. Y lo dicho vale sobre todo en lo tocante a la concretización de esos principios en términos de derecho constitucional y a la institucionalización de los procedimientos de política deliberativa (con la regla de la mayoría, los órganos de representación, la transferencia de competencias de decisión, el entrelazamiento de competencias o facultades de control, etc.). Ciertamente que todos los complejos institucionales u organizativos son también mecanismos para la reducción de la complejidad; pero en su forma de instituciones de derecho constitucional estos mecanismos tienen a la vez el sentido reflexivo de trazas, resortes o cautelas que obran en dirección opuesta a la de una complejidad social que amenaza con minar y socavar las presuposiciones (llenas siempre de contenido normativo) de una práctica atendida a los principios del Estado de derecho. Este tipo de contrarregula-

57. Cf. más arriba cap. III, pp. 147-199.

ción⁵⁸ mantenedora de la complejidad opera ya en la oposición, tensiones y juego entre la opinión pública informal y la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad, regulada por procedimientos. Los circuitos de comunicación del espacio público-político están especialmente expuestos a la presión que la inercia social ejerce en punto a selección; pero la influencia así generada sólo puede transformarse en poder político si logra atravesar las esclusas del procedimiento democrático y del sistema político articulado en términos de Estado de derecho.

Ahora bien, sería ingenuo pasar por alto que la propia circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho está a su vez sometida a la presión que ejerce la complejidad social. Pero la importancia de las objeciones que desde el punto de vista de la teoría de sistemas y de la teoría de la decisión se hacen contra la suposición de un modo de «sociación» discursiva de la comunidad jurídica cambia cuando se tiene en cuenta que las instituciones del Estado de derecho, consideradas desde un punto de vista sociológico, tienen el sentido de una *contrarregulación* mantenedora de la complejidad. Pues entonces se plantea la cuestión de hasta qué punto la contrarregulación normativa que representan las instituciones del Estado de derecho puede compensar esas restricciones comunicativas, cognitivas y motivacionales a las que están sujetas la política deliberativa y la transformación del poder comunicativo en poder administrativo. Se plantea la cuestión de en qué medida la facticidad social de esos inevitables momentos de inercia, aun cuando venga ya tenida en cuenta en la estructura constitucional e instituciones del Estado de derecho, representa un punto de cristalización para complejos de poder ilegítimos, autonomizados frente al proceso democrático. Se plantea especialmente la cuestión de en qué medida el poder que se concentra en los grandes subsistemas funcionales sociales, en las grandes organizaciones y en las administraciones estatales, anida también en la infraestructura sistémica de los circuitos de poder regulados normativamente, sin que se cobre conciencia de ello, y con qué eficacia la circulación *no oficial* de este poder no legitimado penetra en la circulación del poder regulada en términos de Estado social.

58. Este concepto de contrarregulación lo desarrolla K. Lüderssen en el contexto del derecho penal: «Die Steuerungsfunktion des Gesetzes - Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft», en Id., *Genesis und Geltung im Recht*, Frankfurt a. M., 1992.

VIII

SOBRE EL PAPEL DE LA SOCIEDAD CIVIL
Y DE LA OPINIÓN PÚBLICA POLÍTICA

Las investigaciones sociológicas sobre la democracia condujeron a principios del período de posguerra a la teoría del pluralismo, la cual supuso todavía un puente entre los modelos normativos de la democracia y los llamados planteamientos realistas de la teoría económica, por un lado, y de la teoría de sistemas, por otro. Si por el momento dejamos de lado la revitalización de planteamientos institucionalistas que se viene observando en los últimos años¹, se impone la impresión de que en el curso de la evolución teórica el contenido idealista de las teorías normativas, entre las cuales sólo el modelo liberal, y, por tanto, el normativamente menos pretencioso, había ofrecido a la sociología un punto de contacto, de que ese contenido idealista de las teorías normativas, digo, se funde bajo el sol de los conocimientos sociológicos. La ilustración sociológica parece sugerir una consideración desencantada, si no ya puramente cínica, del proceso político. Dirige la atención sobre todo a los puntos en los que el poder «ilegítimo» («ilegítimo» miradas las cosas normativamente) irrumpe en la circulación del poder regulado en términos de Estado social. Si se elige como punto de referencia el sistema de acción administrativo o «aparato estatal», el espacio público-político y el complejo parlamentario constituyen el lado de *input* por el que el poder social de los intereses organizados penetra en el proceso de producción legislativa. Por su lado de *output* la Administra-

1. U. Bermbach, «Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel», en H. H. Hartwich (ed.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen, 1989, pp. 57-71; también: J. G. March y J. P. Olsen, *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York, 1989; Id., «The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life»: *American Political Science Review* 77 (1984), pp. 734-749; Id., «Popular Sovereignty and the Search for Appropriate Institutions»: *Journal of Public Policy* 6 (1984), pp. 341-370.

ción⁵⁸ mantenedora de la complejidad opera ya en la oposición, tensiones y juego entre la opinión pública informal y la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad, regulada por procedimientos. Los circuitos de comunicación del espacio público-político están especialmente expuestos a la presión que la inercia social ejerce en punto a selección; pero la influencia así generada sólo puede transformarse en poder político si logra atravesar las esclusas del procedimiento democrático y del sistema político articulado en términos de Estado de derecho.

Ahora bien, sería ingenuo pasar por alto que la propia circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho está a su vez sometida a la presión que ejerce la complejidad social. Pero la importancia de las objeciones que desde el punto de vista de la teoría de sistemas y de la teoría de la decisión se hacen contra la suposición de un modo de «sociación» discursiva de la comunidad jurídica cambia cuando se tiene en cuenta que las instituciones del Estado de derecho, consideradas desde un punto de vista sociológico, tienen el sentido de una *contrarregulación* mantenedora de la complejidad. Pues entonces se plantea la cuestión de hasta qué punto la contrarregulación normativa que representan las instituciones del Estado de derecho puede compensar esas restricciones comunicativas, cognitivas y motivacionales a las que están sujetas la política deliberativa y la transformación del poder comunicativo en poder administrativo. Se plantea la cuestión de en qué medida la facticidad social de esos inevitables momentos de inercia, aun cuando venga ya tenida en cuenta en la estructura constitucional e instituciones del Estado de derecho, representa un punto de cristalización para complejos de poder ilegítimos, autonomizados frente al proceso democrático. Se plantea especialmente la cuestión de en qué medida el poder que se concentra en los grandes subsistemas funcionales sociales, en las grandes organizaciones y en las administraciones estatales, anida también en la infraestructura sistémica de los circuitos de poder regulados normativamente, sin que se cobre conciencia de ello, y con qué eficacia la circulación *no oficial* de este poder no legitimado penetra en la circulación del poder regulada en términos de Estado social.

58. Este concepto de contrarregulación lo desarrolla K. Lüderssen en el contexto del derecho penal: «Die Steuerungsfunktion des Gesetzes - Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft», en Id., *Genesis und Geltung im Recht*, Frankfurt a. M., 1992.

VIII

SOBRE EL PAPEL DE LA SOCIEDAD CIVIL
Y DE LA OPINIÓN PÚBLICA POLÍTICA

Las investigaciones sociológicas sobre la democracia condujeron a principios del período de posguerra a la teoría del pluralismo, la cual supuso todavía un puente entre los modelos normativos de la democracia y los llamados planteamientos realistas de la teoría económica, por un lado, y de la teoría de sistemas, por otro. Si por el momento dejamos de lado la revitalización de planteamientos institucionalistas que se viene observando en los últimos años¹, se impone la impresión de que en el curso de la evolución teórica el contenido idealista de las teorías normativas, entre las cuales sólo el modelo liberal, y, por tanto, el normativamente menos pretencioso, había ofrecido a la sociología un punto de contacto, de que ese contenido idealista de las teorías normativas, digo, se funde bajo el sol de los conocimientos sociológicos. La ilustración sociológica parece sugerir una consideración desencantada, si no ya puramente cínica, del proceso político. Dirige la atención sobre todo a los puntos en los que el poder «ilegítimo» («ilegítimo» miradas las cosas normativamente) irrumpe en la circulación del poder regulado en términos de Estado social. Si se elige como punto de referencia el sistema de acción administrativo o «aparato estatal», el espacio público-político y el complejo parlamentario constituyen el lado de *input* por el que el poder social de los intereses organizados penetra en el proceso de producción legislativa. Por su lado de *output* la Administra-

1. U. Bernbach, «Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel», en H. H. Hartwich (ed.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen, 1989, pp. 57-71; también: J. G. March y J. P. Olsen, *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York, 1989; Id., «The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life», *American Political Science Review* 77 (1984), pp. 734-749; Id., «Popular Sovereignty and the Search for Appropriate Institutions», *Journal of Public Policy* 6 (1984), pp. 341-370.

ción choca a su vez con la resistencia de los sistemas funcionales sociales y con la resistencia de las grandes organizaciones que introducen y hacen valer su poder en el proceso de implementación. Esta autonomización del poder social frente al proceso democrático fomenta y promueve, a su vez, las tendencias endógenas hacia una autonomización del complejo de poder administrativo. Así, el poder administrativo, que tendencialmente propende a autonomizarse, forma bloque con un poder social, eficaz tanto por el lado de *input* como por el lado de *output* de la circulación democrática del poder, dando lugar a una contracirculación que se cruza, estorbándola, con la circulación de los procesos democráticos de decisión regulados y controlados por el poder comunicativo. Pero la mayoría de las descripciones de este movimiento en sentido inverso al de la circulación democrática operan con unos conceptos empiristas de poder que neutralizan, e incluso anulan, las distinciones que hemos introducido desde un punto de vista reconstructivo. En especial el concepto de «poder comunicativo» tiene que aparecer como un constructo tendencioso cuando el «poder» es entendido o bien en términos de teoría de la acción como la capacidad que un actor tiene de imponerse contra la resistencia de la voluntad de los demás, o bien se lo divide en términos de teoría de sistemas en el código «poder» por el que se regula un determinado sistema de acción, a saber, el sistema político, por un lado, y en el poder general de organización, o mejor: en la capacidad autopoietica de organización de los subsistemas funcionales, por otro. Mostraré que este derrotismo normativo en el que por ambas líneas desemboca la sociología política, no sólo se debe a evidencias que nos curan de ilusiones, sino también a falsas estrategias de tipo conceptual. Pues con esas estrategias queda perdido lo específico que el poder político debe a su organización en términos de derecho.

Tras dar una visión de conjunto de la evolución teórica, entraré primero en las revisiones a que John Elster ha sometido la teoría económica de la democracia. Tales revisiones vienen a acreditar la relevancia empírica del concepto procedimental de política deliberativa (I). Discuto a continuación la tentativa de H. Willke de explicar en términos de una teoría de los medios de regulación o control sistémicos la integración de una sociedad presuntamente disgregada en subsistemas funcionales autopoieticamente autonomizados. Partiendo de la crítica a esta propuesta de solución pasaré a desarrollar, movido de nuevo por B. Peters, un modelo sociológico que dirige la atención hacia el peso empírico de la circulación del poder prescrita por los propios supuestos del Estado de derecho, que, en este sentido, puede considerarse la oficial (II). Este peso depende sobre todo de si la sociedad civil, a través de espacios públicos autónomos y capaces de la resonancia suficiente, desarrolla la vitalidad e impul-

sos necesarios como para que conflictos que se producen en la periferia se los logre transferir al sistema político (III).

I

(I) Ya la *teoría del pluralismo* se basaba en un concepto empirista de poder. Pues para ella el puente entre el modelo liberal de democracia, introducido más arriba, y la empiria científica, lo constituía una comprensión instrumentalista de la política, conforme a la cual el poder político y el poder administrativo sólo representan otras formas de manifestación del poder social. El poder social se mide por la capacidad de imposición que tienen los intereses organizados. Y a lo largo de la línea vertical y ascendente que pasa por la competencia entre los partidos y las elecciones generales se transforma en poder político, dividido, por cierto, entre gobierno y oposición. Este poder político, en el marco de competencias distribuidas conforme a lo que la Constitución dispone, se emplea a su vez para convertir en decisiones vinculantes a través del proceso de producción legislativa y del aparato administrativo los programas políticos que surgen del juego de las fuerzas sociales así canalizado, y para implementar esas decisiones. En la misma línea vertical pero en sentido descendente el poder administrativo se emplea además para operar e influir sobre la formación parlamentaria de la voluntad política y sobre el juego de fuerzas de los intereses organizados. Éstos reciben, a su vez, la oportunidad de influir, también directamente, sobre la formulación de las políticas y sobre el empleo de poder administrativo. Conforme a este modelo se establece un proceso circular en el que el poder social de los clientes queda vinculado con la competencia de los partidos por el poder, en el que el proceso de legitimación queda vinculado con las prestaciones organizativas y el cumplimiento de funciones del Estado, y en el que este proceso de implementación queda a su vez conectado con las pretensiones de los clientes. Para la valoración normativa del proceso descrito es decisiva la suposición de que el poder social está distribuido de forma más o menos igual entre los intereses sociales relevantes. Pues sólo entonces puede el equilibrio de fuerzas sociales mantener de tal suerte en marcha la circulación del poder político, que el sistema político puede elaborar de la forma más eficaz posible las pretensiones y demandas que le llegan y satisfacer del modo más igual posible a los intereses sociales.

Esta teoría del pluralismo, procedente de las ciencias sociales, puede conectar con el modelo normativo liberal mediante una simple sustitución: pues lo que la teoría del pluralismo hace es sustituir a los ciudadanos particulares y a sus intereses individuales por asocia-

ciones y por intereses organizados². Parte de que todos los actores colectivos disponen más o menos de las mismas oportunidades de influir en los procesos de decisión relevantes, de que son los miembros quienes determinan la política de organizaciones tales como las asociaciones y los partidos, y de que estas organizaciones, a su vez, al compartir múltiples miembros, se ven empujadas a la disponibilidad al compromiso y al entrelazamiento de intereses. La democracia competitiva no hace entonces otra cosa que proyectar sobre el plano de la distribución política del poder el equilibrio social del poder, de modo que la política estatal puede proveer equilibradamente e imparcialmente a un ancho espectro de intereses sociales³.

Tras que estos supuestos se viesen falsados, el planteamiento pluralista se vio sometido a revisión en el sentido de Schumpeter. Como en lo que a miembros se refiere los grupos de intereses tienen una composición muy selectiva, y esos miembros son en gran parte inactivos y ejercen poca influencia sobre la política de la asociación, ahora se pasa a suponer que la lucha por el poder se dirime en lo esencial entre las élites. Tampoco pudo mantenerse el otro supuesto, a saber, el de que los ocupantes de posiciones de poder político dependen de una pluralidad de actores colectivos, los cuales compiten por el influjo político, logrando en tal competencia un peso aproximadamente igual. Así, tras derrumbarse ambos supuestos, lo único que quedó fue una *teoría de las élites*, limpia de aditamentos pluralistas, que reduce en lo esencial el proceso democrático a una elección plebiscitaria entre cuadros de líderes que compiten unos con otros⁴, es decir, a una selección de líderes. Pero en lo referente a expectativas normativas, la teoría tenía todavía que explicar cómo «una política en la que la iniciativa la tienen fundamentalmente las élites puede satisfacer también a los intereses de las no élites»⁵. Con ello el residuo de expectativas normativas, que quedaba aún en pie, se desplazaba del lado del *input* al lado del *output* del sistema administrativo. Puesto que los grupos de líderes, que compiten unos con otros, no quedan obligados, en lo que a sus objetivos se refiere, por la confianza inespecífica y altamente agregada de las masas pasivas de electores, sólo la *racionalidad* de las propias élites dispuestas a la innovación y capaces de tomar decisiones puede garantizar aún un cumplimiento de las funciones estatales orientado al bien común. De ello surge la imagen de un sistema administrativo que opera con

2. Cf. también N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Barcelona, 1985, pp. 25-26.

3. F. Scharpf, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz, 1970, pp. 29 ss.

4. J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, 1988, pp. 343 ss.; para una crítica cf. B. Bachrach, *Die Theorie demokratischer Eliteherrschaft*, Frankfurt a. M., 1967.

5. F. Scharpf, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, p. 39.

relativa independencia de la sociedad, que se busca y procura él mismo la necesaria lealtad de la población y que fija más o menos él mismo cuáles van a ser las funciones políticas meta. Desde un punto de vista normativo se plantea entonces el problema de en qué condiciones el aparato estatal, si ya no viene regulado y controlado por los intereses sociales, puede desarrollar al menos una sensibilidad suficiente para esos intereses. El sistema político habría de asumir y hacerse cargo él mismo (y por propia iniciativa) de las necesidades públicamente relevantes, de los conflictos latentes, de los intereses reprimidos, de los intereses que no son capaces de organizarse, etc.

Pero desde fines de los años sesenta se acumularon las evidencias en favor de una estimación mucho más precavida y reservada. El sistema administrativo sólo parece poder operar dentro de un espacio de acción extremadamente estrecho; parece quedar restringido, atenido y obligado a la forma de movimiento más bien reactiva que representa una política tendente, no tanto a planificar, como a evitar crisis. Por el lado del *output* el «Estado activo» choca enseguida con los límites de su capacidad de regulación y control porque los sistemas funcionales y las grandes organizaciones se sustraen a las intervenciones directas, pues a éstas no les es tan fácil acertar con la lógica interna de esos sistemas y organizaciones. Por el lado del *input* el espacio de iniciativa del gobierno y de los partidos queda además restringido por la imprevisibilidad de esos electores cambiantes e inconstantes, ya sean ilustrados, ya sean movilizables en términos populistas, cuyas vinculaciones a los partidos se hacen cada vez más laxas. Cuando crecen el malhumor y el tedio políticos, los partidos establecidos han de temer una pérdida de legitimación por vía de abstención o de votos de protesta. Tanto los déficit de legitimación como los déficit de regulación y control sistémicos vienen a dar pábulo a un tipo de «incrementalismo» que apenas si puede distinguirse ya del quietismo.

Con ello se alcanza un punto en el que los caminos de la evolución teórica se bifurcan. Mientras que la *teoría de sistemas* cercena las últimas conexiones con el modelo normativo de partida, se restringe en lo esencial a los problemas de regulación o control de un sistema político declarado autónomo y retoma los problemas de la vieja teoría del Estado, la *teoría económica de la democracia* se aplica fundamentalmente al proceso de legitimación, bajo el supuesto de un individualismo metodológico. Desde el punto de vista de la teoría de sistemas, el modo de operar del sistema político se mide por la racionalidad de una regulación o control autorreflexivos, que del contenido normativo de la democracia no deja ya nada más que una distribución alternante del poder entre gobierno y oposición. Desde el punto de vista de la teoría de la decisión este contenido normativo se agota en la racionalidad electiva que el comportamien-

to de los implicados en el proceso democrático exhibe. Pero que ambos planteamientos, cada uno a su manera, han llevado demasiado lejos esta cura de adelgazamiento normativo, muéstrase mientras tanto en problemas surgidos de forma interna a la teoría, los cuales han conducido a revisiones bien instructivas, pero no siempre realizadas de forma consistente.

La *teoría económica de la democracia* había intentado dar cobro empíricamente a algunas intuiciones normativas del liberalismo, mostrando la racionalidad económica del comportamiento de los electores y de los políticos⁶. Conforme a este modelo, los electores, con sus votos, convierten y traducen un autointerés más o menos ilustrado en demandas enderezadas al sistema político, mientras que los políticos que consiguen cargos o quieren conservarlos, *intercambian* esos votos por ofertas de determinadas políticas. De las transacciones entre electores y élites políticas que deciden por ambas partes de forma económicamente racional resultan decisiones que son racionales en cuanto que tienen en cuenta intereses particulares agregados que han sido objeto de una equilibrada ponderación. Posteriormente la discusión acerca de la llamada «paradoja del elector racional» introdujo un cierto giro. El que los ciudadanos se implicasen en una elección, si se mantenía la premisa del comportamiento exclusivamente autointeresado, sólo podía explicarse con una hipótesis que enseguida se mostró que era falsa: la tasa de participación no varía (ésta era la hipótesis) con la expectativa de los electores de, en un determinado caso, poder decidir con sus propios votos una campaña en que dos candidatos van muy emparejados. A continuación se amplió el modelo egocéntrico de decisión con ayuda del concepto de metapreferencia y se hizo extensivo a consideraciones referidas a uno mismo, pero de tipo ético⁷. Pero al cabo las evidencias empíricas vinieron a desacreditar a todos los modelos que parten de una base egocéntrica de la decisión, por mucho que se la amplíe, y pasan por alto los contextos sociales del cambio de intereses y de orientaciones valorativas⁸. Recientes revisiones toman en cuenta, por ejemplo, el efecto de filtro que tienen los mecanismos institucionales, los cuales funcionan como una «lavadora» y preferentemente hacen valer razones normativas. De este modo procedimientos institucionalizados pueden fomentar la acción política «responsable»: «Actuar responsablemente significa que el agente adopta metódica-

6. A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957.

7. A. Sen, «Rational Fools»: *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977), pp. 328 ss.

8. J. Mansbridge, «Self-Interest in Political Life»: *Political Theory* 18 (1990), pp. 132-153: «Los modelos de decisión racional necesitan ahora expandir el espectro de los motivos que tienen en cuenta y los contextos en los que operan, preguntando específicamente en qué contexto un modelo que tiene como premisa una determinada clase de motivación predice mejor la conducta de ciertos actores» (p. 145).

mente frente a sus propias acciones una perspectiva de examen desde el *futurum exactum*, la cual es a la vez la del experto, la del otro generalizado y la del propio sí mismo, y de esta forma hace una validación de los criterios de su acción desde el punto de vista de su contenido, desde el punto de vista social y desde el punto de vista temporal⁹. Con la perspectiva del «otro generalizado» de G. H. Mead, C. Offe se acerca ya al concepto de una formación de la opinión y la voluntad que, como todavía mostraré, hace añicos el marco de una teoría empirista de la acción.

La *teoría de sistemas* abandona el nivel de los sujetos de acción individuales y colectivos, y del adensamiento de los complejos organizativos saca resueltamente la consecuencia de que hay que considerar la sociedad como una red de subsistemas autónomos que se encapsulan unos frente a otros adoptando cada uno su propia semántica, y que constituyen entornos los unos para los otros. Para la interacción entre tales sistemas sólo resultan ya decisivas sus propias formas de operación, fijadas internamente, y no las intenciones e intereses de los actores implicados¹⁰. De esta decisión concerniente a estrategia conceptual se sigue, por un lado, el abandono de una concepción jerárquica de la sociedad, centrada en el Estado. También el sistema político, que se especializa en la producción de decisiones colectivamente vinculantes, ha de afirmarse contra los demás subsistemas funcionales (incluso contra el sistema jurídico) sin poder reclamar posibilidades privilegiadas de intervención. Por otro lado, acaba imponiéndose enteramente esa comprensión de la política centrada en el Estado y limitada al Estado, que estaba ya en germen en el modelo liberal. Pues la teoría de sistemas atribuye la formación política de la opinión y la voluntad, dominada por la competencia entre partidos, a un público de ciudadanos y clientes que queda arrancado de las raíces que lo atan a su mundo de la vida (mediante las esferas de éste que representan la sociedad civil, la cultura política y la socialización) quedando así transportado al sistema político. En este sistema político gobierno y oposición no solamente constituyen el complejo con más densidad organizativa; frente a la circulación oficial del poder, ponen también en marcha una contracirculación: la Administración se programa ampliamente a sí misma al controlar y dirigir el proceso de producción legislativa mediante la política de proyectos de ley del gobierno, al extraer del público de los ciudada-

9. C. Offe, «Bindung, Fessel, Bremse», en A. Honneth et al. (eds.), *Zwischenbetrachtungen*, Frankfurt a. M., 1989, p. 758.

10. Para una crítica cf. F. W. Scharpf, «Politische Steuerung und politische Institutionen», en H. H. Hartwich (ed.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen, 1989, pp. 17-29, y también la discusión entre F. W. Scharpf y N. Luhmann en el número monográfico «Staatstätigkeit» de *Politische Vierteljahresschrift*, 19 (1988), pp. 61-87, o en *ibid.*, 30 (1989), pp. 5-21.

nos la necesaria lealtad a través de partidos estatalizados y al entenderse directamente con sus clientes¹¹. Con la creciente complejidad de la sociedad el centro de gravedad se desplaza en favor de esta circulación informal, de suerte que la cuestión de «cómo en tales circunstancias es posible la responsabilidad política»¹² pierde su sentido. Una teoría de sistemas, que ha desterrado de sus conceptos básicos todo lo normativo, permanece insensible a ese umbral de contención normativa que representa la circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho. Con penetrante mirada observa cómo el proceso democrático queda socavado y ahuecado bajo la presión de los imperativos funcionales, y hace así importantes contribuciones a una teoría de la democracia. Pero la teoría de sistemas no ofrece marco para una teoría *propia* de la democracia porque parcela y separa la política y el derecho convirtiéndolos en sistemas funcionales distintos, recursivamente cerrados, y al sistema político lo analiza esencialmente desde puntos de vista concernientes a la autorregulación y autocontrol del poder administrativo.

Pero la ganancia en «realismo» que este modo de consideración selectiva comporta, tiene como contrapartida la generación de un problema verdaderamente inquietante. Conforme a la escisión que la teoría de sistemas hace, todos los sistemas funcionales consiguen su autonomía desarrollando sus propios códigos y sus propias semánticas, no traducibles las unas a las otras. Con ello, los sistemas pierden la capacidad de comunicar directamente unos con otros, de suerte que sólo pueden ya «observarse» unos a otros. Este autismo afecta de forma especial al sistema político, el cual, éste es el supuesto, se cierra a su vez autorreferencialmente frente a sus entornos. En vista de este encapsulamiento autopoiético apenas puede explicarse cómo el sistema político habría de poder integrar a la sociedad en conjunto, por más que esté especializado en operaciones de regulación y control que, primero, tienen la finalidad de sintonizar entre sí a los sistemas funcionales, convirtiéndolos en «entornos mutuamente compatibles», pues ellos se ven arrastrados cada vez más lejos unos de otros y quedan a la vez más de espaldas unos a otros, y que, segundo, tienen también la finalidad de eliminar perturbaciones que hayan podido surgir en esos subsistemas. No se ve cómo podría salvarse la sima entre la autonomía de los diversos sistemas funcionales y el aseguramiento de su mutua cohesión, que se espera del sistema político como apor-

11. N. Luhmann, *Teoría política del Estado de Bienestar*, Madrid, 1993, pp. 64-65: «La Administración prepara los proyectos para la política y domina en las comisiones parlamentarias y organismos similares. La política, a través de sus organizaciones de partido, sugiere al público qué es lo que ha de elegir y por qué. El público influye a su vez en la Administración a través de los más diversos canales, desde las organizaciones de intereses hasta los lloros en los despachos oficiales».

12. *Ibid.*, p. 66.

tación específica de él: «El núcleo del problema es la improbabilidad y la inverosimilitud del logro de la comunicación entre unidades autónomas que operan autorreferencialmente»¹³.

La evolución teórica de los planteamientos «realistas» conduce, por un lado, a una teoría económica de la democracia, que trata de ilustrarnos acerca de los rasgos instrumentales de la formación de la voluntad democrática, y por otro, a una teoría de sistemas que trata de ilustrarnos sobre la impotencia de esa formación de la voluntad democrática. Ambos planteamientos operan con unos conceptos de poder que resultan insensibles para la relevancia empírica de la constitución del poder articulada en términos de Estado de derecho porque pasan por alto o eliminan la conexión constitutiva que se da entre derecho y poder político. Este déficit es el que en última instancia se oculta tras las cuestiones en las que de forma bien instructiva laboran Jon Elster y Helmut Willke. Las revisiones de Elster conducen a una inesperada rehabilitación del concepto de política deliberativa.

(2) La teoría de la elección racional, cuando se presenta con pretensiones explicativas en el campo de las ciencias sociales, en cierto modo sigue dando vueltas todavía al problema de Hobbes. No puede explicar cómo actores que actúan estratégicamente son capaces de estabilizar sus relaciones sociales sólo en virtud de decisiones racionales. Aquí no necesitamos entrar en los detalles de los problemas que por esta vía conducen a una sutil autocrítica¹⁴. Lo que me interesa es cómo J. Elster trata las dificultades con que tropieza esta teoría al ser aplicada a los procesos políticos. Escasamente realistas empiezan siendo en tal contexto las suposiciones-modelo conforme a las que las posibilidades electivas y las preferencias son tratadas como algo dado; ambas cambian en el proceso político mismo. Además las preferencias que los individuos manifiestan cuando se les pregunta por sus preferencias, en modo alguno reflejan fielmente las preferencias que los individuos encuestados efectivamente tienen si por preferencias se entienden las que *manifestarían* tras sopesar las informaciones y razones pertinentes. Pues el cambio político de valores y actitudes no es un proceso de adaptación ciega sino más bien resultado de una formación constructiva de la opinión y de la voluntad. Es lo que Elster llama formación «autónoma» de preferencias: «La autonomía es a los deseos lo que el juicio a las creencias»¹⁵.

13. H. Willke, *Ironie des Staates*, Frankfurt a. M., 1992, p. 345.

14. Th. Schelling, *Micromotives and Macrobehavior*, New York, 1978, p. 225 s.; H. Simon, «Rational Decision Making in Business Organizations», en *Models of Bounded Rationality II*, Cambridge, Mass., 1982, pp. 486 s.

15. J. Elster, «The Market and the Forum», en J. Elster y A. Hylland (eds.), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, 1986, p. 109.

Pero lo que no es realista es sobre todo la suposición de que todo comportamiento social puede concebirse como acción estratégica y, por tanto, explicarse como si fuese resultado de cálculos egocéntricos de utilidad. La capacidad de explicación sociológica que tiene este modelo es manifiestamente limitada: «Si bien es verdad que siempre se da un riesgo de que la conducta se enderece a servir a los propios intereses, la medida en que de hecho ello tiene lugar varía ampliamente. Buena parte de la literatura sobre elección social y elección pública, con su supuesto de una conducta universalmente oportunista, simplemente parece fuera de contacto con el mundo real, en el cual se da una buena dosis de moralidad y sentido del deber. Si los individuos emprendiesen conductas de tipo oportunista siempre que pudiesen salir adelante con ellas, no existiría la civilización tal como la conocemos»¹⁶.

Estas consideraciones y otras similares habían movido hace ya años a Elster a ampliar con ligaduras de ética social y razones morales la base de la decisión en los casos de acción social y a describir el proceso democrático como un mecanismo que contribuye a cambiar preferencias mediante discusiones públicas¹⁷. Pero lo que sobre todo le interesa son los aspectos de procedimiento de tal formación racional de la voluntad¹⁸. Para obtener resultados de esa idea hubo de someter el modelo de la elección racional a dos tajantes revisiones.

En primer lugar Elster amplía la teoría introduciendo en ella un ulterior tipo de acción. Junto a la acción *estratégica* o acción racional con respecto a fines, dirigida y regulada en cada caso por las propias preferencias de uno y orientada a obtener resultados (bajo condiciones de información incompleta), aparece ahora la acción *regulada por normas*¹⁹. Ésta constituye un tipo elemental de acción de que la apelación a normas sólo serviría a justificar *a posteriori* una acción oportunista, Elster replica que, en el caso particular, nadie podría haberse estratégicamente respecto a las normas, si no pudiese suponer en general el reconocimiento intersubjetivo de ellas. Así, pues, consideradas las cosas lógicamente, la validez social de las normas goza de primacía sobre la ganancia que reportaría el simular una orientación por tales normas. Tampoco resulta convincente la ulterior objeción de que el comportamiento conforme con las nor-

16. J. Elster, «The Possibility of Rational Politics», en D. Held (ed.), *Political Theory Today*, Oxford, 1991, p. 120.

17. J. Elster, «The Market and the Forum», p. 112.

18. *Ibid.*, p. 117: «La simple decisión de implicarse en una discusión racional no asegura que los intercambios vayan a realizarse de forma racional, pues muchas cosas dependen de la estructura y marco de los procedimientos».

19. Sobre lo que sigue, cf. J. Elster, *El cemento de la sociedad*, Barcelona, 1991, cap. 3, pp. 119-177.

mas es racional (con arreglo a fines) porque evita sanciones interiorizadas (como el sentimiento de vergüenza y el sentimiento de culpa). Pues el trato racional con las consecuencias de un comportamiento que se supone que es irracional, no explica cómo se llega a este comportamiento (como resultado de la previa interiorización de una norma de acción): uno no puede resolverse racionalmente a un comportamiento irracional.

Estas consideraciones muestran, por otro lado, que el nuevo tipo de acción Elster lo introduce todavía bajo premisas empiristas. Según su propuesta, la acción regulada por normas se distingue de la estratégica sólo por la falta de una orientación por las consecuencias esperadas de la acción. Es la racionalidad con arreglo a fines la que pone al *homo oeconomicus* por encima del *homo sociologicus*²⁰. Las normas y orientaciones valorativas escapan según esto a las consideraciones racionales, fundan expectativas de comportamiento contrafacticamente mantenidas, inmunes al aprendizaje. A consecuencia de ello Elster, o bien despoja a las normas *morales* de su carácter obligatorio en el sentido en que lo hace el utilitarismo y las incluye entre las reglas de decisión de la acción racional con arreglo a fines; o las cuenta entre las normas obligatorias de comportamiento en el sentido de una ética deontológica de la intención, pero entonces las despoja de su carácter racional.

Pero mientras la normatividad y la racionalidad se excluyan de esta forma, las coordinaciones de la acción racionalmente motivadas sólo pueden cobrar la forma de un convenio entre actores que actúan estratégicamente. Acuerdo racional viene a ser sinónimo de *bargaining*, de negociación de compromisos. Y, por cierto, con tales negociaciones, que exigen la disponibilidad a la cooperación por parte de actores orientados a su propio éxito, las normas se asocian en forma de restricciones empíricas, o de autoligaduras, que los propios sujetos irracionalmente se imponen. A este propósito Elster desarrolla un paralelogramo de fuerzas que explica los procesos de negociación regulados normativamente como una *cooperación* entre expectativas racionales de éxito y normas sociales que rigen, por así decir, a las espaldas sirviendo de trasfondo y marco²¹.

Pero esta forma de introducir los motivos normativos de la acción se revela como insuficiente si de lo que se trata es de explicar cómo la formación política de la voluntad puede cambiar de forma racional las preferencias de los implicados y cómo pueden abrirse de

20. «El primero se supone que se guía por una racionalidad instrumental, mientras que la conducta del segundo viene dictada por normas sociales. Del primero "tirán" las perspectivas de recompensa futura, mientras que al segundo lo "empujan" por detrás fuerzas cuasi internas. El primero se adapta a circunstancias cambiantes... El segundo se atiene a la conducta prescrita aun cuando tenga a mano opciones nuevas y aparentemente mejores» (*ibid.*, p. 119).

21. *Ibid.*, pp. 246 ss.

forma racional nuevas opciones. Porque el proceso político no se agota en una formación regulada de compromisos, basada en amenazas dignas de tomarse en serio, junto a las «negociaciones» Elster introduce las «argumentaciones» como otro mecanismo para la solución de los problemas de la acción colectiva: «Los argumentos racionales, por un lado, y las amenazas y promesas, por otro, son los dos principales vehículos mediante los que las partes se ven empujadas a alcanzar un acuerdo. El primero está sujeto a criterios de validez, el segundo a criterios de credibilidad»²². Con los criterios de validez entra en juego un nuevo tipo de comunicación y de coordinación de la acción. Mientras que las partes pueden dar su asentimiento por razones completamente distintas a un compromiso resultante de una negociación, el acuerdo alcanzado argumentativamente ha de basarse en argumentos idénticos que hayan podido convencer *de la misma manera* a todas las partes. La fuerza de alcanzar consenso que tienen tales argumentos se refleja en la idea de imparcialidad, que es la que dirige los discursos prácticos²³.

Pero este paso obliga a una revisión de la primera revisión. Pues la idea de enjuiciamiento imparcial de las constelaciones de intereses y de los conflictos de acción arrastra al remolino de la argumentación una parte de aquellas normas que hasta ahora la teoría consideraba irracionales. Pues junto a la recíproca influencia que ejercen unos sobre otros, actores orientados a su propio éxito, Elster sólo puede introducir (como un ulterior mecanismo de coordinación de la acción) la comunicación entre participantes en la argumentación orientados a entenderse, si admite también en las normas y orientaciones valorativas un núcleo racional y amplía correspondientemente el concepto de racionalidad. A esto sirve el concepto deontológico de justicia —tomado ahora en serio en su pretensión de razón— con el que pueden fundamentarse los derechos legítimos²⁴. Tarea de la política no es la eliminación de regulaciones ineficientes e ineconómicas, sino también el establecimiento y garantía de relaciones de convivencia que sean en interés de todos por igual²⁵.

Con estos conceptos básicos revisados, Elster emprende un análisis empírico de las discusiones desarrolladas en las asambleas cons-

22. J. Elster, «Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies», en *The Storr Lectures*, Yale Law School, 1991, manuscrito, pp. 37 s.

23. Para una recepción crítica del concepto de acción comunicativa por parte de la teoría de los juegos cf. J. Johnson, «Habermas on Strategic and Communicative Action», *Political Theory* 19 (1991), pp. 181-201.

24. «Dada la fragilidad del pensamiento instrumental en política, la concepción de la justicia que se escoja no puede ser una concepción consecuencialista como el utilitarismo. Más bien, esa concepción habrá de centrarse en los derechos de los individuos a una igual participación en la toma de decisiones y en el bienestar social» (J. Elster en D. Held [ed.], *Political Theory Today*, p. 116).

25. *Ibid.*, p. 120.

tituyentes de Filadelfia (1776) y París (de 1789 a 1791). En este análisis se trata para Elster de la distinción teóricamente motivada entre *bargaining* y *arguing*, incluyendo estas «argumentaciones», conforme al vocabulario que nosotros hemos introducido, no sólo argumentos concernientes a justicia, sino también argumentos ético-políticos, es decir, referidos al «bien común» de la nación. Por vía de un análisis comparativo de los dos primeros procesos constitucionales modernos, Elster somete a prueba la suposición de que este tipo de formación parlamentaria de la opinión y de la voluntad no puede explicarse suficientemente bajo las premisas empiristas de un arreglo entre intereses, regulado exclusivamente por el poder y orientado a la consecución de poder. Antes en tal formación de la opinión y de la voluntad se entrelazan discursos y negociaciones; sin embargo, la formación de compromisos se efectúa a veces de forma espontánea y entonces no satisface a las condiciones de *fairness* de las negociaciones sometidas a regulación²⁶. Pues bien, las *Storr Lectures* de Elster permiten una doble interpretación según que lo que nos interese sea el contenido manifiesto de los fragmentos de los discursos que se analizan, o el papel de esos fragmentos en lo tocante a lógica de la argumentación. Bajo el aspecto de contenido tales análisis reconstruyen un fragmento de la *legal history* con el resultado de que la «voluntad del legislador» consistió en poner en vigor un sistema de derechos que garantizaran (en la constelación de circunstancias percibida en cada caso) la autonomía política de los ciudadanos mediante la institucionalización de una formación *imparcial* de la opinión y de la voluntad. En este aspecto, lo que Elster hace puede considerarse (por lo menos implícitamente) como una contribución a una contrarrestación (efectuada en términos de historia constitucional) de la lectura que hemos propuesto del Estado de derecho en términos de teoría del discurso.

Pero su objetivo explícito es una reconstrucción racional de los patrones de argumentación, cuya finalidad es mostrar que las resoluciones del legislador político, en cierto grado venían motivadas racionalmente, a saber, por la cooperación entre un entendimiento basado en cuestiones de validez y un recíproco ejercicio de influencias en que los agentes se orientaban a asegurar cada cual su propio éxito²⁷. Elster investiga sobre todo la interacción de estos dos meca-

26. A la objeción obvia de que el diseño extraordinario de las asambleas constituyentes no tiene más remedio que jugar en favor de la hipótesis, responde Elster haciendo referencia a las situaciones revolucionarias, asimismo extraordinarias, provocadas por crisis de legitimación, en las que las amenazas (tanto por parte de los Estados del Sur dispuestos a la secesión, como por parte del rey dispuesto a intervenir) no tenían más remedio que tener un efecto más bien polarizador.

27. «El proceso de establecimiento de una Constitución puede iluminar los dos tipos de actos de habla a los que me referiré como *argumentación* y *negociación*. Para estudiar los procedimientos constitucionales podemos sacar provecho de Jürgen Habermas, no menos

nismos. Y el resultado es que el curso efectivo de los debates, como era de esperar, se desvía del procedimiento ideal que representa la política deliberativa, pero que a la vez no deja de venir afectado y regulado de forma eficaz por las presuposiciones de ella. En cualquier caso, los presupuestos comunicativos del modo deliberativo de las disputas de opiniones quedan institucionalizados en los organismos parlamentarios con la suficiente eficacia como para que el procedimiento democrático filtre argumentos y ceda preferentemente la palabra a razones generadoras de legitimidad.

Por ejemplo, no todos los intereses pueden defenderse públicamente. De ahí que ya la publicidad misma de las comunicaciones políticas (muy subrayada por Kant), en conexión con la expectativa de que los proponentes sean consistentes en sus manifestaciones y expliquen sus propuestas de forma coherente, ejerza una saludable coerción procedimental. Bajo esta condición, la ocultación, por ejemplo, de intereses no susceptibles de justificarse públicamente, bajo una capa pública de razones morales o éticas, obliga a comprometerse con esas razones y a contraer vínculos y ligaduras que en la próxima ocasión, o bien desenmascararán a un proponente como inconsistente, o bien con el fin de mantener su credibilidad, le obligarán a tener correspondientemente en cuenta los intereses de los demás²⁹.

Estas y otras consideraciones sugieren, por lo demás, la consecuencia de que las condiciones para una formación racional de la voluntad política no hay que buscarlas en el nivel individual de las motivaciones y de los fundamentos de la decisión de los actores particulares, sino también en el plano social de los procesos institucionalizados de deliberación y toma de resoluciones. Éstos pueden considerarse como mecanismos que operan sobre las preferencias de los implicados en ellos; clasifican los temas y contribuciones, las informaciones y las razones de modo que, idealmente, sólo las «solicitudes» o «instancias» «válidas» pasan el filtro de las negociaciones *fair* y de los discursos racionales y entran en consideración a la hora de

que de Thomas Schelling... Aun cuando los ejemplos que pondré están principalmente tomados de asambleas constituyentes, buena parte de lo que tendré que decir se aplica en términos generales a los parlamentos, comités y organismos similares de tipo ordinario» (J. Elster, «Arguing and Bargaining», manuscrito, 1991, p. 4).

28. *Ibid.*, pp. 91 s.: «La imparcialidad es lógicamente anterior a la tentativa de explorarla (o a la necesidad de respetarla) para los propósitos interesados de uno. Pero esto no significa que la preocupación por la imparcialidad esté necesariamente extendida. Por otros contextos conocemos que basta una pequeña proporción de cooperadores en una población para hacer que todos los demás se comporten como si fueran cooperadores. De forma similar, un pequeño grupo de individuos que piensan imparcialmente pueden inducir a grandes números a imitar su imparcialidad, pero por interés... También la norma por la que está feo hacer expresión del propio autointerés puede ser más fuerte en los contextos públicos que si los debates se hacen a puerta cerrada. Un contexto público promoverá, por tanto, el uso de un comprometerse de antemano con principios, sirviendo esa audiencia más amplia como caja de resonancia de tal pretensión y haciendo así más difícil desdecirse y echarse atrás».

tomar decisiones. Mas con ello no ha hecho sino efectuarse un cambio de perspectiva desde la teoría de la elección racional a la teoría del discurso: «Estas instituciones —Elster se está refiriendo a la Constitución americana— fueron diseñadas para desempeñar el papel de algo así como una virtud “oculta” o “sedimentada”, que, por tanto, hacía dispensable en cierto grado, tanto por la parte de los gobernantes como por la parte de los gobernados, la *práctica efectiva* de virtudes tales como la honestidad, la sabiduría, la razón, la razonabilidad, la justicia y toda clase de cualidades morales excepcionales»²⁹. En la medida en que la razón práctica queda implantada en las formas de comunicación y en los procedimientos institucionalizados mismos, no necesita quedar encarnada exclusivamente ni siquiera predominantemente en las cabezas de los actores colectivos o de los actores individuales. El estudio de Elster se basa en la suposición de que el nivel discursivo de las comunicaciones políticas observables constituye un criterio de la eficacia de una razón procedimentalizada de ese modo. Los resultados de la política deliberativa pueden entenderse como poder comunicativamente generado que, por un lado, entra en competencia con el potencial de poder de actores capaces de hacer valer su amenaza de forma efectiva y, por otro, con el poder administrativo de quienes ocupan cargos.

II

La teoría de sistemas no necesita negar estos fenómenos de un poder generado comunicativamente dentro del complejo parlamentario y de una influencia adquirida en el espacio público-político; pero somete esos fenómenos a descripciones que desenmascaran *a fortiori* la impotencia del poder comunicativo. Desde este punto de vista el sistema político, tras haberse efectuado una completa positivización del derecho, ha de poder renunciar a fuentes autónomas del derecho legítimo. Al igual que otros sistemas funcionales, también la política se ha autonomizado en un circuito de comunicación, recursivamente cerrado sobre sí mismo, y con su propio código. En conexión con el sistema jurídico, cuya función es asegurar la legalidad, esa política que se ha vuelto contingente y que desde la referencia a lo no propio ha pasado a asentarse en la autorreferencia, extrae de sí misma todo lo que ha menester en lo tocante a legitimación. La necesidad de legitimación puede cubrirse en términos paternalistas partiendo del complejo de mayor densidad organizativa, es decir, a través de líneas de conexión que van desde el juego de revancha y

29. C. Offe y U. K. Preuss, «Democratic Institutions and Moral Resources», en D. Held (ed.), *Political Theory Today*, Oxford, 1991, p. 149.

desquite entre gobierno y oposición hasta la subcompleja red de comunicaciones que forma el público de los electores, pasando por la competencia entre los partidos. Empero este cuadro que Luhmann pinta de la autolegitimación de una política o sistema político anclado en el aparato estatal sufre un desgarrón cuando el planteamiento que hoy representa la teoría de sistemas se ve confrontado con la tarea de «pensar la teoría del Estado en la perspectiva de una sociedad éticamente responsable y que sea éticamente defendible»³⁰.

Someteré a una crítica inmanente (1) el original intento de Willke de desarrollar una teoría del Estado, con el fin (2) de obtener de esa crítica un modelo que resulte apropiado para hacer un empleo del concepto de política deliberativa que venga suficientemente informado por la sociología.

(1) En su *Filosofía del Derecho* (§§ 250-256) Hegel había atribuido a las corporaciones la importante tarea de mediar entre la sociedad civil y los órganos del Estado. H. Willke, a la luz del debate sobre el neocorporativismo, se ve llevado a dar al Estado estamental de Hegel una interpretación en términos de teoría de sistemas, tras restar a ese Estado su cúspide monárquica. Las acciones concertadas, las mesas redondas, los organismos de coordinación de todo tipo, surgidos en esa zona gris entre el Estado y la sociedad, los describe Willke como sistemas sintomáticos de negociación que, en una sociedad descentrada, permiten a la política, en el papel de un supervisor educado para ejercer funciones terapéuticas, mantener la unidad de la sociedad global, que el Estado ya no puede representar. Por un lado, a ese sistema político que se ha convertido en un subsistema entre otros subsistemas y que ya no puede pretender ningún primado en la sociedad, Willke, al igual que Luhmann, lo ve descargado de la función de integrar a la sociedad en conjunto; pero por otro lado, Willke vuelve a introducir por la puerta trasera al Estado como garante de la integración de una sociedad estamental.

Por más sorprendente que resulte la respuesta, la pregunta no deja de ser un resultado bien consecuente del giro autopoietico de la teoría de sistemas. Pues pertenece a la lógica de la diferenciación funcional de una sociedad el que los subsistemas diferenciados vuelvan a quedar integrados en un nivel superior de la sociedad. Si la sociedad decentrada ya no pudiese salvaguardar su unidad, entonces no podría sacar ya provecho del aumento de complejidad de sus partes y en conjunto sería víctima de sus propias ganancias en diferenciación. Y la sociedad cuyos subsistemas pasan a asentarse en la autopoiesis, parece, en efecto, desembocar en tal callejón sin salida; pues el último paso hacia la autonomía, los subsistemas funcionales

30. H. Willke, *Ironie des Staates*, Frankfurt a. M., 1992, p. 12.

lo efectúan a través de sus propias semánticas especiales, las cuales, pese a todas las ventajas, tienen por consecuencia una ruptura del intercambio directo de informaciones con el entorno. En adelante todos los subsistemas funcionales se hacen su propia imagen de la sociedad. Ya no dominan ningún lenguaje común en el que la unidad de la sociedad pudiese venir representada de un *mismo* modo para todos. El entendimiento inespecífico en lo tocante a código pertenece al pasado. Todo sistema se hace insensible a los costes que genera para otros sistemas. Ya no hay ningún lugar desde el que pudieran percibirse y elaborarse los problemas que resultan relevantes para la reproducción de la sociedad *en conjunto*. Los lenguajes especiales neutralizan hasta tal punto el lenguaje ordinario —al igual que los subsistemas funcionales neutralizan al mundo de la vida— que ni aquél ni éste pueden constituir ya una caja de resonancia que fuese lo suficientemente compleja como para tematizar y tratar problemas concierne a la sociedad global. Bajo tal premisa el espacio público-político no puede constituir tal capa de resonancia por la simple razón de que, junto con el público de los ciudadanos, queda asociado, trabado y ligado al código que representa el poder y se contenta con, y se nutre de, política simbólica.

Por otro lado, los riesgos, peligros y amenazas a que se ve sujeta la capacidad de integración representan muy en especial un desafío para la política y para el derecho. Pues en cierto modo renuevan el *shock* que ambos experimentaron antaño por causa de la pérdida de la legitimidad religiosa. Ahora bien, la cuestión de cómo puede organizarse la unidad de la sociedad, ya no representable por el Estado, no puede plantearse *ya directamente* como una cuestión de legitimación. Pues el criterio de la legitimidad sólo vale para cuestiones políticamente decidibles; no puede aplicarse a problemas concierne a la sociedad *global*. No obstante, la tarea rutinaria de creación y obtención de legitimación queda estorbada por problemas de irracionalidad concierne a la sociedad global, porque el derecho y la política han asumido en lo que respecta a la cohesión del sistema en conjunto, una especie de aval para los casos en que tal cohesión falla. En cualquier caso, Willke diagnostica el retorno de una problemática de legitimación que viene en todo caso *inducida* por la insuficiente integración de la sociedad global, aun cuando se *mida* por una «racionalidad sistémica global». Y tal problemática habrá de poder ser resuelta por procesos de sintonización, mediados políticamente, entre los distintos sistemas funcionales. La visión neocorporativista de Willke «tiene por meta la configuración de relaciones intersistémicas entre subsistemas autónomos capaces de acción, e interdependientes, que ya no se acomodan al primado de una de las partes y que, por tanto, no extraen la racionalidad sistémica global de la validez de lo universal, sino de una sintonización reflexiva de

lo particular»³¹. Según su diagnóstico, en las sociedades occidentales los sistemas políticos se encuentran ya en la vía de un Estado de la supervisión o Estado supervisor. Resumiré en tres puntos la descripción que Willke hace de una sociedad que, mediante la inducción de un equilibrio intersistémico de este tipo, quedaría integrada a la vez que sometida a tutela:

(a) El Estado supervisor busca, mediante sistemas de negociación y trato de tipo no jerárquico, una sintonización con sistemas sociales funcionales que, o bien se han visto perturbados en sus propias operaciones y prestaciones y necesitan de una «ayuda al desarrollo», o bien gravan a su entorno con costes externalizados y han de ser obligados a «tener en cuenta a los demás». Pero el modo como los sistemas funcionales pueden ser llevados o inducidos a efectuar un cambio de estructuras, viene ya prefijado por las propias estructuras de esos subsistemas. De ahí que el Estado supervisor haya de practicar una «política de opciones», bien conocida en el campo de la planificación económica, política que va más allá de las prohibiciones y los estímulos. Esa política tiene en cuenta el modo de operación y los grados de libertad del sistema que pretende controlar, e influye sobre la autorregulación y el autocontrol del propio sistema mediante la introducción de cambios apropiados en su contexto. Las dificultades, que se han estudiado a menudo, con que choca la planificación en campos de la política tales como la política sanitaria, la política tecnológica, la política científica, suministran plausibles pruebas de los límites de las intervenciones estatales directas. En lugar de eso, de lo que ahora se trata es de recurrir al modo o técnica que representa el asesoramiento empresarial como modelo de una estrategia que enreda e implica en una «conexión productiva y generadora de autolimitaciones y autoligaduras» a sistemas operativamente cerrados.

(b) También la política que se endereza a este tipo de regulación y control de sistemas ha de servirse del lenguaje del derecho, pero ya no en la forma de programas condicionales o de programas «finales», sino como derecho «reflexivo»³². La política pone a disposición de los sistemas a los que controla, «formas» para su propio establecimiento de prioridades, de suerte que las preferencias previamente dadas de forma interna al sistema sean objeto (dentro del propio sistema) de una ponderación distinta. Los sistemas han de seguir ejecutando sus propias melodías, pero con un ritmo distinto, establecido

31. *Ibid.*, p. 205.

32. G. Teubner, «Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, pp. 289-344.

por un cambio de acentos. Con este fin, el derecho civil concebido hasta ahora en términos individualistas, ha de transferirse a actores colectivos y cambiar en su enfoque de relaciones entre personas a relaciones sistémicas. Suministran ejemplos de ello las nuevas formas de protección de derechos referentes a los nuevos bienes colectivos de la «sociedad del riesgo», la protección contra la destrucción del entorno, contra la contaminación nuclear o contra el cambio letal de la herencia biológica, y en general la protección contra los efectos secundarios no controlados de los grandes dispositivos técnicos, de los productos farmacéuticos, de los experimentos científicos, etc. El derecho no puede ni debe implementarse sentando de forma autoritaria objetivos de control y regulación, antes en forma de «programas relacionales» que motiven al sistema generador de peligros a cambiar de rumbo y lo pongan también en situación de hacerlo. De este modo, el derecho funciona como catalizador de cambios que el propio subsistema de que se trate efectúa sobre sí mismo.

(c) Aun cuando las operaciones de integración se desplacen del plano de la formación democrática de la opinión y la voluntad al plano de las relaciones intersistémicas, esta democracia que desde el plano de las personas pasa a asentarse en el plano de los sistemas, permanecería intacta en su «contenido esencial». Willke sigue hablando de «establecimiento de discursos societarios» e incluso de «sintonización de actores autónomos mediante discursos racionales»³³. Pues los procesos de sintonización se efectúan conforme a lo que establecen procedimientos (¿democráticos?) que regulan las relaciones de comunicación entre unidades descentrales: «Es menester el consenso como consenso marco acerca de las bases y límites del disenso, a fin de evitar que el disenso, llevado cada vez más lejos, no conduzca a la disolución del sistema»³⁴. Y cuando Willke añade en ese pasaje «que el consenso sólo se utiliza como la línea imaginaria, que hay que trazar de nuevo una y otra vez, merced a la que, tan pronto queda fijada, pueden constatarse y fijarse diferencias y disensos, con el fin de resolverlos», no está haciendo otra cosa que dar cobro y alcance, en una descripción realizada en términos de teoría de sistemas, al momento idealizador que la validez nacida de un acuerdo lleva anejo. Pero estas palabras que la exposición de Willke no hace sino tomar del vocabulario intersubjetivista de una tradición teórica distinta, sólo pueden tener ya un significado metafórico cuando se han cambiado las premisas.

Por un lado, el «diálogo» o «conversación» entre los sistemas funcionales, a diferencia de lo que ocurre con la práctica comunica-

33. H. Willke, *Ironie des Staates*, p. 202.

34. *Ibid.*, p. 49.

tiva de los ciudadanos, no trataría de normas, valores e intereses, antes se restringiría al objetivo cognitivo de aumentar reflexivamente el saber sistémico. El intercambio entre expertos que mutuamente se ilustran acerca del modo de operar de sus respectivos ámbitos funcionales, superaría la específica ceguera de los sistemas de acción autorreferenciales. Ese intercambio se asemeja más bien, como muestran los ejemplos tomados de la literatura sobre *management*, a un curso de perfeccionamiento en el que el director del curso, que a la vez lo modera, hace que *managers* procedentes de distintas ramas actúen de consultores en relación con problemas a que se enfrentan empresas de otras ramas. Por otra parte, las reglas de «toma de contacto, de negociación y de trato» conforme a las que se efectúa el diálogo pierden el contenido universalista de reglas democráticas de procedimiento; pues el círculo de los sistemas funcionales «necesitados de terapia» no puede pretender representatividad alguna.

Esta interesante propuesta para la solución del problema de integración atinente a la sociedad global, que de modo tan desnudo y claro se plantea aquí de forma interna a la teoría, choca con dificultades que paso a comentar porque ponen en el lugar que le corresponde al problema de la legitimación, que la teoría de sistemas trata de quitarse de encima.

ad (a) En su forma clásica el problema de Hobbes se había planteado como la cuestión de cómo del encuentro de las perspectivas egoístas de individuos que actúan enderezándose a la realización de su propio interés particular puede surgir un orden que lleve a los actores individuales a tener en cuenta los intereses de los demás. Este problema, en el que todavía labora la teoría de la elección racional, se repite de forma distinta para la teoría de sistemas. Un orden que se establezca a sí mismo, ha de poder ser explicado ahora a partir de la sintonización cognitiva de perspectivas sistémicas. La dimensión práctica de las regulaciones de la acción desaparece del planteamiento de la teoría de sistemas, con lo cual el «altruismo» racionalmente fundado pierde su sentido para el tráfico de los sistemas funcionales entre sí. En su versión puramente epistémica el problema de Hobbes se plantea, empero, de forma mucho más aguda porque el egocentrismo de perspectivas referidas unas a otras ya no viene determinado por preferencias y orientaciones valorativas propias, sino por las *gramáticas de la visión que del mundo* tienen los distintos subsistemas. Los sistemas cerrados autopoieticamente, a diferencia de los individuos en el estado de naturaleza, no comparan ya un mundo común. En este aspecto el problema de una comunicación lograda entre unidades autónomas que operan autorreferencialmente, cada una de ellas con su propia perspectiva de mundo, se corresponde con bastante exactitud con el problema, bien cono-

cido en la Fenomenología, de la construcción de un mundo intersubjetivamente compartido a partir de las operaciones monadológicas de los sujetos transcendentales. Y al igual que Husserl (o después Sartre) no pudieron resolver este problema³⁵ de la intersubjetividad, así tampoco la teoría de sistemas logra hacer comprensible cómo a sistemas encerrados autopoieticamente dentro del círculo mágico de su propio control o regulación autorreferenciales podría hacerse madurar para que trascendiesen esa autorreferencia pura³⁶.

La espiral de reflexión a que da lugar la observación recíproca de las autoobservaciones ajenas no saca del círculo de autoobservación y observación del otro, propias de cada subsistema; esa espiral no penetra la oscuridad de la recíproca intransparencia³⁷. Para entender el modo de operación y la autorreferencia de otro subsistema, y no sólo «observarlo» a fin de poderse hacer de él una «imagen» conforme al propio código del sistema observador, los sistemas implicados tendrían que disponer de un lenguaje al menos parcialmente común; pero el supuesto es que no puede haber tal cosa: «La comunicación lograda presupone que las partes se presentan mutuamente informaciones relevantes, de modo que esas informaciones puedan ser «leídas», es decir, entendidas también en el contexto de otros criterios rectores, de criterios rectores extraños. El desafío es establecer compatibilidad entre «juegos de lenguaje» diversos, pues cada «lenguaje» comporta realidades diversas y proyecciones de mundo diversas. *También para las sociedades complejas vale, pues, que la estructura profunda de su orden está ligada a la gramática de informaciones comprensibles*»³⁸. Las «reglas de transferencias» de las que se compone tal gramática no vienen adelantadas y suministradas ya por las reglas gramaticales de un lenguaje ordinario que circula a lo largo y ancho de toda la sociedad; antes han de empezar siendo construidas —conforme al patrón del derecho internacional privado— como normas para casos de colisión, que desde la perspectiva de cada uno de los subsistemas establezcan puentes de entendimiento con otros subsistemas. Pero como tales reglas las generan los sistemas implicados, cada uno para sí, éstos no han superado aún su perspectivismo semántico, sino que en todo caso han creado la base para una nueva etapa evolutiva. El necesario *entrelazamiento de perspectivas* tiene, por tanto, que *esperar* a que emerja un nuevo tipo de sistema de reglas.

Al cabo, Willke se saca las condiciones de la intersubjetividad del entendimiento posible, como por arte de magia, del sombrero

35. Cf. mi segunda *Gauss-lecture*, en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 1989, pp. 38 ss.

36. Cf. mi excursión sobre Luhmann en J. Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989, pp. 434-453.

37. H. Willke, *Ironie des Staates*, pp. 165 s.

38. *Ibid.*, pp. 345 s. (El subrayado es mío.)

de la evolución social: «Aquí entra en juego una nueva clase de reglas. Por primera vez estas reglas ya no tienen su anclaje en los subsistemas, sino que son el resultado (en el nivel del sistema) de una integración activa y consciente de las partes, cuya voluntad es unirse en un sistema global emergente (!). Este tipo de reglas es la materia de la que puede formarse ese tipo de control o regulación contextual descentral, como procedimiento de la supervisión política»³⁹. De los recíprocos tanteos de sistemas semánticamente cerrados, que se guían por sus propias observaciones, ha de *emerger*, por tanto, un lenguaje que simule exactamente aquello que el lenguaje ordinario, del que originalmente se han diferenciado las semánticas especiales, proporciona ya siempre. La construcción auxiliar de Willke resulta tanto menos convincente cuanto que ya el derecho, con sus «programas relacionales» o «programas de establecimiento de relaciones», ha de conectar con las operaciones de «transferencia de informaciones inteligibles» a lo largo y ancho de toda la sociedad, que el lenguaje ordinario efectúa. Cuando se sigue la argumentación de la filosofía analítica del lenguaje, no acaba uno encontrando, por lo demás, nada de sorprendente en la idea de que el lenguaje ordinario actúe de «último metalenguaje». El lenguaje ordinario constituye ese medio abierto que es un lenguaje que circula a lo largo y ancho de toda la sociedad, y del que puede traducirse a, y al que puede traducirse de, todos los discursos especiales.

ad (b) El Estado ha de «salvar el peligro que representaría una absolutización de la racionalidad de los subsistemas a costa de la racionalidad del conjunto»⁴⁰. Con este objetivo que va mucho más allá del sistema político, el proceso de legitimación que discurre internamente se hace depender de un control y regulación contextuales, que no queda ya sujeto al control del subsistema político, sino que ha de canalizarse a través de sistemas corporativos de discusión y negociación, es decir, a través del establecimiento de mecanismos especializados en la sintonización y coordinación intersistémicas. Aun cuando la política lograra ampliar sin disonancias cognitivas sus propios criterios de legitimidad añadiéndoles criterios de racionalidad sistémica que es por los que habría que medir una producción normativa capaz del control y regulación antedichos, con ello la base de decisión se desplazaría de suerte que al sistema político no le sería ya lícito atribuirse *sólo a sí mismo* todas las decisiones necesitadas de legitimación. Esto significaría una interrupción del proceso de *autolegitimación* que discurre internamente. Ciertamente, la regulación o control sistémicos se seguirían efectuando en forma de

39. *Ibid.*, p. 346.

40. *Ibid.*, p. 197.

derecho. Pero con la delegación de competencias estatales de tipo legislativo en sistemas de negociación a los que afluye la *dinámica propia* de otras unidades que operan autorreferencialmente, la reproducción del derecho y la política cae en la penumbra de una especie de «doble dominación», de una dominación compartida entre la administración del Estado y los subsistemas funcionales de la sociedad. Cuanto más se deja implicar la administración pública en «discursos societarios» de un nuevo tipo, tanto menos puede satisfacer a la forma de la circulación oficial del poder articulada en términos de Estado democrático de derecho. El mismo neocorporativismo que ha de hacer frente a los peligros de una desintegración de la sociedad global poniendo así dique al nuevo tipo de problemas de legitimación que están haciendo eclosión, estorba el proceso de autolegitimación que discurre por su propia cuenta y sometido a su propia lógica. Esta objeción sólo resultaría ociosa si el cambio de tipo de derecho, que se propone, pudiera efectuarse de modo conforme con la democracia.

Cuanto más son actores colectivos, es decir, subsistemas sociales y grandes organizaciones y no individuos, los que actúan, tanto más claramente se desplaza la base de imputación de consecuencias de la acción y tanto menos parecen poder venir asegurados por medio de derechos subjetivos los bienes colectivos de la «sociedad del riesgo» que se consideran dignos de ser protegidos jurídicamente. De ahí que Willke tenga por obsoleto el anclaje individualista del derecho en un «sistema de los derechos». Los «programas relacionales» requeridos se enderezan al autocontrol y a la autorregulación de sistemas; ya no se refieren a la autonomía privada y pública de individuos socializados. Pero tal reestructuración del derecho no tiene por qué implicar en modo alguno el abandono de la idea de Estado constitucional, sino sólo una interpretación distinta de esa idea. Bajo esta premisa, bastaría una legalización de esos sistemas de discusión y negociación para asegurar también su legitimidad: «Las sociedades altamente complejas sólo pueden mantenerse como democráticas si esta idea (la de Estado constitucional) se generaliza a la sociedad en conjunto y la específica estructura de la sociedad en conjunto permite y fomenta el que se garanticen tanto la autonomía y diferencia de los ciudadanos como la autonomía y diferencia de los subsistemas sociales. Lo último *no es solamente* un fin en sí mismo que se agotase en el mantenimiento del grado alcanzado de diferenciación funcional, sino que sirve *además* a la generalización de la protección de los ciudadanos en términos de derechos fundamentales»⁴¹.

De hecho, esta formulación delata bastante más que sólo una ruptura con una determinada lectura histórica del Estado democrático.

41. *Ibid.*, p. 358. (El subrayado es mío.)

co de derecho. Pues con «la idea de una constitución consensualmente institucionalizada a lo largo y ancho de toda la sociedad», que, «de sus ciudadanos como personas naturales, se extienda a sus organizaciones, actores corporativos y sistemas funcionales»⁴², la adaptación que en términos de teoría de sistemas se hace del Estado estamental hegeliano pasa a ocupar el lugar del Estado democrático de derecho socavando los fundamentos de legitimidad de éste. Ello queda ya de manifiesto en ejemplos muy sencillos. Los sistemas neocorporativistas de negociación sólo pueden sintonizar entre sí el crecimiento de la complejidad de los sistemas funcionales estimulando a la vez ese crecimiento; sin embargo, entre este crecimiento de la complejidad de las corporaciones, llamadas a «co-ejercer un papel de configuración política y jurídicamente facultadas para ello», y la realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos no se da una armonía preestablecida. A menudo, ciertamente, un alto nivel de diferenciación sistémica puede también justificarse desde puntos de vista normativos; y mientras el aumento de complejidad de la administración estatal y la economía capitalista discurrió paralelamente a una creciente «inclusión» de los ciudadanos y de los agentes económicos, pudo suponerse, consideradas las cosas en conjunto, una sintonía y armonía entre los procesos que desde puntos de vista funcionales se presentaban como ganancias en diferenciación y desde puntos de vista normativos como progresos en la realización de iguales derechos. Pero estos desenvolvimientos paralelos sólo consistieron en nexos contingentes, en modo alguno en nexos de tipo lineal, y ello hasta hoy. Además la circunstancia de que hoy en las sociedades fragmentadas del mundo de la OCDE, el bienestar y la seguridad social de una mayoría de la población vayan crecientemente de la mano de la segmentación y exclusión de una subclase desamparada e impotente, desfavorecida en casi todas las dimensiones, no es sino uno de los muchos indicios de tendencias que *discurren en dirección opuesta*. Entre las políticas negociadas en términos neocorporativistas y la protección de los derechos fundamentales de grupos de población débilmente organizados de la periferia de la sociedad se producen conflictos, no sólo a consecuencia de una desigual distribución de las retribuciones individuales, sino también porque la privación de bienes colectivos afecta selectivamente a las distintas clases sociales.

De ahí que la idea de Estado de derecho sufra quebranto en cuanto, en términos de derecho constitucional, a los subsistemas funcionales de la sociedad se los emancipa de su papel instrumental y pasan a convertirse en «fines en sí». Pues entonces la «autonomía y carácter diferencial» de los ciudadanos ha de competir por protección jurídica con la de los subsistemas incluso dentro del circuito

42. *Ibid.*, p. 357.

«oficial» del poder. La estructuración del sistema político en términos de Estado de derecho sólo quedará salvaguardada mientras las autoridades puedan afirmar, frente a los negociadores provenientes de las corporaciones, su posición asimétrica y superior que resulta de su obligación de representar la voluntad de los ciudadanos actualmente no implicados, sedimentada en el mandato de la ley. Tampoco en los procesos de decisión debe romperse el lazo de la delegación de competencias de decisión. Pues sólo así puede mantenerse la conexión con el público de los ciudadanos, los cuales tienen, por un lado, derecho a, y por otro están también *en situación de*, percibir la incompatibilidad social de sistemas funcionales, identificarla y tematizarla públicamente. Es cierto que es en el seno de los mecanismos y organismos corporativistas donde estos subsistemas han de aprender a superar sus cegueras específicas y a observarse mutuamente como subsistemas en un sistema global. Pero precisamente por eso han menester también de ser ilustrados por los clientes afectados (en el papel de éstos como ciudadanos) acerca de sus costes externos y de las consecuencias de sus fracasos internos. Si el discurso de los expertos no se conecta retroalimentativamente con la formación democrática de la opinión y la voluntad, la particular opinión que los expertos pueden hacerse de un problema acaba imponiéndose contra la de los ciudadanos. Y toda diferencia de interpretación de este tipo, no tiene más remedio que percibirse, desde la perspectiva del público de los ciudadanos, como una ulterior confirmación de un paternalismo sistémico que representa una amenaza para la legitimidad.

ad (c) El estrechamiento cognitivista-*managerial* de los discursos neocorporativistas acerca de la regulación y el control se explica porque la sintonización entre sistemas funcionales no arroja otra cosa que problemas de coordinación funcional. Aquí el saber relevante para la regulación y control sistémicos, que los diversos grupos de expertos poseen, hay que elaborarlo hasta convertirlo en políticas y éstas han de ser convertidas a su vez en programas jurídicos por juristas instruidos en teoría de sistemas. Esta concepción se apoya en la suposición escasamente realista de que el saber profesionalmente movilizado de los especialistas puede aislarse de valores y de puntos de vista morales. En cuanto el saber especializado se acerca a problemas de regulación o control políticamente relevantes, se hace notar su inevitable impregnación normativa, generando controversias polarizadoras incluso entre los propios especialistas. Los problemas de coordinación funcional, elaborados políticamente, vienen ya entrelazados con la dimensión moral y ética de la de la sociedad aunque sólo sea porque las consecuencias de la falta de integración sistémica sólo son percibidas como problemas necesitados de

solución por los intereses vulnerados y las identidades amenazadas en el contexto de, y sobre el trasfondo de, un mundo de la vida que tiene su propia historia. De ahí que sea contraproducente, no sólo desde puntos de vista legitimatorios, sino también desde puntos de vista cognitivos, el que los procesos de sintonización entre actores estatales y actores sociales se autonomicen frente al espacio público-político y a la formación de la voluntad parlamentaria. Pues desde ambos puntos de vista sería recomendable que la base ampliada de saber de una Administración que no tiene más remedio que pasar a controlar y regular, llevase el sello de, y quedase a su vez controlada por, una política deliberativa, es decir, por una disputa de opiniones públicamente organizada entre expertos y contraexpertos.

(2) Las objeciones analizadas de (a) a (c), a las que se enfrenta ese concepto de una sociedad de subsistemas autónomos estructurada «estamentalmente», apuntan todas en la misma dirección: la integración de una sociedad altamente compleja no puede ni desarrollarse ni encauzarse en términos de un paternalismo sistémico, es decir, pasando de largo entre el poder comunicativo del público de los ciudadanos. Los sistemas semánticamente cerrados no pueden ser movidos a encontrar por sus propias fuerzas el lenguaje común que han menester para la percepción y la articulación de relevancias y criterios concernientes a la sociedad global. Para ese fin se dispone, por debajo del umbral de diferenciación de los códigos especiales, de un lenguaje ordinario que circula a lo largo y ancho de toda la sociedad, del cual se hace uso sin más en las redes periféricas de comunicación que constituyen el espacio público-político y en el complejo parlamentario, para el tratamiento de problemas concernientes a la sociedad global. Ya por esta razón la política y el derecho no pueden entenderse como sistemas autopoieticamente cerrados. El sistema político articulado en términos de Estado de derecho está internamente diferenciado en ámbitos de poder administrativo y ámbitos de poder comunicativo y permanece abierto al mundo de la vida. Pues la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad depende de los suministros provenientes de los contextos informales de comunicación del espacio público ciudadano, de la red de asociaciones y de la esfera privada. Con otras palabras: el sistema político de acción está inserto en los contextos del mundo de la vida.

Los sistemas paraestatales de negociación cuando carecen de ligaduras efectivas con el complejo parlamentario y la esfera de la opinión pública, provocan problemas de legitimación y, a causa de su especialización en problemas de coordinación funcional, no están a la altura, ni siquiera cognitivamente, de la presión que ejercen los problemas que nos asaltan. La concentración en problemas funcionales de regulación o control introduce además una distorsión en la ponderación

que ha de hacerse entre las tareas tradicionales y las nuevas tareas del Estado. Las tareas sociointegrativas, es decir, las tareas concernientes a lo que nosotros llamamos «integración social» frente a «integración sistémica» (como son el mantenimiento del orden, la redistribución y la seguridad social, la protección de las identidades colectivas y de las tradiciones culturales comunes) mantienen y han de seguir manteniendo un puesto de igual dignidad en la agenda política. Pero a causa de la fijación en los complejos altamente organizados de la sociedad surge una imagen unilateral. Las sociedades funcionalmente diferenciadas no se agotan en modo alguno en una pluralidad de sistemas autorreferencialmente cerrados. Al paradigma sistémico siguen respondiendo sobre todo la economía capitalista y —con distancia— una Administración pública especializada en la planificación y en proveer a necesidades de la existencia individual y social. Pero muchos ámbitos altamente organizados como son, por ejemplo, el sistema educativo y el sistema de la ciencia, no deben en modo alguno su lógica específica, lógica que oponen a las intervenciones estatales directas, a un código propio o a un medio de control o regulación análogo al que representa el dinero, sino a la lógica de sus cuestiones y planteamientos especiales. Por lo demás, la «constitucionalización» de sistemas de acción, a los que se endereza el «control contextual» del Estado, significa en los ámbitos de acción integrados comunicativamente, como son la familia o la escuela, algo distinto que en las grandes organizaciones o en las redes (como son, por ejemplo, los mercados) integradas sistémicamente. En el primer caso la constitución jurídica recoge y *da envoltura y forma* jurídica a relaciones normativamente reguladas de instituciones ya existentes. En el segundo esa constitución y estructuración jurídicas sirve a la coordinación funcional de relaciones sociales *generadas* por el Derecho mismo. Finalmente, las formas participativas de implicación ciudadana que ligan a la Administración encargada de implementar los programas a los discursos de sus clientes tomados en serio como ciudadanos, tiene un sentido distinto que los sistemas neocorporativistas de negociación. Estas diferencias no pueden desaparecer en el gris sobre gris de las descripciones que nos suministra la teoría de sistemas.

Si queremos responder a la cuestión planteada al final del capítulo anterior, tenemos que buscar un camino propio aquende la teoría de sistemas y la teoría de la decisión. El análisis reconstructivo que hace Elster del proceso de producción legislativa dirige la atención a la racionalidad procedimental de la formación de la opinión y la voluntad regulada por procedimientos; pero esta mirada no alcanza más allá de la generación de poder comunicativo. Desde un ángulo de mira ampliado en términos de teoría de sistemas, Willke se concentra sobre el desbordamiento del Estado por problemas de control y regulación sistémicos que, conforme a su análisis, sólo po-

drían resolverse ya obviando y eludiendo el poder comunicativo. Pero este diagnóstico desconoce lo que puede dar de sí el lenguaje ordinario, por su carácter multifuncional, y precisamente a causa de su falta de especialización. El lenguaje ordinario es el medio de la acción orientada al entendimiento, a través de la cual se reproduce el mundo de la vida; a través del medio que representa el lenguaje ordinario se entrelazan también entre sí los componentes del mundo de la vida. Los sistemas de acción que están especializados en alto grado en la reproducción cultural (como la escuela) o en la socialización (como la familia) o (como el derecho) en la integración social, no operan estrictamente separados unos de otros. A través del código común que representa el lenguaje ordinario esos sistemas de acción cumplen también, por así decir, concomitantemente, las funciones de los demás, manteniendo así una referencia a la totalidad del mundo de la vida. Aquellos ámbitos nucleares del mundo de la vida que tienen carácter privado, esto es, que se caracterizan por su intimidad, es decir, por venir protegidos de la publicidad, estructuran encuentros entre familiares, amigos, conocidos, etc., y concatan, en el plano de estas interacciones simples, las biografías de sus miembros. La esfera de la vida pública guarda una relación de complementariedad con esa esfera de la vida privada, de la que se recluta al público como portador de la opinión pública.

El mundo de la vida constituye, considerado en conjunto, una red de acciones comunicativas. Bajo el aspecto de coordinación de la acción, su componente *sociedad* viene formada por la totalidad de relaciones interpersonales ordenadas en términos de legitimidad. Comprende también colectivos, asociaciones y organizaciones que están especializadas en determinadas funciones. *Algunos* de estos sistemas de acción funcionalmente especializados se autonomizan frente a los ámbitos de acción «socialmente integrados», es decir, frente a los ámbitos de acción integrados a través de valores, normas y entendimiento intersubjetivo y desarrollan sus propios códigos, como es el dinero en el caso de la economía o el poder en el caso de la Administración. A través de la institucionalización jurídica de estos medios de regulación o control estos subsistemas permanecen, empero, anclados en la componente *sociedad* del mundo de la vida. El lenguaje del Derecho da a comunicaciones provenientes de la esfera de la opinión pública y de la esfera de la vida privada, es decir, a comunicaciones provenientes del mundo de la vida, una forma en la que esos mensajes pueden ser también entendidos y asumidos por los códigos especiales de los sistemas de acción autorregulados, y a la inversa. Sin este transformador el lenguaje ordinario no podría circular a lo largo y ancho de toda la sociedad.

En lo que sigue me serviré de un modelo desarrollado por B. Peters, a fin de dar una forma precisa a la cuestión de qué capacidad

tiene de imponerse la circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho, y de intentar una primera respuesta⁴³. Según la propuesta de B. Peters, los procesos de comunicación y decisión del sistema político articulado en términos de Estado de derecho se ordenan conforme a un eje centro-periferia, vienen estructurados por un sistema de esclusas y se caracterizan por dos formas (una ordinaria y otra extraordinaria) de elaboración de problemas. El ámbito medular del sistema político está formado por los conocidos complejos institucionales que son la Administración (incluyendo el Gobierno), la administración de justicia y la formación democrática de la opinión y la voluntad (con los organismos parlamentarios, las elecciones, la competencia entre partidos, etc.). Este centro, al que sus competencias formales de decisión y las prerrogativas que de hecho tiene, separan y distinguen de una ramificada periferia, está, pues, estructurado en términos «poliárquicos». Pero dentro de ese ámbito nuclear, la «capacidad de acción» varía con la «densidad» de la complejidad organizativa. El complejo parlamentario es el más abierto a la percepción y tematización de los problemas de la sociedad, pero paga tal sensibilidad con una menor capacidad de elaborar problemas en comparación con el complejo administrativo. En los bordes o márgenes de la Administración se forma una especie de periferia *interna* compuesta por instituciones diversas que están dotadas de derechos de autoadministración o de funciones de competencia estatal y control estatal delegadas por el Estado (las universidades, los sistemas de seguridad social, las representaciones estamentales, las cámaras de comercio, las sociedades benéficas, las fundaciones, etc.). Este ámbito nuclear tomado en conjunto tiene una periferia *externa* que, simplificando mucho las cosas, se divide en «consumidores» y «proveedores».

Por el lado de la implementación han surgido para los distintos campos de la política un sistema de complejas conexiones entre las administraciones públicas y entidades de tipo privado como son las organizaciones, las confederaciones, los grupos de intereses, que en los ámbitos sociales necesitados de regulación, pero intransparentes, cumplen funciones de coordinación. De estos sistemas de negociación hay que distinguir los grupos y asociaciones que frente a los parlamentos y administraciones, y también a través de la vía que representa la administración de justicia, traen a lenguaje problemas sociales, plantean exigencias políticas, articulan intereses o necesidades y ejercen influencia sobre la formulación de los proyectos de ley o sobre la formulación de las distintas políticas. El espectro de este tipo de entidades alcanza desde las asociaciones que representan a

43. B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993, cap. 9.2.

grupos de intereses claramente definidos, pasando por asociaciones de claros fines políticos partidistas y por sociedades culturales (como las academias, las sociedades de escritores, los profesionales radicales, etc.) hasta los *public interest groups* (con preocupaciones públicas como son la protección del entorno, el control de las mercancías, la protección de los animales, etc.) y las iglesias y las asociaciones benéficas⁴⁴. Estas asociaciones formadoras de opinión, especializadas en suscitarse temas y en hacer contribuciones a ellos, y en general en ejercer influencia pública, pertenecen a la infraestructura de sociedad civil sobre la que se apoya un espacio de opinión pública dominado por medios de comunicación que con sus corrientes de comunicación informales, concatenadas por múltiples vías y muy diferenciadas, constituye la *periferia* propiamente dicha. Como muestra el debate neocorporativista acerca de sistemas de negociación, la diferencia entre «consumidores» orientados al *output* y «proveedores» orientados al *input* no es, empero, tajante. Ahora bien, la fusión que fácticamente se observa entre la influencia sobre la implementación de las políticas acordadas, por un lado, y la formulación y adopción de políticas, por otro, no podría ser «normalizada» jurídicamente sin vulneración de los principios del Estado de derecho⁴⁵.

Tras esta visión de conjunto de tipo descriptivo Peters introduce dos elementos explicativos: el modelo de esclusas y dos modos de elaboración de problemas que determinan la dirección de los flujos de comunicación. Las decisiones vinculantes, si quieren imponerse con autoridad, han de encauzarse por los estrechos canales del ámbito nuclear: «Sin embargo, la legitimidad de las decisiones depende de los procesos de formación de la opinión y la voluntad en la periferia. El centro es un sistema de esclusas que han de pasar muchos de los procesos que se desarrollan en el ámbito del sistema político-jurídico, pero el centro sólo controla en grado limitado la dirección y dinámica de esos procesos. Los cambios pueden provenir tanto de la periferia como del centro... La idea de democracia descansa en última instancia en que los procesos de formación de la voluntad política, que en el esquema aquí bosquejado tienen un *status* periférico o intermediario, deben resultar determinantes para la evolución política. Y esto es algo que no queda predecido por el presente esquema»⁴⁶. Si uno se sirve de esta traducción sociológica de la

lectura que hemos efectuado de la democracia en términos de teoría del discurso, las decisiones vinculantes, para ser legítimas, tienen que venir controladas o regidas por flujos de comunicación que partan de la periferia y pasen las esclusas de los procedimientos democráticos y de los procedimientos propios del Estado de derecho en la entrada de éste que representan el complejo parlamentario o los tribunales (y, en su caso, también en la salida que representa la Administración encargada de implementar esas decisiones). Sólo entonces puede excluirse que el poder del complejo administrativo, por un lado, o, por otro, el poder social de las estructuras intermedias que influyen sobre el ámbito nuclear, se autonomicen frente al poder comunicativo que se forma en el complejo parlamentario.

Esta condición es, sin embargo, demasiado fuerte como para poder ser cumplida por el funcionamiento normal, o al menos por el funcionamiento que se ha vuelto habitual, en las democracias occidentales. En esa contracirculación que se cruza y entreda con la circulación «oficial» del poder, en modo alguno se trasluce *solamente* el desmentido que una facticidad social cínica inflige a esa circulación «oficial». Pues muchas de esas comunicaciones circulares y que fluyen en dirección opuesta sirven a descargar a la circulación oficial de su inevitable complejidad por vía de una inofensiva desmenuzación de los problemas y de su reducción a un formato más pequeño. La mayor parte de las operaciones en el ámbito nuclear del sistema político discurre conforme a rutinas. Los tribunales dictan sentencias, las burocracias preparan leyes y tramitan expedientes, los parlamentarios aprueban leyes y presupuestos, las centrales de los partidos preparan y dirigen campañas electorales, los clientes influyen sobre «sus» administraciones, y todos estos procesos discurren conforme a patrones establecidos. Desde puntos de vista normativos lo decisivo es solamente qué constelaciones de poder quedan reflejadas en estos patrones, y conforme a qué modo se las puede *cambiar*. De ello depende a su vez el que tales rutinas, a las que se está habituado como a lo corriente y normal, permanezcan o no abiertas para impulsos renovadores procedentes de la periferia. Pues en los casos de conflicto, a la gestión conforme a estas convenciones habituales se le superpone un modo *distinto* de operar.

Éste viene caracterizado por la conciencia de crisis, por un aumento de la atención pública, por una búsqueda intensificada de soluciones, en una palabra, por una *problematización*. En tales casos de mudanza conflictiva en la percepción de los problemas y en las constelaciones de problemas el arco de la atención se expande generándose controversias a todo lo largo y ancho del espacio de la opinión pública concernientes sobre todo a los aspectos normativos de los problemas que quedan en el foco de la atención. La presión de las opiniones públicas obliga entonces a un modo extraordinario de

44. H. J. Merry, «Five Branch Government»: *Urbana*, III (1980), p. 25; sobre «los grupos de interés público» trató ya E. E. Schattschneider, *The Semisovereign People*, New York, 1960, pp. 22 ss.

45. Naturalmente, no puede decirse lo mismo de los procedimientos democráticos que, por ejemplo, imponen a las administraciones deberes de publicidad y fundamentación, otorgan a los clientes de las administraciones públicas el derecho a ser escuchados o a intervenir en las decisiones y no merman el primado de la ley.

46. B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, pp. 340 s.

elaboración de los problemas que redundan en beneficio de la regulación de la circulación del poder efectuada en términos de Estado de derecho, es decir, actualiza sensibilidades para *responsabilidades políticas* reguladas por el derecho constitucional. Ciertamente, también durante el curso normal de las cosas, los parlamentos y tribunales tratan de limitar normativamente el ámbito de decisión de una Administración que actúa predominantemente orientándose a la consecución de determinados propósitos. Pero el esquema que el Estado de derecho define en lo que respecta a la distribución de posibilidades de acceso a razones normativas, cobra en los casos de conflicto un perfil más neto. Sólo entonces pueden los parlamentos y tribunales, a los que *formalmente está reservado* el trato constructivo o reconstructivo con razones normativas, *determinar* también *fácticamente* la dirección en que circula la comunicación. En casos de conflicto agudizados de tal suerte es el legislador político quien tiene la última palabra. Sin embargo, muchas evidencias hablan en favor de que el complejo parlamentario carece en la mayoría de los casos de fuerza para convertir él solo o por propia iniciativa «casos en casos de conflicto». Tanto la sensibilidad para los problemas latentes que, o no son aprehendidos, o sólo lo son muy insuficientemente, por las rutinas a que se está habituado, como también la iniciativa para lograr con éxito una exposición suficientemente dramática de los problemas de nuevo tipo que nos acometen, están muy débilmente acuñados en las instituciones que trabajan y han de tomar decisiones bajo la coerción que ejerce el tiempo.

Ahora bien, la distinción entre el modo normal y el modo extraordinario de elaborar problemas, sólo podrá utilizarse para una traducción sociológica y una interpretación realista del concepto discursivo de democracia si introducimos dos supuestos más. La autonomización ilegítima del poder administrativo y del poder social frente al poder comunicativo generado democráticamente sólo se impedirá en la medida en que la periferia sea (a) capaz de, y (b) se le presenten a menudo ocasiones para, rastrear y husmear los problemas latentes (y sólo políticamente elaborables) de integración de la sociedad, de identificarlos y de rematizarlos eficazmente, y a través de las esclusas del complejo parlamentario (o de los tribunales), introducirlos de tal suerte en el sistema político, que se vea *perturbado* el modo rutinario de trabajar de éste. Menos problemática es la suposición (b). Como hemos visto, en el curso de la progresiva diferenciación funcional se afloja el nexo entre los distintos ámbitos parciales decentrados, que se vuelven autónomos; y así, crece la necesidad de integración que da carácter endémico a las crisis y hace menester procesos de aprendizaje acelerados. Si es problemática la suposición (a). Pues con ella una buena parte de las expectativas normativas que la política deliberativa lleva anejas, caen del lado de

las estructuras periféricas de formación de la opinión. Las expectativas se enderezan a la capacidad de esa «formación de la opinión» para percibir problemas de la sociedad, para interpretarlos y para ponerlos en escena de una forma que atraiga la atención y que a la vez resulte innovadora. Estas fuertes expectativas sólo podrá cumplirlas la periferia en la medida en que las redes de comunicación pública no institucionalizada posibiliten procesos más o menos *espontáneos* de formación de la opinión. Espacios públicos de este tipo, es decir, autónomos y capaces de resonancia, dependen a su vez de un anclaje social de esos espacios en asociaciones de la sociedad civil y de una inserción en patrones liberales de cultura y socialización políticas, en una palabra, de la facilitación y promoción de que puedan ser objeto por parte de un mundo de la vida racionalizado. El desarrollo de tales estructuras del mundo de la vida puede, ciertamente, estimularse, pero escapa en buena medida a la regulación jurídica, a la intervención administrativa o a la regulación política. El *sentido* es un recurso escaso que no puede regenerarse o aumentarse a voluntad, y el *sentido* lo entiendo como el grado límite o magnitud límite de la espontaneidad social. Y también ésta, como todas las magnitudes empíricas, es algo condicionado. Pero las condiciones radican en los contextos del mundo de la vida que limitan *desde dentro* la capacidad que los miembros asociados de una comunidad jurídica tienen de regular ellos mismos su convivencia. Lo que en última instancia hace posible el modo de socialización discursiva de una comunidad jurídica, no está simplemente a disposición de la voluntad de sus miembros.

III

Hasta ahora hemos hablado en términos generales del espacio público-político como una estructura de comunicación que a través de la base que para ella representa la sociedad civil queda enraizada en el mundo de la vida. El espacio público-político lo hemos descrito como caja de resonancia para problemas que han de ser elaborados por el sistema político porque no pueden ser resueltos en otra parte. En esta medida el espacio público-político es un sistema de avisos con sensores no especializados, pero que despliegan su capacidad perceptiva a lo largo y ancho de toda la sociedad. Desde el punto de vista de la teoría de la democracia el espacio público-político tiene que reforzar además la presión ejercida por los problemas, es decir, no solamente percibir e identificar los problemas, sino también tematizarlos de forma convincente y de modo *influyente*, proveerlos de contribuciones, comentarios e interpretaciones, y dramatizarlos de suerte que puedan ser asumidos y elaborados por el complejo

parlamentario. Es decir, a cada función de señal del espacio público-político ha de sumarse también una capacidad de problematización eficaz. Y esta limitada capacidad para una elaboración propia de los problemas ha de estirarse y utilizarse además para un control del ulterior tratamiento del problema dentro del sistema político. Aquí sólo podré hacer una estimación en términos globales de la medida en que todo ello es posible. En primer lugar clarificaré los contravertidos conceptos de (1) esfera o espacio de la opinión pública y (2) sociedad civil, para bosquejar a continuación (3) algunas barreras y estructuras de poder dentro de la esfera o espacio de la opinión pública que, sin embargo, (4) en situaciones críticas pueden ser superadas por un movimiento en escalada. Finalmente (5) resumo los elementos que el sistema jurídico tiene que tener en cuenta en la imagen que se hace de una sociedad compleja.

(1) La esfera o espacio de la opinión pública es, ciertamente, un fenómeno social tan elemental como la acción, el actor, el grupo o el colectivo; pero escapa a los conceptos tradicionales de orden social. La esfera o espacio de la opinión pública no puede entenderse como institución y, ciertamente, tampoco como organización; no es un entramado de normas con diferenciación de competencias y de roles, con regulación de las condiciones de pertenencia, etc.; tampoco representa un sistema; permite, ciertamente, trazados internos de límites, pero se caracteriza por horizontes abiertos, porosos y desplazables hacia el exterior. El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos. Al igual que el mundo de la vida en su totalidad, también el espacio de la opinión pública se reproduce a través de la acción comunicativa, para la que basta con dominar un lenguaje natural; y se ajusta a la *inteligibilidad general* de la práctica comunicativa cotidiana. Al mundo de la vida hemos empezado acercándonos en su calidad de depósito de interacciones simples; con éstas quedan también retroalimentativamente conectados los sistemas especiales de acción y de saber que se diferencian dentro del mundo de la vida. Éstos parten, o bien de funciones generales de la reproducción del mundo de la vida (como sucede con la religión, la escuela, la familia), o bien (como sucede con la ciencia, la moral y el arte) de diversos aspectos de validez del saber circulante en la comunicación lingüística cotidiana. Pero el espacio de la opinión pública no se especializa ni en uno ni en otro aspecto; en la medida en que se extiende a cuestiones políticamente relevantes, deja la elaboración especializada de ellas al sistema político. El espacio de la opinión pública se distingue, más

bien, por una estructura de comunicación que se refiere a un tercer aspecto de la acción orientada al entendimiento: no a las funciones, ni tampoco a los *contenidos* de la comunicación, sino al *espacio social** generado en la acción comunicativa.

A diferencia de los actores orientados a conseguir su propio éxito, los cuales se observan mutuamente como algo ahí delante en el mundo objetivo, los actores que actúan comunicativamente se topan o salen al encuentro en una situación que ellos a la vez constituyen con sus interpretaciones cooperativamente negociadas de ella. El espacio intersubjetivamente compartido de una situación de habla se abre con las relaciones interpersonales que los participantes entablan al tomar mutuamente postura frente a las ofertas que representan los actos de habla y al asumir obligaciones ilocucionarias. Todo encuentro que no se agota en contactos restringidos a la observación recíproca, sino que se nutre de la mutua atribución y suposición de libertad comunicativa, se mueve en un espacio público constituido lingüísticamente. Este espacio está abierto en principio a posibles participantes en el diálogo que, o bien están ya presentes, o bien pueden sumarse. Pues son menester providencias especiales para cerrar tal espacio lingüísticamente constituido contra el acceso de terceros. Esta estructura espacial de encuentros simples y episódicos, fundada en la acción comunicativa, puede generalizarse y recibir continuidad en forma abstracta para un público más grande de sujetos presentes. Para la infraestructura pública de tales *asambleas*, actos, exhibiciones, etc., ofrécense las metáforas arquitectónicas del espacio construido en derredor: hablamos de foros, escenas, ruedos, etc. Estos espacios públicos permanecen todavía ligados a los escenarios y teatros concretos de un público presente. Pero cuanto más se desligan esos espacios públicos de la presencia física de éste y se extienden a la presencia virtual (con los medios de comunicación de masas como intermediarios) de lectores, oyentes y espectadores diseminados, tanto más clara se vuelve la abstracción que el espacio de la opinión pública comporta, pues no consiste sino en una generalización de la estructura espacial de las interacciones simples.

Las estructuras de comunicación así generalizadas se restringen a contenidos y tomas de postura que quedan desconectados de los densos contextos de las interacciones simples, de personas determinadas y de obligaciones relevantes en lo tocante a tomas de decisiones. La generalización del contexto, la «inclusión» y el creciente ano-

* Es la insistencia del autor en esta metáfora espacial la que me lleva a mantener para el término alemán *Öffentlichkeit* la traducción de «espacio público» o «espacio de la opinión pública», en lugar de «esfera pública»; en esta última traducción, que se ha impuesto por influencia americana (creo que la traducción *Öffentlichkeit* por *public sphere* proviene de H. Arendt o de su círculo), parece quererse abstraer expresamente de metáforas espaciales (*Nota del traductor*).

nimato, exigen, por otro lado, un grado mayor de explicitación, a la vez que de renuncia al lenguaje de los expertos y a códigos especiales. Mientras que esta *orientación hacia los legos* significa una cierta desdiferenciación, la desconexión de las opiniones comunicadas respecto de obligaciones concretas de acción, opera en la dirección de una *intelectualización*. Ciertamente, los procesos de formación de opinión, sobre todo cuando se trata de cuestiones fácticas, no pueden separarse de los procesos de cambio de preferencias y actitudes de los implicados, pero sí de la conversión de estas disposiciones en acciones. En este aspecto, las estructuras de comunicación de la esfera de la opinión pública descargan al público de la necesidad de tomar *decisiones*; estas decisiones aplazadas quedan reservadas a las instituciones encargadas de tomarlas. En el espacio de la opinión pública las manifestaciones quedan clasificadas conforme a temas y según representen tomas de postura de afirmación o negación; las informaciones y razones son objeto de elaboración y se convierten en opiniones focalizadas. Lo que convierte a esas opiniones así agavilladas en *opinión pública*, es la forma como se producen y el amplio asentimiento por el que vienen «sustentadas». Una opinión pública no es, digamos, representativa, en el sentido estadístico del término. No es un agregado de opiniones individuales que se hayan manifestado privadamente o sobre las que se haya encuestado privadamente a los individuos; en este aspecto no debe confundirse con los resultados de los sondeos de opinión. Las encuestas de opinión política sólo proporcionan un cierto reflejo o imagen de la «opinión pública» cuando a la encuesta ha precedido ya en un espacio público movilizado la formación de una opinión específicamente ligada a un tema.

En los procesos públicos de comunicación no se trata sólo, y ni siquiera en primera línea, de la difusión de contenidos y tomas de postura mediante medios efectivos de transmisión. Sin duda, es la amplia circulación de mensajes inteligibles, estimuladores de la atención, la que empieza asegurando una suficiente «inclusión» de los implicados. Pero para la estructuración de una opinión pública son de mayor importancia las reglas de una práctica de comunicación pública mantenida y seguida *en común*. El asentimiento a temas y contribuciones sólo se forma como resultado de una controversia más o menos exhaustiva en la que las propuestas, las informaciones y las razones puedan elaborarse de forma más o menos racional. Con este «más o menos» de elaboración «racional» de propuestas, informaciones y razones «exhaustivas» varían en general el *nivel discursivo* de la formación de la opinión y la «calidad» del resultado obtenido. De ahí que el logro de la comunicación pública tampoco se mida *per se* por la «producción de generalidad», sino por criterios formales concernientes a la producción de una opinión pública cua-

lificada⁴⁷. Las estructuras de una opinión pública hipotecada por relaciones de poder excluyen las discusiones fecundas y clarificadoras. La «calidad» de una opinión pública, en cuanto medible por las propiedades procedimentales de su proceso de producción, es una magnitud empírica. Considerada normativamente, funda o establece una medida de la legitimidad de la influencia que las opiniones públicas ejercen sobre el sistema político. Ciertamente, el influjo fáctico y el influjo legítimo están tan lejos de coincidir como la fe en la legitimidad y la legitimidad. Pero con esta conceptualización se abre de todos modos una perspectiva desde la que puede investigarse empíricamente la relación entre la influencia efectiva y la calidad de las opiniones públicas, calidad que tiene su base en aspectos procedimentales.

La «influencia» la introdujo Parsons como una forma simbólicamente generalizada de comunicación, que gobierna las interacciones en virtud de la convicción razonada o de la pura sugestión retórica⁴⁸. Por ejemplo, las personas o instituciones pueden disponer de un prestigio que les permite ejercer con sus manifestaciones influencia sobre las convicciones de otros, sin necesidad de demostrar en detalle sus competencias o sin necesidad de dar explicaciones. La «influencia» se nutre del recurso que es el entendimiento, pero se basa en una especie de anticipo, es decir, en la confianza que se pone en posibilidades de convicción actualmente no comprobadas. En este sentido las opiniones públicas representan un potencial político de influencia que puede utilizarse para ejercer influencia sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos o sobre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, en los gobiernos y en los tribunales. Ahora bien, el *influjo* político de tipo publicístico, es decir, apoyado por convicciones de tipo público, sólo se transforma en *poder* político, es decir, en un potencial para tomar decisiones vinculantes, cuando opera sobre las convicciones de los miembros *autorizados* del sistema político y determina el comportamiento de electores, parlamentarios, funcionarios, etc. El influjo publicístico-político, al igual que el poder social, sólo puede transformarse en poder político a través de procedimientos institucionalizados.

En el espacio de la opinión pública se forma influencia y en él se lucha por ejercer influencia. En esa lucha no sólo entra en juego el influjo político ya adquirido y acumulado (por acreditados ocupan-

47. Así J. Gerhards y F. Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Wissenschaftszentrum, Berlin, 1990, p. 19.

48. T. Parsons, «On the Concept of Influence», en Id., *Sociological Theory and Modern Society*, New York, 1967, pp. 355-382. Sobre la relación entre «influencia» y «compromiso valorativo» y sobre el deslinde de estas formas generalizadas de comunicación respecto a medios de regulación o control como son el dinero y el poder administrativo, cf. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* II, Madrid, 1987, pp. 366 ss.

tes de cargos públicos, por partidos políticos establecidos, o por grupos conocidos, como *Greenpeace*, *Amnistía Internacional*, etc.) sino también el prestigio de grupos de personas y también de expertos que han adquirido su influencia en espacios públicos más especializados (por ejemplo, la autoridad de eclesiásticos, la fama de literatos y artistas, la reputación de científicos, el renombre y relumbramiento de estrellas del deporte y del mundo del espectáculo, etc.). Pues en cuanto el espacio público se ha extendido más allá del espacio de las interacciones simples, se produce una diferenciación entre organizadores, oradores y oyentes, entre arena y galería, entre escenario y espacio de espectadores. Los *papeles de actor*, que, con la complejidad organizativa y el alcance de los medios de comunicación, crecientemente se profesionalizan y multiplican, vienen dotados de oportunidades diferenciales de ejercer influencia. Pero el influjo político que los actores cobran a través de la comunicación pública ha de apoyarse en *última instancia* en la resonancia y, por cierto, en el asentimiento, de un público de legos igualmente compuesto. El público de los ciudadanos ha de ser convencido por contribuciones e intervenciones inteligibles que tengan interés para todos a propósito de temas que se perciban como relevantes. El público posee esta autoridad porque es constitutiva de la estructura interna del espacio de la opinión pública, en el que los actores pueden presentarse.

Sin embargo, a los actores, que por así decir, surgen del público y participan en la reproducción de ese espacio público mismo, hemos de distinguirlos de los actores que ocupan un espacio público ya constituido, con el fin de servirse de él. Esto vale, por ejemplo, para los grandes grupos de intereses, bien organizados, anclados en los sistemas funcionales de la sociedad, que a través del espacio público-político ejercen influencia sobre el sistema político. Sin embargo, esos grupos no pueden hacer en el espacio de la opinión pública un uso manifiesto de los potenciales de sanción en los que se apoyan en las negociaciones públicamente reguladas o en los intentos de presión no públicos. Sólo pueden capitalizar su poder social transformándolo en poder político en la medida en que —como, por ejemplo, las partes intervinientes en la negociación de convenios colectivos, a la hora de informar a la opinión pública sobre las exigencias planteadas, las estrategias y los resultados de la negociación— hacen propaganda en favor de sus intereses en un lenguaje capaz de movilizar *convicciones*. Las contribuciones o intervenciones de los grupos de interés están expuestas en todo caso a un tipo de crítica al que no se exponen las contribuciones de otra proveniencia. Las opiniones públicas que no pueden ser lanzadas sino gracias a un empleo no declarado de dinero o de poder organizativo, pierden su credibilidad en cuanto se hacen públicas estas fuentes de poder social. Las opiniones públicas pueden manipularse, pero ni pueden comprarse públi-

camente, ni tampoco arrancárselas al público mediante un evidente ejercicio de presión pública. Esta circunstancia se explica porque un espacio de opinión pública no puede «fabricarse» a voluntad. Antes de que pueda ser tomado por actores que actúen estratégicamente, ese espacio de opinión pública, junto con su público, tiene que haberse formado como una estructura autónoma y reproducirse *a través de sí mismo*. Esta ley o regla conforme a la que se forma una opinión pública capaz de funcionar, permanece latente para el espacio público así constituido, y sólo entra otra vez en juego en los instantes de movilización de ese espacio público.

El espacio público político sólo puede, empero, cumplir su función de percibir problemas concernientes a la sociedad global y de tematizarlos, en la medida en que esté compuesto de los contextos de comunicación de los *potencialmente afectados*. Es sustentado por un público que se recluta de la totalidad de los ciudadanos. En la pluralidad de voces de ese público resuena el eco de experiencias biográficas que a lo largo y ancho de la sociedad vienen causadas por los costes externalizados (y las perturbaciones internas) de los sistemas de acción funcionalmente especificados, también por el aparato estatal mismo de cuyas operaciones de regulación y control sistémicos dependen los complicados y deficientemente coordinados subsistemas funcionales de la sociedad. Las hipotecas de este tipo se acumulan en el mundo de la vida. Éste dispone de las antenas adecuadas, pues en su horizonte se entrelazan las biografías privadas de los «clientes» de esos subsistemas funcionales que en cada caso hayan podido fracasar en sus operaciones. Sólo para los afectados merecen la pena los rendimientos, aportaciones y operaciones de éstos, pero en la moneda que representan los «valores de uso». Aparte de la religión, el arte y la literatura, sólo los ámbitos de la vida «privada» disponen de un lenguaje existencial en el que poder hacer un *balance biográfico* de los problemas generados socialmente. Los problemas que se expresan en el espacio de la opinión pública política, como reflejo que son de una presión social generadora de sufrimiento, sólo resultan visibles en los reflejos que a su vez tienen en las experiencias de la vida personal. Y en la medida en que éstas encuentran en el lenguaje de la religión, el arte y la literatura su expresión más incisiva, el espacio público «literario» en sentido lato, especializado en la articulación (lingüística) y en la apertura lingüística de mundo, se entrelaza con el espacio público-político⁴⁹.

Entre los *ciudadanos* como portadores del espacio público-político y los *miembros de la sociedad* se da una unión personal, porque

49. Sobre esta función de las iglesias y de las comunidades religiosas, cf. E. Schlüssel-Fiorenza, «Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft», en E. Ahrens (ed.), *Habermas und die Theologie*, Düsseldorf, 1989, pp. 115-144.

estos últimos, en los papeles complementarios que son el de trabajador y consumidor, el de asegurado y el de paciente, el de contribuyente y el de cliente de las burocracias estatales, el de alumno, el de turista, el de participante en el tráfico automovilístico, etc., están expuestos de forma especial a las exigencias y fallos específicos de los correspondientes sistemas funcionales. Tales experiencias empiezan siendo elaboradas privadamente, es decir, interpretadas en el horizonte de una biografía que queda tejida con las demás biografías en los contextos de mundos de la vida comunes. Los canales de comunicación del espacio de la opinión pública están conectados con los ámbitos de la vida privada, con las densas redes de comunicación en la familia y en el grupo de amigos, así como con los contactos no tan estrechos con los vecinos, los colegas de trabajo, los conocidos, etc., y ello de suerte que las estructuras espaciales de las interacciones simples se amplían y abstraen, pero no quedan destruidas. Así, la orientación al entendimiento intersubjetivo, predominante en la práctica comunicativa cotidiana, se mantiene también para una *comunicación entre extraños*, que se efectúa a grandes distancias en espacios de opinión pública complejamente ramificados. El umbral entre la esfera de la vida privada y el espacio de la opinión pública no viene marcado por un conjunto fijo de temas y de relaciones, sino por un *cambio en las condiciones de comunicación*. Estas varían, ciertamente, el modo de acceso a las redes de comunicación, aseguran la intimidad de una esfera y la publicidad de la otra, pero no echan un cerrojo sobre la esfera de la vida privada para encapsularla frente a la esfera de la opinión pública, sino que se limitan a canalizar el flujo de temas de una esfera a la otra. Pues el espacio de la opinión pública toma sus impulsos de la elaboración privada de problemas sociales que tienen resonancia en la vida individual. Síntoma de esta estrecha conexión es, por lo demás, el que en las sociedades europeas de los siglos XVII y XVIII se formara un moderno espacio público burgués como «esfera de las personas privadas que se reúnen formando público». Consideradas las cosas históricamente, la conexión entre el espacio de la opinión pública y la esfera de la vida privada se manifiesta en la trama asociativa y en las formas de organización de un público lector, compuesto por burgueses y por personas privadas en general que cristaliza en torno a periódicos y revistas⁵⁰.

(2) En constelaciones y condiciones históricas completamente distintas, esa esfera que es la sociedad civil ha sido hoy de nuevo

50. J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública* (1962), Barcelona, 1981, pp. 92 ss.; cf. la introducción de C. Calhoun al volumen colectivo editado por él: *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, Mass., 1992, pp. 1-50; también: D. Goodman, «Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historical Approaches to the Old Regime»: *History and Theory* 31 (1992), pp. 1-20.

descubierta. Ahora bien, la expresión *civil society* (sociedad civil) lleva ahora asociado un significado distinto que aquella *bürgerliche Gesellschaft* (sociedad civil) de la tradición liberal que Hegel había llevado finalmente a concepto como «sistema de las necesidades», es decir, como un sistema de trabajo social y de tráfico de mercancías, organizado en términos de economía de mercado. Pues lo que hoy recibe el nombre de «sociedad civil», a diferencia de lo que todavía sucede en Marx y en el marxismo, ya no incluye la economía regida a través de mercados de trabajo, de capital y de bienes, constituida en términos de derecho privado. Antes su núcleo institucional lo constituye esa trama asociativa no-estatal y no-económica, de base voluntaria, que ancla las estructuras comunicativas del espacio de la opinión pública en la componente del mundo de la vida, que (junto con la *cultura* y con la *personalidad*) es la *sociedad*. La sociedad civil se compone de esas asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea que recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, la condensan y elevándole, por así decir, el volumen o voz, la transmiten al espacio de la opinión pública-política. El núcleo de la sociedad civil lo constituye una trama asociativa que institucionaliza los discursos solucionadores de problemas, concernientes a cuestiones de interés general, en el marco de espacios públicos más o menos organizados⁵¹. Estos *discursive designs* reflejan en sus formas de organización igualitarias y abiertas rasgos esenciales del tipo de comunicación en torno al que cristalizan, y al que prestan continuidad y duración⁵².

Tal base asociativa no constituye, ciertamente, el elemento más llamativo de un espacio de la opinión pública que viene dominado por los medios de comunicación de masas y por las grandes agencias, que es sometido a observación por las instituciones especializadas en estudios de mercado y en estudios de opinión y que queda invadido por el trabajo publicitario, la propaganda y la labor de captación de los partidos políticos y de las asociaciones. Pero en todo caso constituye el sustrato organizativo de ese público general de ciudadanos que surge, por así decir, de la esfera privada y que busca interpretaciones públicas para sus intereses sociales y para sus experiencias, ejerciendo así influencia sobre la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad políticas.

Pero aparte de estas caracterizaciones descriptivas de la sociedad civil, apenas si cabe encontrar en la bibliografía sobre el tema defini-

51. Cf. T. Smith, *The Role of Ethics in Social Theory*, Albany, New York, 1991, pp. 153-174.

52. Sobre el concepto de *discursive design*, cf. J. S. Dryzek, *Discursive Democracy*, Cambridge, 1990, pp. 43 ss.

ciones claras⁵³. S. N. Eisenstadt permite reconocer todavía en el vocabulario que introduce una cierta continuidad con la vieja teoría del pluralismo cuando define la sociedad civil en los siguientes términos: «La sociedad civil comprende una multiplicidad de espacios públicos, distintos del Estado, ostensiblemente "privados", aunque potencialmente autónomos. Las actividades de tales actores vienen reguladas por las distintas asociaciones existentes dentro de ellos, que impide que la sociedad degenere convirtiéndose en una masa informe. En una sociedad civil, esos sectores no están insertos en conjuntos cerrados, de tipo adscriptivo o corporativo; sino que tienen límites abiertos y se solapan unos con otros. Cada uno de ellos tiene acceso directo al espacio público político central, y un cierto grado de compromiso con el conjunto o marco en que se encuentra»⁵⁴. J. Cohen y A. Arato, que han realizado el estudio más comprehensivo sobre este tema, dan un catálogo de notas que caracterizan a esa sociedad civil deslindada del Estado, la economía, y otros subsistemas funcionales sociales, pero retroalimentativamente conectada con los ámbitos privados básicos del mundo de la vida: «*Pluralidad*: familias, grupos informales y asociaciones voluntarias cuya pluralidad y autonomía permiten una variedad de formas de vida; *publicidad*: instituciones culturales y de comunicación; *privacidad*: un ámbito de autodesarrollo individual y de elección moral individual; y *legalidad*: estructuras de leyes generales y derechos básicos necesarios para deslindar esa pluralidad, privacidad y publicidad, por lo menos respecto del Estado y, tendencialmente, también respecto de la economía. Todas juntas, estas estructuras aseguran la existencia institucional de una sociedad civil moderna y diferenciada»⁵⁵.

La *articulación de esa esfera en términos de derechos fundamentales* nos suministra una primera aclaración acerca de su estructura social. La libertad de asociación y el derecho a fundar asociaciones y sociedades definen, junto con la libertad de opinión, un espacio para asociaciones libres que intervienen en el proceso de formación de la opinión pública, tratan de temas de interés general y representando vicariamente a grupos (o a asuntos e intereses) subrepresentados o difícilmente organizables, que persiguen fines culturales, religiosos o humanitarios, que forman sociedades confesionales, etc. La libertad de prensa, de radio y de televisión, así como el derecho a

53. J. Keane, *Democracy and Civil Society*, London, 1988; sobre Gramsci, a quien se debe la introducción de este concepto en la discusión reciente, cf. N. Bobbio, «Gramsci and the Concept of Civil Society», en J. Keane (ed.), *Civil Society and the State*, London, 1988, pp. 73-100.

54. S. N. Eisenstadt (ed.), *Democracy and Modernity*, Leiden, 1992, p. IX; cf. también L. Roniger, «Conditions for the Consolidation of Democracy in Southern Europe and Latin America», *ibid.*, pp. 53-68.

55. J. L. Cohen y A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Mass., 1992, p. 346.

desarrollar una actividad publicística libre, aseguran la infraestructura de medios de comunicación que la comunicación pública necesita, habiendo de protegerse la apertura para opiniones que compitan unas con otras y para una diversidad de opiniones que resulte representativa. El sistema político, que no tiene más remedio que permanecer sensible a estas influencias publicísticas, queda entrelazado (a través de la actividad de los partidos y del derecho a voto de los ciudadanos) con la esfera de la opinión pública y con la sociedad civil. Este entrelazamiento o conexión queda garantizado por el derecho de los partidos a ejercer su influencia sobre el proceso de formación de la voluntad política de la población, así como por los derechos electorales activos y pasivos (y otros derechos de participación) de los ciudadanos. Finalmente, la trama asociativa sólo puede conservar su autonomía y su espontaneidad en la medida en que pueda apoyarse en un sólido pluralismo de formas de vida, de subculturas y de orientaciones en lo concerniente a creencias. A la integridad de los ámbitos de la vida privada sirve la protección de los derechos fundamentales que articulan la esfera de la «privacidad»; derechos personales, libertad religiosa y de conciencia, libertad de movimiento, secreto epistolar, postal y telefónico, la inviolabilidad del domicilio, así como la protección de la familia, circunscriben una zona intangible de integridad personal y de formación autónoma de la conciencia moral y del juicio.

La estrecha conexión entre la autonomía de la sociedad civil y la integridad de la esfera de la vida privada muéstrase con toda claridad al contraluz que representan las sociedades totalitarias del socialismo de Estado. Aquí, un Estado panóptico no sólo controla directamente un espacio de la opinión pública desecado en términos burocráticos, sino que también entierra las bases que esa esfera de la opinión pública tiene en el ámbito de la vida privada. Las intervenciones administrativas y la supervisión constante desintegran la estructura comunicativa del trato cotidiano en la familia y en la escuela, en el municipio y en el vecindario. La destrucción de los modos de vida solidarios y el entumecimiento y paralización de la iniciativa y la actividad autónomas en ámbitos que quedan inundados por una superregulación a la vez que caracterizados por su inseguridad jurídica, se dan la mano con la destrucción de grupos sociales, de asociaciones y de redes de comunicación, con la imposición doctrinaria (y con la disolución) de identidades sociales, con la estrangulación de la comunicación pública espontánea. La racionalidad comunicativa queda así destruida en las relaciones públicas de entendimiento intersubjetivo a la vez que en las privadas⁵⁶.

56. E. Hankiss, «The Loss of Responsibility», en J. MacLean, A. Montefiori, P. Winch (eds.), *The Political Responsibility of Intellectuals*, Cambridge, 1990, pp. 29-52.

Cuanto más se entumece en los ámbitos de la vida privada la fuerza socializadora de la acción comunicativa y se extinguen las chispas de la libertad comunicativa, tanto más fácilmente se prestan los actores, así aislados y alienados unos de otros, a no comportarse más que como masa en ese hipotecado espacio de la opinión pública, a someterse a la supervisión del Estado, y a dejarse poner en movimiento en términos plebiscitarios⁵⁷.

Ciertamente, las garantías que representan los derechos fundamentales no bastan para evitar las deformaciones del espacio de la opinión pública y de la sociedad civil. Antes es la propia sociedad civil la que ha de mantener intactas las estructuras comunicativas del espacio de la opinión pública. El que el espacio de la opinión pública-política en cierto modo tiene que estabilizarse a sí mismo, muéstrase en la curiosa *autorreferencialidad de la práctica de la comunicación en la sociedad civil*. Los textos de aquellos que con sus manifestaciones en el espacio de la opinión pública reproducen simultáneamente las estructuras de ese espacio, delatan un subtexto que es siempre el mismo y que hace referencia a la función crítica del espacio de la opinión pública en general. El sentido performativo de los discursos públicos mantiene presente, aquende los contenidos manifiestos, la función de una esfera de la opinión pública-política no distorsionada como tal. Las instituciones y garantías jurídicas de la formación libre de la opinión descansan sobre el vacilante suelo de la comunicación política de aquellos que, al hacer uso de ellas, las interpretan, las defienden, a la vez que las radicalizan en su contenido normativo. Los actores que saben que, durante sus disputas de opinión, durante sus pugnas por ejercer influencia, están implicados y enredados en la empresa *común* de reconstitución y mantenimiento de las estructuras del espacio de la opinión pública, se distinguen de los actores que se limitan a hacer uso de los foros existentes, por una *doble orientación* de su política, doble orientación que resulta característica: con su programas están ejerciendo influencia (y ésta es su intención directa) sobre el sistema político, pero a la vez, reflexivamente, también se trata para ellos de la estabilización y ampliación de la sociedad civil y del espacio de la opinión pública y de cerciorarse de su propia identidad y capacidad de acción.

Este tipo de *dual politics* lo observan Cohen y Arato sobre todo en los «nuevos» movimientos sociales que persiguen simultáneamente fines ofensivos y defensivos. «Ofensivamente» esos movimientos

57. Cf. la interpretación que H. Arendt hace del totalitarismo en términos de teoría de la comunicación, en H. Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, 1982, pp. 612 ss.: «(El Estado total) destruye, por un lado, todas las relaciones entre los hombres que quedan tras el derrumbamiento de la esfera público-política y, por otro, hace que los individuos completamente aislados y abandonados unos de otros puedan otra vez implicarse en acciones políticas, aunque naturalmente no en una acción política genuina...».

tratan de poner sobre la mesa temas cuya relevancia afecta a la sociedad global, de definir problemas y de hacer contribuciones a la solución de esos problemas, de suministrar nuevas informaciones, de interpretar de otro modo los valores, de movilizar buenas razones, de denunciar las malas, con el fin de provocar una revulsión en los estados de ánimo y en la manera de ver las cosas, que cale en una amplia mayoría, que introduzca cambios en los parámetros de la formación de la voluntad política organizada y ejerza presión sobre los parlamentos, los tribunales y los gobiernos en favor de determinadas políticas. «Defensivamente» tratan de mantener las estructuras asociativas existentes y las estructuras del espacio de opinión pública existente, de generar contra-espacios públicos de tipo subcultural y contra-instituciones de tipo subcultural, de fijar nuevas identidades colectivas y de conquistar nuevos terrenos en forma de una ampliación de los derechos y de una reforma de las instituciones: «Conforme a esta explicación el efecto "defensivo" de los movimientos implica la preservación y *el desarrollo* de la infraestructura comunicativa del mundo de la vida. Esta formulación recoge los aspectos duales discutidos por Touraine, así como la idea de Habermas de que los movimientos sociales pueden ser los portadores de los potenciales de la modernidad cultural. Esto es condición *sine qua non* para que tengan buen suceso los esfuerzos por redefinir las identidades, reinterpretar las normas y desarrollar formas asociativas, igualitarias y democráticas. Los modos expresivos, normativos y comunicativos de acción colectiva... implican, pues, esfuerzos por asegurar cambios institucionales dentro de la sociedad civil que se correspondan con los nuevos sentidos, identidades y normas que se han creado»⁵⁸. En el modo de reproducción autorreferencial del espacio de la opinión pública y en esa política de doble haz, enderezada tanto hacia el sistema político como hacia la autoestabilización del espacio de la opinión pública y de la sociedad civil, viene inserto un espacio para la ampliación y la radicalización dinámicas de los derechos existentes: «La combinación de asociaciones, públicos, y derechos, cuando vienen sustentados por una cultura política en la que iniciativas y movimientos independientes mantienen una opción política legítima y siempre renovable, representa, en nuestra opinión, un efectivo conjunto de baluartes en torno a la sociedad civil dentro de cuyos límites puede reformularse buena parte del programa de democracia radical»⁵⁹.

En efecto, el entrelazamiento y juego entre un espacio de opinión pública basado en la sociedad civil, por un lado, y la formación de la opinión y la voluntad políticas en el complejo parlamentario, institucio-

58. J. L. Cohen y A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, p. 531.

59. *Ibid.*, p. 474.

cionalizado en términos de Estado de derecho (y también la práctica de las decisiones judiciales), por otro, constituyen un buen punto de arranque para la traducción sociológica del concepto de política deliberativa. Sin embargo, la sociedad civil no debe considerarse como un foco en el que se concentran los rayos de una autoorganización de la sociedad en conjunto. Cohen y Arato acentúan con razón el *limitado espacio de acción* que la sociedad civil y el espacio de la opinión pública permiten a las formas de movimiento y expresión no institucionalizadas. Cohen y Arato hablan de una «autolimitación» estructuralmente necesaria de la práctica de la democracia radical:

— Primero, una sociedad civil con vitalidad suficiente sólo puede formarse en el contexto de una cultura política acostumbrada al ejercicio de las libertades, y de los correspondientes patrones de socialización, así como sobre la base de una esfera de la vida privada, que mantenga su integridad, es decir, sólo puede formarse en un mundo de la vida ya racionalizado. Pues si no, surgen movimientos populistas, que defienden ciegamente contenidos de tradición endurecidos y anquilosados de un mundo de la vida amenazado por la modernización capitalista. Éstos son tan antidemocráticos en sus formas de movilización, como modernos en sus objetivos⁶⁰.

— Segundo, en el espacio de la opinión pública, por lo menos en el espacio de una opinión pública liberal, los actores sólo pueden ejercer influencia, pero no poder político. La influencia de una opinión pública más o menos discursiva, generada en controversias abiertas es, ciertamente, una magnitud empírica que, por supuesto, siempre es capaz de poner en marcha alguna cosa; pero sólo cuando esta influencia de tipo publicístico-político pasa los filtros del *procedimiento* institucionalizado de formación democrática de la opinión y la voluntad políticas y se transforma en poder comunicativo y penetra en la producción legítima de derecho, puede surgir de la opinión pública fácticamente generalizada una convicción *acreditada* también desde el punto de vista de la generalización de intereses, que legitime las decisiones políticas. La soberanía del pueblo, comunicativamente fluidificada, no puede hacerse valer sólo en el poder que puedan ejercer discursos informales y públicos, ni aun en el caso de que éstos broten de espacios públicos autónomos. Para generar poder político, su influencia ha de extenderse a las deliberaciones de las instituciones democráticamente estructuradas de la forma-

60. Este doble aspecto queda subrayado ya en el clásico estudio de I. Bibó (*Die deutsche Hysterie*, Frankfurt a. M., 1991) sobre el fascismo. También el socialismo se mostró como una especie de cabeza de Jano que simultáneamente mira al futuro y al pasado; adaptándolas a las nuevas formas de tráfico del industrialismo, el socialismo pretendía salvar las viejas fuerzas sociointegradoras de las comunidades de solidaridad de un mundo preindustrial que se hundía. Cf. mi artículo «La revolución recuperadora», en J. Habermas, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, 1990, pp. 251 ss.

ción de la opinión y la voluntad y adoptar en resoluciones formales una forma autorizada.

— Finalmente, los instrumentos que con el derecho y el poder administrativo quedan a disposición de la política, tienen en las sociedades funcionalmente diferenciadas un limitado grado de eficacia. Ciertamente, la política sigue siendo el destinatario de los problemas de integración no resueltos; pero a menudo la regulación y el control políticos sólo pueden ejercerse de forma indirecta y tienen que dejar intactos, como hemos visto, la lógica específica y el específico modo de operar de los sistemas funcionales y de otros ámbitos altamente organizados. De ello se sigue que los movimientos democráticos que surgen de la sociedad civil han de renunciar a aquellas aspiraciones de una sociedad que se organice a sí misma en conjunto, aspiraciones que, por ejemplo, estuvieron a la base de las representaciones marxistas de la revolución social. Directamente la sociedad civil sólo puede transformarse a sí misma e, indirectamente, puede operar sobre la autotransformación del sistema político estructurado en términos de Estado de derecho. Por lo demás, influye sobre la programación de ese sistema. Pero ni conceptual ni políticamente puede *ocupar el puesto* de aquel sujeto en gran formato, inventado por la filosofía de la historia, cuya misión era poner a la sociedad en conjunto bajo su control y a la vez actuar legítimamente en nombre de ella. Aparte de eso el poder administrativo utilizado para cumplir objetivos de planificación social, ni se presta ni es el medio más adecuado para el fomento de formas emancipadas de vida. Éstas pueden *formarse* y desarrollarse a consecuencia de procesos de democratización, pero no pueden *producirse* por intervenciones administrativas.

La autolimitación de la sociedad civil no significa que ésta hubiera de considerarse perpetuamente en una situación de *minoría de edad*, es decir, que hubiera de quedar *sujeta* siempre a *tutela*. El saber de regulación y control sistémicos, que ha de ejercer el sistema político, y que en las sociedades complejas constituye un recurso tan escaso como deseado, puede, ciertamente, convertirse en fuente de un nuevo paternalismo sistémico. Pero como la Administración estatal no produce ella misma la mayor parte del saber relevante que necesita, sino que lo toma del sistema de la ciencia y de otros agentes que se constituyen en eslabones intermedios, tampoco puede disponer de por sí de ese saber en términos de monopolio. Pese a sus posibilidades asimétricas de intervención y a sus limitadas capacidades de elaboración, la sociedad civil mantiene también la oportunidad de movilizar *contrasaber* y de hacer sus *propias* traducciones de los correspondientes informes técnicos. El hecho de que el público se componga de legos y de que la opinión pública discurra en un lenguaje inteligible para todos, no significa necesariamente una *desdiferenciación* de las cuestiones esenciales y de las razones sobre

cuya base esas cuestiones se deciden. Ello sólo puede servir de pretexto para poner tecnocráticamente bajo tutela a la opinión pública mientras las iniciativas de la sociedad civil no tengan la suficiente entidad como para procurarse, en relación con los aspectos sistémicos de las cuestiones públicamente discutidas, un suficiente saber de expertos y las adecuadas traducciones, en caso necesario diversas traducciones de distinto nivel de dificultad.

(3) Los conceptos de esfera de la opinión pública política y de sociedad civil que hemos introducido tienen referentes empíricos y no representan puramente postulados normativos. Pero para hacer una traducción sociológica con ayuda de estos conceptos de la lectura que hemos propuesto de la democracia radical en términos de teoría del discurso, y para reformular esa lectura de modo que resulte «falsable», hay que introducir algunos supuestos más. Trataré de hacer plausible que la sociedad civil puede en determinadas circunstancias cobrar influencia en el espacio de la opinión pública, operar a través de opiniones propias sobre el complejo parlamentario (y sobre los tribunales) y obligar al sistema político a retornar a asentarse sobre la circulación oficial del poder. La sociología de los medios de comunicación de masas nos ofrece, ciertamente, una imagen bastante escéptica de los espacios públicos de las democracias occidentales, dominados por los medios de comunicación. Los movimientos sociales, las iniciativas ciudadanas y los foros de ciudadanos, las asociaciones políticas y otro tipo de asociaciones, en una palabra: las agrupaciones de la sociedad civil son, ciertamente, sensibles a los problemas, pero las señales que emiten y los impulsos que dan son por lo general demasiado débiles como para provocar a corto plazo procesos de aprendizaje en el sistema político o para reorientar los procesos de toma de decisiones.

En las sociedades complejas el espacio de la opinión pública constituye una estructura intermediaria que establece una mediación entre el sistema político, por un lado, y los sectores privados del mundo de la vida y los sistemas de acción funcionalmente especificados, por otro. Representa una red extraordinariamente compleja que se ramifica espacialmente en una pluralidad de espacios internacionales, nacionales, regionales, municipales, subculturales, que se solapan unos con otros; que, en lo que a contenido se refiere, se estructura conforme a puntos de vista funcionales, centros de gravedad temáticos, ámbitos políticos, etc., en espacios públicos más o menos especializados, pero todavía accesibles a un público de legos (por ejemplo, en opiniones públicas relacionadas con la divulgación científica y la literatura, las iglesias y el arte, el movimiento feminista y los movimientos «alternativos», o relacionados con la política sanitaria, la política social y la política científica); y que, en

lo tocante a densidad de la comunicación, a complejidad de su organización y a alcance, se diferencia en niveles, desde los niveles *episódicos* que representan el bar, el café, o los encuentros y conversaciones en la calle, hasta el espacio público *abstracto*, creado por medios de comunicación, que forman los lectores, oyentes y espectadores aislados y diseminados por todas partes, pasando por espacios públicos caracterizados por la presencia física de los participantes y espectadores, como pueden ser las representaciones teatrales, las reuniones de las asociaciones de padres en las escuelas, los conciertos de rock, las asambleas de los partidos y congresos eclesiásticos. Pero pese a estas múltiples diferenciaciones todos esos espacios parciales de opinión pública, constituidos a través del lenguaje ordinario, permanecen porosos los unos para los otros. Los límites sociales internos rompen y fragmentan ese texto *uno* «del» espacio público, que se extiende radialmente en todas direcciones y cuya escritura prosigue sin cesar, lo rompen y fragmentan, digo, en múltiples textos pequeños para los que entonces todo lo demás se convierte en contexto; pero siempre pueden construirse de un texto al otro puentes hermenéuticos. Los espacios públicos parciales se constituyen con ayuda de mecanismos de exclusión; pero como los espacios públicos no pueden llegar a formar ni organizaciones ni sistemas, no hay ninguna regla de exclusión sin cláusula de denuncia.

Con otras palabras: los límites dentro del espacio público general, definido por su referencia al sistema político, permanecen en principio permeables. Los derechos a una inclusión irrestricta y a la igualdad, que venían inscritos en los espacios públicos liberales, impiden mecanismos de exclusión de tipo foucaultiano y fundan una *potencial de autotransformación*. Ya los discursos universalistas del espacio público burgués no pudieron inmunizarse en el curso del siglo XIX y del siglo XX contra una crítica procedente del interior. Con esos discursos pudieron conectar, por ejemplo, el movimiento obrero y el feminismo para quebrar las estructuras que habían empezado constituyéndolos como «lo otro» de un espacio público burgués⁶¹.

Ahora bien, cuanto más el público, reunido ahora a través de los medios de comunicación, incluye a todos los miembros de una sociedad nacional o incluso a todos los contemporáneos y cuanto más abstracta es la forma que, correspondientemente, adopta, tanto más netamente se diferencian los *roles de los actores* que aparecen en la escena, de los roles de los espectadores que miran desde la galería. Aun cuando el «éxito de quienes actúan en el ruedo depende en última instancia del juicio de quienes miran desde las gradas»⁶², plan-

61. J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, pp. 41 ss.

62. J. Gerhards y F. Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Berlin, 1990, p. 27.

téase la cuestión de qué grado de autonomía tienen los posicionamientos de afirmación o negación del público, la cuestión de si reflejan un proceso de convicción o no reflejan más bien un proceso de poder más o menos encubierto. La plétora de investigaciones empíricas no permite ninguna respuesta concluyente a esta cuestión cardinal. Pero la cuestión puede, al menos, precisarse si se parte del supuesto de que los procesos de comunicación pública pueden efectuarse de forma tanto menos distorsionada, cuanto más abandonados quedan a la lógica y dinámica específicas de una sociedad civil que nace del mundo de la vida.

De estos actores poco organizados, que, por así decir, surgen «del» propio público, pueden distinguirse, por lo menos tentativamente, otros actores que se limitan a aparecer ante el público y que *de por sí* disponen de poder organizativo, de recursos y de potenciales de sanción. Naturalmente, también los actores anclados fuertemente en la sociedad civil dependen del apoyo de «patrocinadores», que aporten los recursos necesarios en dinero, organización, saber y capital social. Pero estos patrocinadores, ya sean mecenas, ya sean simplemente gente de la «misma cuerda», no merman necesariamente la neutralidad de las capacidades de aquellos a quienes patrocinan. En cambio los actores colectivos que desde un sistema de acción funcionalmente especificado influyen sobre el espacio público, tienen una base de apoyo *propia*. Entre estos actores políticos y sociales que no tienen que recurrir a otros ámbitos para buscarse sus recursos, cuento en primer lugar a los partidos establecidos, y profundamente estatalizados, y a las grandes asociaciones de intereses dotadas de poder social; éstas se sirven de los «mecanismos de observación» que son los estudios de mercado y los estudios de opinión y desarrollan ellas mismas un trabajo especializado de publicidad.

La complejidad organizativa, los recursos, la profesionalización, etc., no son, ciertamente, cuando se los considera en sí mismos, indicadores suficientes para distinguir entre actores «autóctonos» y actores que se limitan a usufructuar los espacios públicos ya existentes. Tampoco en los intereses representados cabe leer sin más la procedencia de los actores. Más viables son otros indicadores. Así, esos dos tipos de actores se distinguen en el modo y manera como pueden ser identificados. Mientras que los actores de un tipo pueden ser identificados por su proveniencia de determinados ámbitos funcionales como son los partidos políticos o las asociaciones económicas, las representaciones de grupos profesionales o las asociaciones de protección del arrendatario, etc., los actores del otro tipo tienen que empezar *produciendo* sus propias características identificatorias. Esto, aun cuando vale para todos los actores de la sociedad civil en general, resalta con especial claridad en el caso de los movimientos sociales, que primero han de recorrer una fase de autoidentificación

y autolegitimación; incluso después, paralelamente a las políticas orientadas a la consecución de los fines que fuere, han de desarrollar una *identity-politics* de tipo autorreferencial, han de asegurarse una y otra vez de su propia identidad. La cuestión de si los actores se limitan a hacer uso de un espacio público ya constituido o se implican en la reproducción de las estructuras de ese espacio público, es algo a lo que cabe responder también prestando atención a la ya mencionada sensibilidad para los peligros y amenazas a que puedan verse expuestos los derechos de comunicación, así como a la disponibilidad a hacer frente, por encima de los propios intereses de autodefensa, a las formas abiertas o veladas de exclusión y represión de las minorías o grupos marginales. Para los movimientos sociales es, por lo demás, una cuestión de supervivencia el encontrar formas de organización que creen solidaridades y espacios públicos y que, en la persecución de objetivos especiales, permitan a la vez utilizar y radicalizar los derechos de comunicación y las estructuras de comunicación existentes⁶³.

Un tercer grupo de actores lo constituyen los publicistas, que reúnen información, que deciden sobre la selección y presentación de las «emisiones» y que en cierto grado controlan el acceso de temas, contribuciones y autores al espacio de la opinión pública dominado por los medios de comunicación de masas. Con la creciente complejidad de los medios de comunicación y con la creciente necesidad de capital destinado a ese fin se introduce una centralización de las vías efectivas de comunicación. En la misma medida los medios de comunicación de masas quedan expuestos, tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda, a una creciente necesidad de selección y a las coerciones provenientes de ella. Estos procesos de selección se convierten en fuente de nuevas clases de poder. Este *poder de los medios* sólo queda acotado de forma muy insuficiente por estándares profesionales; pero tentativamente, se está procediendo ya hoy a una constitucionalización jurídica del «cuarto poder». En la República Federal de Alemania, por ejemplo, depende de la forma de organización jurídica y del anclaje institucional el que las televisiones se abran más bien a la influencia de los partidos y asociaciones, o más bien a la influencia de las empresas privadas con gran presupuesto publicitario. En general puede decirse que la imagen que la televisión construye de la política se compone en buena parte de temas y contribuciones que vienen ya producidos para ese espacio público que representan los medios y que a través de conferencias de prensa, manifestaciones, campañas, etc., se los encauza hacia ellos. Los productores de información logran imponerse con tanta más fuerza cuanto más se distingue su trabajo en el es-

63. J. L. Cohen y A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, pp. 492-563.

pacio público por las personas que lo realizan, por su dotación técnica y por su profesionalidad. Los actores colectivos que operan fuera del sistema político, fuera de las organizaciones y asociaciones sociales, tienen normalmente menos oportunidades de influir sobre los contenidos y tomas de posición de los grandes medios. Esto vale particularmente para las opiniones que caen fuera del espectro de opinión «normalizado» y «ponderado», es decir, del espectro de opinión tan centrísticamente restringido y poco flexible que caracteriza a los grandes medios electrónicos de comunicación⁶⁴.

Antes de emitir los mensajes seleccionados se los somete a *estrategias de elaboración de la información*. Éstas se orientan por las condiciones de recepción percibidas por los publicistas. Como la disponibilidad a la recepción, la capacidad cognitiva y la atención del público constituyen un recurso sorprendentemente escaso, por el que compiten los programas de numerosos «emisores», la presentación de las noticias y los comentarios se atiene a los consejos y recetas de los especialistas en publicidad. La personalización de las cuestiones de contenido, la mezcla de información y diversión, la presentación episódica de los temas y la fragmentación de lo que objetivamente forma conjunto y bloque, llegan a fundirse en un síndrome que fomenta la despolitización de la comunicación pública⁶⁵. Éste es el verdadero núcleo de la teoría de la industria cultural. Los estudios sobre los medios de comunicación dan información en cierto modo fiable acerca del marco institucional y de la estructura, así como sobre la forma de trabajo, la configuración de los programas y la utilización de los medios; pero las afirmaciones sobre los *efectos de los medios* siguen siendo inseguras, incluso una generación después de Lazarsfeld. De todos modos los estudios sobre influjo y recepción han acabado con la imagen del consumidor pasivo, simplemente dirigido por los programas ofertados. En lugar de eso, esos estudios dirigen más bien la atención hacia las estrategias de interpretación que emplean los espectadores —que en ocasiones comunican también entre sí—, los cuales pueden verse asimismo empujados a contradecir aquello que reciben o a sintetizar la oferta empleando para ello sus propios patrones de interpretación⁶⁶.

Aunque en cierto modo estamos al corriente en lo que respecta al peso y modo de operar de los medios de comunicación y a la distribución de roles entre el público y los distintos actores, e inclu-

so podemos avanzar hipótesis relativamente bien fundadas acerca de quién dispone del poder de los medios, no está de ninguna manera claro cómo los medios de comunicación de masas intervienen en el inabarcable círculo de comunicación del espacio público-político. Más claras son las *reacciones normativas* al fenómeno relativamente nuevo de la posición de poder de los complejos mediáticos en la competencia por la influencia político-publicística. Las tareas que los medios de comunicación de masas habrían de cumplir en los sistemas políticos estructurados en términos de Estado de derecho, las han resumido Gurevitch y Blumler en los siguientes puntos:

«1. Vigilancia sobre el entorno sociopolítico, informando sobre desarrollos que probablemente repercutirán, positiva o negativamente, en el bienestar de los ciudadanos;

2. una buena configuración del orden del día, identificando los asuntos claves de cada día, incluyendo las fuerzas que les han dado forma y que tienen capacidad para resolverlos;

3. plataformas para una defensa inteligible e iluminadora de las cuestiones que fuere por parte de los políticos o por parte de los portavoces de otras causas y de los portavoces de grupos de interés;

4. diálogo a todo lo ancho de un espectro variado de puntos de vista, así como entre las personas que ocupan posiciones de poder (en la actualidad o prospectivamente) y el público de a pie;

5. mecanismos para hacer que quienes ocupan o han ocupado cargos públicos den cuenta de cómo han ejercido su poder;

6. incentivos que empujen a los ciudadanos a aprender, a escoger, a implicarse y no a limitarse simplemente a seguir y a mironear el proceso político;

7. una resistencia de principio contra los intentos por parte de fuerzas externas a los medios de subvertir la independencia, integridad y capacidad de éstos para servir a su público;

8. un sentido de respeto por cada miembro del público, en tanto que potencialmente concernido y capaz de buscar y dar un sentido a lo que ve en su entorno político»⁶⁷.

Conforme a tales principios se orientan, por un lado, el código profesional del periodismo y la autocomprensión ética del periodismo como estamento profesional y, por otro, la organización de una prensa libre por vía de un derecho concerniente a los medios de comunicación⁶⁸. En concordancia con la concepción de la política deliberativa, esos principios no hacen otra cosa que expresar una simple idea regulativa: los medios de comunicación de masas han de

64. M. Kaase, «Massenkommunikation und politischer Prozeß», en M. Kaase y W. Schulz (eds.), *Massenkommunikation: KZfSS 30* (1989), pp. 97-117.

65. Esta afirmación se aplica en primera línea a los medios electrónicos de comunicación, que son los utilizados más a menudo por un amplio público. En el caso de la prensa y de otros medios habría que matizarla.

66. St. Hall, «Encoding and Decoding in TV-Discourse», en Id. (ed.), *Culture, Media, Language*, London, 1980, pp. 128-138; D. Morley, *Family Television*, London, 1988.

67. M. Gurevitch y G. Blumler, «Political Communication Systems and Democratic Values», en J. Lichtenberg (ed.), *Democracy and the Mass Media*, Cambridge, Mass., 1990, p. 270.

68. Cf. los principios para un «pluralismo regulado» de los medios de comunicación de masas en J. B. Thompson, *Ideology and Modern Culture*, Cambridge, 1990, pp. 261 ss.

entenderse como mandantarios de un público ilustrado, cuya disponibilidad al aprendizaje y capacidad de crítica presuponen, invocan y a la vez refuerzan; al igual que la Justicia, han de preservar su independencia respecto de los actores políticos y sociales; han de hacer suyos de forma imparcial las preocupaciones, intereses y temas del público y, a la luz de esos temas y contribuciones, exponer el proceso político a una crítica reforzada y a una coerción que lo empuje a legitimarse. Así quedaría neutralizado el poder de los medios y quedaría bloqueada la transformación del poder administrativo o del poder social en influencia político-publicística. Conforme a esta idea, los actores políticos y sociales sólo deberían «utilizar» la esfera de la opinión pública en la medida en que suministrasen contribuciones convincentes para el tratamiento de los problemas que han sido percibidos por el público o que han sido incluidos en la agenda pública con el asentimiento de éste. También los partidos políticos deberían implicarse en la formación de la opinión y la voluntad del público desde la *propia* perspectiva de éste, en lugar de tratar de influir sobre el público desde la perspectiva del mantenimiento del propio poder político, no yendo a la esfera pública a otra cosa que a extraer de él lealtad de una población reducida a masa⁶⁹.

Cuando la imagen, por difusa que sea, que la sociología de los medios de comunicación de masas nos transmite de un espacio de la opinión pública dominado por medios de comunicación de masas, atravesado de parte a parte por relaciones de poder, la evocamos sobre el trasfondo de estas expectativas normativas, uno tiende a valorar con muchas reservas las oportunidades que la sociedad civil pueda tener de ejercer influencia sobre el sistema político. Sin embargo, esta estimación sólo se refiere a un *espacio público en estado de reposo*. En los instantes de movilización empiezan a vibrar las estructuras en las que propiamente se apoya la autoridad de un público que se decide a tomar posición. Pues entonces cambian las relaciones de fuerza entre la sociedad civil y el sistema político.

(4) Con esto vuelvo a la cuestión central de quién puede poner los temas en el orden del día y determinar la dirección de las corrientes de comunicación. Cobb, Ross y Ross han propuesto modelos de la carrera que hacen los temas nuevos y políticamente importantes, desde la primera iniciativa hasta su tratamiento formal en sesiones de los organismos encargados de tomar decisiones⁷⁰. Si se modifican los modelos propuestos —*inside access model, mobilization model,*

outside initiative model— de la manera apropiada, es decir, de manera relevante desde puntos de vista de la teoría de la democracia, entonces esos modelos representan simplificadaamente las alternativas que se dan en la recíproca influencia entre esfera de la opinión pública y sistema político. En el primer caso la iniciativa parte de quienes ocupan cargos o de líderes políticos; y el tema da vueltas hasta que se lo trata formalmente dentro del sistema político, sea con exclusión del espacio de la opinión pública política, sea sin influencia reconocible de él. En el segundo caso la iniciativa parte de nuevo del sistema político; pero los agentes de éste tienen que movilizar el espacio de la opinión pública porque necesitan el apoyo de partes relevantes del público, sea para conseguir un tratamiento formal, sea para imponer la implementación de un programa decidido. Sólo en el tercer caso tienen la iniciativa fuerzas externas al sistema político, las cuales con ayuda de una opinión pública movilizada, es decir, de la presión de la opinión pública, obligan a que se aborde y se trate formalmente el tema: «El “modelo de iniciativa del exterior” se aplica a la situación en que un grupo que está fuera de la estructura del gobierno 1) articula lo que considera una vulneración de intereses legítimos, 2) trata de hacer extensivo el interés por el asunto a un número lo suficientemente grande de otros grupos como para introducir el tema en la agenda pública, con la finalidad de 3) crear la presión suficiente sobre quienes han de tomar decisiones para hacer que el asunto entre en la agenda formal a fin de que se lo someta detenidamente a consideración. Este modelo de construcción de la agenda es probable que predomine en sociedades más igualitarias. El *status* de agenda formal, sin embargo, no significa necesariamente que la decisión final de las autoridades o que la implementación de la política efectiva vaya a ser lo que originalmente buscaba el grupo que inició el tema»⁷¹.

En el caso normal los temas, sugerencias e incitaciones tienen una carrera cuyo desenvolvimiento responde más bien al primer y segundo modelos que al tercero. Mientras la circulación informal del poder domine al sistema político, la iniciativa y el poder para introducir problemas en el orden del día y hacer que se tramiten y se sometan a consideración, esa iniciativa y poder, digo, los tienen más bien el gobierno y la Administración que el complejo parlamentario; y mientras en el espacio de la opinión pública los medios de comunicación de masas, en contra de su propia comprensión normativa, obtengan preferentemente su material de productores de información bien organizados y poderosos, mientras prefieran además estrategias publicísticas que hagan bajar el nivel discursivo del circuito de comunicación pública en lugar de elevarlo, los temas adoptan por lo gene-

69. Una «filosofía de los medios» similar es la que defiende J. Keane, *The Media and Democracy*, Cambridge, 1991.

70. R. Cobb, J. K. Ross y M. H. Ross, «Agenda Building as a Comparative Political Process»: *American Political Science Review* 70 (1976), pp. 126-138; R. Cobb y Ch. Elder, «The Politics of Agenda-Building»: *Journal of Politics* (1971), pp. 892-915.

71. R. Cobb, J. K. Ross y M. H. Ross, «Agenda Building as a Comparative Political Process», p. 132.

ral un curso que parte del centro y queda gobernado por él, no un curso espontáneo, proveniente de la periferia social. A esto responden en todo caso los resultados de tono escéptico acerca de la articulación de los problemas en los espacios de opinión pública⁷². Sin embargo, en nuestro contexto no puede tratarse de una minuciosa y sólida ponderación empírica de las recíprocas influencias entre política y público. Para nuestro propósito basta con hacer plausible que los actores de la sociedad civil, no tenidos hasta ahora en cuenta en nuestro escenario, pueden desempeñar un papel sorprendentemente activo y exitoso en los casos de percepción de una situación de crisis⁷³. Pues en esos casos, en los instantes críticos de una historia acelerada, esos actores, pese a su escasa complejidad organizativa, a su débil capacidad de acción y a sus desventajas estructurales, cobran la oportunidad de *invertir* la dirección de los circuitos de comunicación convencionalmente consolidados en el espacio de la opinión pública y en el sistema político y con ello de cambiar el modo de solucionar problemas que tiene el sistema en conjunto.

Las estructuras de comunicación del espacio de la opinión pública están ligadas con los ámbitos de la vida privada de modo que la periferia que es la sociedad civil, frente a los centros de la política, posee la ventaja de tener una mayor sensibilidad para la percepción e identificación de nuevos problemas. Esto puede documentarse y confirmarse recurriendo a los grandes temas de los pasados decenios —pensemos en la espiral de la carrera de armas nucleares, en los riesgos del uso pacífico de la energía atómica, en los riesgos inherentes al uso de otros dispositivos e instalaciones de alta tecnología, o en los riesgos que comportan experimentos científicos como la experimentación genética, pensemos en los riesgos ecológicos de una economía de la naturaleza empujada más allá del límite de sus posibilidades (muerte de los bosques, contaminación de las aguas, desaparición de especies, etc.), en el galopante empobrecimiento del Tercer Mundo y en los problemas del orden económico mundial, pensemos en los problemas del feminismo, en la creciente inmigración con la consecuencia que esa inmigración tiene, a saber, la de un cambio en la composición étnica y cultural de la población, etc.—. Casi ninguno de estos temas empezó siendo puesto sobre la mesa por exponentes del aparato estatal, de las grandes organizaciones, o de los subsistemas funcionales de la sociedad. Fueron planteados por intelectuales, por afectados, por *radical professionals*, por quienes se presentaron actuando como «abogados» de los afectados actuales o los afectados

posibles. Desde esta periferia más externa los temas penetran en las revistas y en las asociaciones, en los clubes, en los gremios profesionales, en las academias, en los institutos tecnológicos y en las escuelas de ingeniería, etc., que se interesan por ellos, y encuentran foros, iniciativas ciudadanas, y otras plataformas, antes de agavillarse y convertirse eventualmente en núcleo de cristalización de movimientos sociales y de nuevas subculturas⁷⁴. Y estos movimientos sociales y estas subculturas pueden, a su vez, dramatizar sus contribuciones y escenificarlas de forma tan eficaz que los medios de comunicación de masas se den por enterados de la cosa. Sólo a través de su tratamiento y discusión en los medios de comunicación de masas alcanzan esos temas al gran público y logran penetrar en la «agenda pública». En muchas ocasiones es menester un trabajo de apoyo mediante acciones espectaculares, protestas masivas e incesantes campañas, hasta que los temas, a través de éxitos electorales, a través de los programas de los «viejos partidos», cautelosamente ampliados, a través de las sentencias de la administración de justicia concernientes a principios, etc., penetran en los ámbitos nucleares del sistema político y allí son tratados de manera formal.

Naturalmente, los temas pueden también seguir otros cursos; de la periferia al centro hay también otras sendas, otros patrones de acceso con complejas ramificaciones y modos de conexión retroalimentativa. Pero por lo general puede constatarse que incluso en los espacios públicos políticos más o menos hipotecados por estructuras de poder las relaciones de fuerza se desplazan en cuanto la percepción de problemas socialmente relevantes provoca en la periferia una *conciencia de crisis*. Y cuando entonces actores de la sociedad civil se encuentran y asocian, formulan el tema correspondiente y lo propagan en el espacio público, sus iniciativas pueden tener buen suceso porque con la movilización endógena del espacio público cobra eficacia una ley inscrita en la propia estructura interna de todo espacio público, que de otro modo permanecería latente, y que también se mantiene presente en la autocomprensión normativa de los medios de comunicación de masas, a saber, que quienes actúan en el escenario deben la influencia que ejercen desde él al asentimiento del público que ocupa la galería. Al menos sí puede decirse que en la medida en que un mundo de la vida racionalizado viene a fomentar o por lo menos a facilitar el desarrollo de una opinión pública liberal con un sólido fundamento en la sociedad civil, la autoridad de las tomas de postura del público se ve reforzada en el curso de la escalada de controversias públicas. Pues en los casos de una movilización dependiente de una conciencia de crisis, la comunicación pública informal se mueve en tales *condiciones* (es decir, en las de una cultura política

72. St. Hilgartner, «The Rise and Fall of Social Problems»: *American Journal of Sociology* 94 (1988), pp. 53-78.

73. Movimientos sociales como «Exponentes del mundo de la vida» es el tema de un excitante estudio empírico de L. Rolke, *Protestbewegungen in der Bundesrepublik*, Opladen, 1987.

74. J. Raschke, *Soziale Bewegungen*, Frankfurt a. M., 1985.

liberal) por unas vías que, por un lado, impiden la formación y aglomeración de masas adoctrinadas y fanatizadas, fácilmente seducibles en términos populistas, y que, por otro, agavillan los potenciales críticos diseminados de un público que sólo queda cohesionado ya en términos abstractos a través del espacio público que crean los propios medios, focalizando esos potenciales en dirección al ejercicio de una influencia política-publicística sobre la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad políticas. Pero sólo en los espacios públicos liberales tienen estas políticas subinstitucionales propias de los movimientos sociales, las cuales abandonan las vías convencionales de la política de intereses, con el fin, por así decir, de guardar las espaldas a la circulación oficial del poder del sistema político regulado en términos de Estado de derecho, sólo en estos espacios públicos liberales, digo, tienen esas políticas subinstitucionales de los movimientos sociales una dirección de choque distinta a la de los espacios públicos manipulados y creados a medida, los cuales sólo sirven como foros de legitimación plebiscitaria⁷⁵.

En el cabo superior de esa escala gradual por la que ascienden las protestas ciudadanas subinstitucionales cuando logra tomar cuerpo un movimiento en escalada, resalta con particular claridad ese sentido de una reforzada coerción legitimatoria, es decir, de una coerción que empuja a plantear cuestiones de legitimidad. El último medio que los argumentos de este tipo de oposición subinstitucional tienen para hacerse oír y para ejercer una influencia publicística-política, son los actos de desobediencia civil, los cuales quedan sometidos de inmediato a una alta coerción en lo tocante a la necesidad de dar explicaciones y justificaciones. Estos actos de transgresión simbólica de las reglas, exenta de violencia, se entienden como expresión de la protesta contra decisiones vinculantes que, según entienden los actores, pese a haberse tomado legalmente, son ilegítimas a la luz de los principios constitucionales vigentes. Esos actos se dirigen a dos destinatarios simultáneamente. Por un lado, apelan a quienes ocupan cargos y a los portadores de la representación ciudadana para que se retomen deliberaciones políticas ya cerradas, con el fin de que, valorando los argumentos que se formulan en esa crítica pública que se niega a ceder y a cesar, revisen, si ello fuera menester, las resoluciones tomadas. Por otra parte, apelan «al sentido de la justicia de la mayoría de la sociedad», como dice Rawls⁷⁶, es decir, al juicio crítico de un público de ciudadanos, al que hay que movilizar con esos medios extraordinarios. Y con independencia del tema de la controversia, lo que la des-

obediencia civil implícitamente está defendiendo siempre también, es la conexión retroalimentativa de la formación formalmente estructurada de la voluntad política con los procesos informales de comunicación en el espacio público-político. El mensaje de este subtexto se dirige a un sistema político que en virtud de su estructuración en términos de Estado de derecho no puede ni desligarse, ni desprenderse de la sociedad civil autonomizándose frente a la periferia. Mediante ese subtexto la desobediencia civil se remite a sí misma a su propio origen, es decir, se remite a sí misma a una sociedad civil que en los casos de crisis actualiza los contenidos normativos del Estado democrático de derecho en el medio que representa la opinión pública y los hace valer contra la inercia sistémica de la política institucional.

Esta *autorreferencialidad* es lo que queda acentuado en la definición que Cohen y Arato proponen de la desobediencia civil, recurriendo a consideraciones de Rawls, Dworkin y más: «La desobediencia civil implica actos ilegales, habitualmente por parte de autores colectivos, actos que son públicos, que hacen referencia a principios y que son simbólicos en su carácter, actos que primariamente implican medios no violentos de protesta y que apelan a la capacidad de razonamiento y al sentido de justicia de la población. El objetivo de la desobediencia civil es persuadir a la opinión pública en la sociedad civil y política de que... una particular ley o política es ilegítima y que hay base argumentativa suficiente para proceder a cambiarla... Los actores colectivos implicados en la desobediencia civil invocan los principios utópicos de las democracias constitucionales apelando a la idea de derechos fundamentales o de legitimidad democrática. La desobediencia civil es, por tanto, un medio para reafirmar el vínculo entre la sociedad civil y la sociedad política... cuando las tentativas legales de la primera de ejercer influencia sobre la segunda han fracasado, y también han quedado agotadas otras vías⁷⁷. En esta interpretación de la desobediencia civil se manifiesta la autoconciencia de una sociedad civil que se atribuye la facultad de, por lo menos en los casos de crisis, reforzar de tal suerte la presión que el espacio movilizado de la opinión pública pueda ejercer sobre el sistema político, que éste no tenga más remedio que optar por el conflicto y proceder a neutralizar la contracirculación inoficial del poder a la que hemos hecho referencia.

La justificación de la desobediencia civil se apoya además⁷⁸ en una comprensión dinámica de la Constitución como un proyecto inaca-

75. C. Offe, «Challenging the Boundaries of Institutional Politics: Social Movements since the 1960s», en Ch. S. Maier, *Changing Boundaries of the Political*, Cambridge, 1987, pp. 63-106.

76. J. Rawls, *Una teoría de la justicia*, México, 1979, p. 501.

77. J. L. Cohen y A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, pp. 587 s. Sobre la «tolerancia militante», U. Rödel, G. Frankenberg y H. Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt a. M., 1989, cap. VI.

78. Sobre la discusión jurídica: R. Dreier, «Widerstandsrecht im Rechtsstaat?», en Id., *Recht - Staat - Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 39-72; Th. Laker, *Ziviler Ungehorsam*, Baden-Baden, 1986.

bado. Desde esta perspectiva a largo plazo el Estado democrático de derecho no se presenta como una configuración acabada, sino como una empresa siempre sujeta a riesgos, irritable e incitable, y sobre todo falible y necesitada de revisión, empresa que se endereza a realizar siempre *de nuevo* y en circunstancias cambiantes el sistema de los derechos, es decir, a interpretarlo mejor, a institucionalizarlo en términos más adecuados, y a hacer uso de su contenido de forma más radical. Ésta es la perspectiva de los ciudadanos que se implican activamente en la realización del sistema de los derechos y que, invocando (y teniendo bien presente) el cambio de las condiciones de contexto, tratan de superar prácticamente la tensión entre facticidad social y validez. La teoría del derecho no puede hacer propia esta perspectiva de un activo autoimplicarse; pero sí puede reconstruir la comprensión paradigmática del derecho y del Estado democrático de derecho, por la que se dejan guiar los ciudadanos cuando se han hecho una imagen de las restricciones estructurales a las que está sujeta la autoorganización de la comunidad jurídica en su sociedad.

(5) Desde un punto de vista reconstructivo hemos mostrado que los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho se limitan a hacer explícito el sentido realizativo de la autoconstitución de una comunidad jurídica de miembros libres e iguales. En las formas de organización del Estado democrático de derecho esa praxis cobra continuidad. Toda Constitución histórica hace una doble referencia al tiempo; como documento histórico representa la memoria del acto de fundación al que interpreta, marcando así un inicio en el tiempo; a la vez su carácter normativo comporta que la tarea de interpretación y configuración del sistema de los derechos se plantea *de nuevo* para cada generación: como proyecto de una sociedad justa una Constitución articula el horizonte de expectativa del futuro que se tiene en cada caso presente. Bajo este aspecto de un proceso de continua actividad *constituyente*, pensado a largo plazo, el procedimiento democrático de producción legítima del derecho cobra una fundamental importancia. De ahí que no pudiéramos eludir la cuestión de si, y (si la respuesta había de ser afirmativa) cómo, puede implementarse de forma eficaz en las sociedades complejas de nuestro tipo un procedimiento tan exigente, de suerte que en el sistema político pueda imponerse una circulación del poder normada en términos de Estado de derecho. Las respuestas a esta cuestión informan, a su vez, nuestra comprensión paradigmática del derecho. A fin de poder pasar a glosar tal comprensión históricamente situada de la Constitución, quisiera remachar los puntos siguientes:

(a) El sistema político articulado en términos de Estado de derecho está especializado, por un lado, en la generación de decisiones colectivamente vinculantes y sólo constituye, por tanto, uno entre

varios sistemas funcionales. Por otra parte, la política, en virtud de su interna conexión con el derecho, es la encargada de hacer frente a problemas que afectan a la sociedad en conjunto. Las decisiones colectivamente vinculantes tienen que poder interpretarse a la vez como realización de los derechos, de modo que, a través del medio que representa el derecho, las estructuras de reconocimiento que caracterizan a la acción orientada al entendimiento se transfieren del nivel de las interacciones simples a las relaciones anónimas entre extraños, abstractamente mediadas. La política, al perseguir determinados fines colectivos y regular determinados conflictos, está haciendo frente a la vez a problemas generales de integración de la sociedad. Al estar estructurado en forma de derecho, el modo de operar de ese sistema político funcionalmente especificado, mantiene una relación con los problemas de la sociedad global: se hace cargo de, y prosigue en un plano reflexivo, una integración social que otros sistemas de acción ya no pueden realizar de forma suficiente.

(b) Esta posición asimétrica explica que el sistema político se vea sometido a restricciones por dos lados y que sus operaciones y decisiones se midan por los correspondientes estándares. Como un sistema de acción funcionalmente especificado queda limitado por otros sistemas funcionales que obedecen a su propia lógica y que, por tanto, se cierran contra las intervenciones directas. Por este lado, el sistema político choca con los límites de la eficacia del poder administrativo (incluyendo las formas de organización jurídica y los medios fiscales). Por el otro lado, la política, en tanto que sistema de acción regulado en términos de Estado de derecho, está en conexión con el espacio de la opinión pública y depende de las fuentes que el poder comunicativo tiene en el mundo de la vida. Por este lado el sistema político está sometido, no a las restricciones externas de un entorno social, sino que, más bien, hace experiencia de su dependencia respecto de condiciones internas de posibilidad. Pues en última instancia la política no puede disponer a voluntad de las condiciones que hacen posible la generación de derecho legítimo.

(c) Por ambas partes el sistema político se ve expuesto a perturbaciones que pueden mermar la *efectividad* o *eficacia* de sus operaciones y rendimientos, o la *legitimidad* de sus decisiones. El sistema político fracasa en sus competencias regulativas, cuando o bien los programas jurídicos implementados permanecen ineficaces, o bien las operaciones de orden, regulación y control provocan efectos desintegradores en los ámbitos de acción necesitados de regulación, o bien los medios utilizados desbordan la capacidad del medio que representa el derecho impregnando así una carga excesiva a la estructura normativa del propio sistema. Ante problemas de regulación o control de elevada complejidad, la irrelevancia, la regulación en falso

y la autodestrucción pueden tener efectos acumulativos que den lugar a un «trilema regulatorio»⁷⁹. Por otro lado, el sistema político fracasa en su calidad de lugarteniente de la integración social cuando las decisiones (por efectivas que fueren) ya no pueden hacerse derivar del derecho legítimo. La circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho queda neutralizada cuando el sistema administrativo se autonomiza frente al poder comunicativamente generado, cuando el poder social de los sistemas funcionales y de las grandes organizaciones (incluyendo los medios de comunicación) se transforma en poder ilegítimo y cuando los recursos del mundo de la vida no bastan para comunicaciones públicas espontáneas que puedan garantizar que los intereses sociales puedan expresarse de manera no distorsionada ni forzada. La autonomización del poder ilegítimo y las debilidades de la sociedad civil y del espacio de la opinión pública política pueden agudizarse y dar lugar a un «dilema legitimatorio» que en determinadas circunstancias se conjunta con el «trilema regulatorio» dando lugar a un círculo vicioso. Entonces el sistema político cae en el remolino de un déficit de legitimación y de un déficit de regulación o control sistémicos, que se refuerzan mutuamente.

(d) Tales crisis pueden explicarse en todo caso recurriendo a la historia. Pero no están de tal suerte inscritas en las propias estructuras de las sociedades funcionalmente diferenciadas, que quede desautorizado de antemano el proyecto de no dejarse representar sino por sí misma una comunidad de libres e iguales no quedando sujetos a otras reglas que las que ellos mismos se autoimponen por vía de derecho. Sin embargo, sí que son sintomáticas de esa peculiar inserción asimétrica del sistema político articulado en términos de Estado de derecho en procesos circulares altamente complejos, de la que los actores han de hacerse una imagen cuando, en actitud realizativa, quieren implicarse con éxito, como ciudadanos, como diputados, como jueces, como funcionarios, etc., en la realización del sistema de los derechos. Y porque estos derechos pueden interpretarse de formas distintas con el cambio de los contextos sociales, la luz que arrojan sobre las situaciones se refracta formando el espectro que representan paradigmas jurídicos históricamente cambiantes. Las constituciones históricas pueden entenderse como otras tantas interpretaciones de una y *la misma* praxis, de la praxis de autodeterminación de miembros iguales y libres de una comunidad jurídica; pero, como toda praxis, también ésta viene situada históricamente. Los participantes han de partir de la concreta forma histórica que esa praxis tiene *para ellos* si es que quieren aclararse sobre el significado que esa praxis tiene *en general*.

79. G. Teubner, «Reflexives Recht»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 68 (1982), pp. 13 ss.

IX

PARADIGMAS DEL DERECHO

Desde las grandes codificaciones del siglo XVIII a más tardar el derecho vigente resulta primariamente aprehensible en forma de textos: las proposiciones normativas contenidas en los códigos dicen qué normas han de considerarse vigentes. Tales proposiciones normativas constituyen la base de la jurisprudencia. Y desde la perspectiva de ésta la dogmática jurídica se esfuerza por interpretar el derecho vigente. La teoría del derecho y la historia del derecho cultivan una ulterior objetivación de la comprensión de textos legales y sistemas de reglas, si bien en direcciones opuestas. Mientras que la teoría del derecho, como hemos visto, mediante una abstracción generalizadora cobra distancia respecto del trabajo de interpretación referido al caso particular, en que consiste la práctica de las decisiones judiciales, pero sin tener que abandonar la perspectiva del participante como tal, la mirada objetivadora del historiador se dirige a los contextos sociales en los que está inserto el derecho como sistema de acción y de los que se nutren también los supuestos básicos que implícitamente acompañan a la administración de justicia y a la dogmática contemporánea del derecho. Desde esta perspectiva de observador ábrense esos nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales. Y entonces queda claro que los expertos no sólo interpretan las distintas proposiciones normativas a partir del contexto que esas proposiciones tienen en el *corpus* del derecho considerado en conjunto, sino también desde el horizonte de una pre-comprensión de la sociedad contemporánea, la cual resulta rectora en todo su trabajo de interpretación. En este aspecto la interpretación del derecho es siempre también una respuesta a los desafíos de una situación social percibida de determinada manera.

En algunos pasajes cruciales el propio texto legal delata un diagnóstico implícito del presente, por ejemplo en la parte dedicada a derechos fundamentales de las Constituciones que han surgido de rupturas políticas o revoluciones políticas. A diferencia del derecho profesionalmente preformulado por los juristas o desarrollado después por los juristas, los derechos fundamentales, incluso en su letra y estilo, danse a conocer como enfáticas manifestaciones de voluntad y declaraciones políticas que reaccionan contra experiencias concretas de represión y vulneración de la dignidad humana. En la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra¹. Lo que en esos raros instantes que representa el establecimiento revolucionario de una Constitución queda patente y a la luz del día, por lo general el historiador habrá de descifrarlo laboriosamente o partir del trabajo diario de la producción legislativa y de la administración de justicia. Trivialmente, éstas sólo pueden perseguir su objetivo de realizar derechos y de aplicar el derecho en un contexto que ellas interpretan en lo concerniente a las posibilidades de acción de que fácticamente se dispone y que siempre vienen fácticamente limitadas. Aquello a que los actores realmente responden y realmente han respondido con sus decisiones y sus razones, sólo se podrá entender si se conoce la *imagen* que esos actores *implícitamente* se hacen de su *sociedad*, si se sabe qué estructuras, qué operaciones, qué resultados, qué rendimientos, qué potenciales, qué peligros y qué riesgos atribuyen a su sociedad a la luz de la tarea que esos actores se proponen, a saber, la tarea de realizar los derechos y de aplicar el derecho.

Con una intención de crítica ideológica O. Kahn-Freund había investigado ya en 1931 el «ideal social» del Tribunal Central de Trabajo². Con intención descriptiva F. Wieacker introdujo dos decenios después el concepto equivalente de «modelo social» cuando de los códigos clásicos de derecho privado extrajo el paradigma liberal del derecho. De lo que para F. Wieacker se trataba era de «sacar a la luz el modelo social de un orden jurídico dado y las transformaciones experimentadas por ese modelo; por así decir, su traza secreta u oculta que a primera vista queda encubierta por la continuidad literaria, humanista y conceptual de la tradición científica»³. El famoso estudio de Wieacker, al poner en claro el paradigma del derecho

1. Ejemplos impresionantes los ofrecen los detallados catálogos de derechos fundamentales de las Constituciones de los *Länder* alemanes aprobadas tras 1945 así como el proyecto de abril de 1990 para una Constitución de la República Democrática Alemana, que no llegó a entrar en vigor, publicado por el grupo de trabajo «Nueva Constitución de la DDR» de la Mesa Redonda, Berlín, 1990.

2. O. Kahn-Freund, «Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts», en Th. Ramm (ed.), *Arbeitsrecht und Politik*, Frankfurt a. M., 1966, pp. 149 ss.

formal burgués, pudo a la vez arrojar luz sobre el trasfondo sobre el que resultaba visible la «materialización» del derecho, una tendencia que ya Max Weber había lamentado pero que sólo acabaría imponiéndose en todo su alcance con el desarrollo del Estado social tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. Este *cambio social del derecho* o *giro social del derecho* fue percibido y entendido de entrada como un proceso en cuyo curso una comprensión instrumental del derecho, asentada sobre una idea de justicia articulada en términos de Estado social, recubrió, desplazó y finalmente relevó al modelo liberal del derecho. Este proceso que disolvía la unidad clásica y la articulación sistemática de lo que se entendía que era el único orden jurídico racional, fue percibido por la jurisprudencia alemana como una *crisis del derecho*.

La controversia sostenida a principios de los años cincuenta entre constitucionalistas alemanes acerca del rango y posición de la cláusula relativa al Estado social en la arquitectónica de la *Grundgesetz* (Constitución) de la República Federal de Alemania, una de las partes atacaba lo que la otra ofensivamente sostenía. Se discutía acerca de la opción normativa por uno de dos paradigmas jurídicos que competían entre sí. La premisa subyacente de que esos dos paradigmas constituían una alternativa completa sólo fue puesta en cuestión cuando se hicieron notar, también políticamente, las consecuencias laterales y funcionales de ese Estado social que había logrado imponerse con éxito. Un aspecto especialmente preocupante (desde el punto de vista jurídico) de esa «crisis del Estado social» de la que ahora empezaba a hablarse, era la «insensibilidad» que mostraban las crecientes burocracias estatales frente a las restricciones que sus actuaciones suponían para la autodeterminación individual de sus clientes, una debilidad del paradigma jurídico ligado al Estado social que resultaba simétrica a la «ceguera social» del derecho formal burgués. Desde los años setenta la discusión acerca de los paradigmas jurídicos se ha tornado en cierto modo reflexiva. La descripción historiográfica del cambio de paradigma ha quitado a la comprensión paradigmática que del derecho tiene cada cual el *status* de un saber de fondo que se limita a prestar *intuitivamente* orientación. Así, la disputa acerca de la correcta comprensión paradigmática del derecho se ha convertido en tema expreso de la dogmática jurídica.

La inabarcable estructura de un orden jurídico que no se deja reducir ni a programas condicionales ni a programas finalistas como forma privilegiada de regulación, pero que con la ampliación de las normas procedimentales y de las normas de organización, tampoco

3. F. Wieacker, «Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft», en Id., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., 1974, p. 5.

y la autodestrucción pueden tener efectos acumulativos que den lugar a un «trilema regulatorio»⁷⁹. Por otro lado, el sistema político fracasa en su calidad de lugarteniente de la integración social cuando las decisiones (por efectivas que fueren) ya no pueden hacerse derivar del derecho legítimo. La circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho queda neutralizada cuando el sistema administrativo se autonomiza frente al poder comunicativamente generado, cuando el poder social de los sistemas funcionales y de las grandes organizaciones (incluyendo los medios de comunicación) se transforma en poder ilegítimo y cuando los recursos del mundo de la vida no bastan para comunicaciones públicas espontáneas que puedan garantizar que los intereses sociales puedan expresarse de manera no distorsionada ni forzada. La autonomización del poder ilegítimo y las debilidades de la sociedad civil y del espacio de la opinión pública política pueden agudizarse y dar lugar a un «dilema legitimatorio» que en determinadas circunstancias se conjunta con el «trilema regulatorio» dando lugar a un círculo vicioso. Entonces el sistema político cae en el remolino de un déficit de legitimación y de un déficit de regulación o control sistémicos, que se refuerzan mutuamente.

(d) Tales crisis pueden explicarse en todo caso recurriendo a la historia. Pero no están de tal suerte inscritas en las propias estructuras de las sociedades funcionalmente diferenciadas, que quede desautorizado de antemano el proyecto de no dejarse representar sino por sí misma una comunidad de libres e iguales no quedando sujetos a otras reglas que las que ellos mismos se autoimponen por vía de derecho. Sin embargo, sí que son sintomáticas de esa peculiar inserción asimétrica del sistema político articulado en términos de Estado de derecho en procesos circulares altamente complejos, de la que los actores han de hacerse una imagen cuando, en actitud realizativa, quieren implicarse con éxito, como ciudadanos, como diputados, como jueces, como funcionarios, etc., en la realización del sistema de los derechos. Y porque estos derechos pueden interpretarse de formas distintas con el cambio de los contextos sociales, la luz que arrojan sobre las situaciones se refracta formando el espectro que representan paradigmas jurídicos históricamente cambiantes. Las constituciones históricas pueden entenderse como otras tantas interpretaciones de una y la misma praxis, de la praxis de autodeterminación de miembros iguales y libres de una comunidad jurídica; pero, como toda praxis, también ésta viene situada históricamente. Los participantes han de partir de la concreta forma histórica que esa praxis tiene *para ellos* si es que quieren aclararse sobre el significado que esa praxis tiene *en general*.

79. G. Teubner, «Reflexives Recht»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 68 (1982), pp. 13 ss.

IX

PARADIGMAS DEL DERECHO

Desde las grandes codificaciones del siglo XVIII a más tardar el derecho vigente resulta primariamente aprehensible en forma de textos: las proposiciones normativas contenidas en los códigos dicen qué normas han de considerarse vigentes. Tales proposiciones normativas constituyen la base de la jurisprudencia. Y desde la perspectiva de ésta la dogmática jurídica se esfuerza por interpretar el derecho vigente. La teoría del derecho y la historia del derecho cultivan una ulterior objetivación de la comprensión de textos legales y sistemas de reglas, si bien en direcciones opuestas. Mientras que la teoría del derecho, como hemos visto, mediante una abstracción generalizadora cobra distancia respecto del trabajo de interpretación referido al caso particular, en que consiste la práctica de las decisiones judiciales, pero sin tener que abandonar la perspectiva del participante como tal, la mirada objetivadora del historiador se dirige a los contextos sociales en los que está inserto el derecho como sistema de acción y de los que se nutren también los supuestos básicos que implícitamente acompañan a la administración de justicia y a la dogmática contemporánea del derecho. Desde esta perspectiva de observador ábranse esos nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales. Y entonces queda claro que los expertos no sólo interpretan las distintas proposiciones normativas a partir del contexto que esas proposiciones tienen en el *corpus* del derecho considerado en conjunto, sino también desde el horizonte de una pre-comprensión de la sociedad contemporánea, la cual resulta rectora en todo su trabajo de interpretación. En este aspecto la interpretación del derecho es siempre también una respuesta a los desafíos de una situación social percibida de determinada manera.

descarga en modo alguno suficientemente al legislador de la necesidad de regular materias complejas y ámbitos funcionales que obedecen a su propia lógica interna, ha servido de acicate para ponerse a *buscar un nuevo paradigma* allende las alternativas conocidas⁴. No son atípicas del carácter aporético de la situación actual de la argumentación las indicaciones tentativas con las que D. Grimm despidió al lector de su estudio sobre «El futuro de la Constitución». En esa última parte Grimm discute, como todavía veremos, las razones estructurales de los déficit de regulación y de la decreciente fuerza vinculante que ofrece el derecho constitucional y plantea al final la cuestión de si la propia idea de Constitución tiene todavía algún futuro: «Tras que la Constitución ya no logra incluir en su trama regulativa a todos los portadores de poder público, hay que contar con que tampoco puede abarcar todos los ámbitos de la actividad estatal. Tiene, pues, que empezar quedando abierta la cuestión de si una *comprensión distinta de la Constitución* podrá absorber esta pérdida de validez efectiva, o de si la Constitución se atrofiará convirtiéndose simplemente en un suborden u orden parcial»⁵. En Alemania la profesión jurídica parece verse ante la alternativa, o bien de articular convincentemente una comprensión del derecho que pueda asociarse con un proyecto constitucional cortado a la medida de las sociedades complejas⁶, o bien de abandonar una comprensión normativa del derecho, es decir, de abandonar la expectativa de que la fuerza débil de las convicciones intersubjetivamente compartidas y formadas sin coacciones, el derecho pueda transformarla en un poder sociointegrador que en última instancia sea capaz de imponerse a todo mero poder, cualquiera sea la máscara con que éste aparezca⁷.

En lo que sigue, y para concluir, examinaré si la comprensión procedimental del derecho desarrollada hasta aquí puede aportar algo en orden a decidir esta alternativa. Primero glosaré la *materia- lización* del derecho refiriéndome a lo ocurrido en algunos ámbitos del derecho privado y al giro social de los derechos fundamentales. El cambio de paradigma muestra que la autonomía privada, que viene establecida por el propio *status* de persona jurídica, ha de ser realizada de modo distinto en contextos sociales cambiantes (I). Los problemas que del desarrollo del Estado social resultan a la hora de

4. Una visión de conjunto sobre la discusión la ofrece H. D. Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, Frankfurt a. M., 1980, cap. II.

5. D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991, p. 437 (el subrayado es mío).

6. U. K. Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin, 1990.

7. Es la conclusión que se impone cuando se adopta la descripción que la teoría de sistemas hace del sistema jurídico, cf. R. Wietzholter, «Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?», en A. Honneth *et al.*, *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 794-812.

garantizar un ámbito de autonomía privada para la configuración de la propia vida individual, los trato recurriendo a la dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica. Las consecuencias no apetecidas de la juridificación atraen la atención sobre la relación interna que se da entre autonomía privada y autonomía pública. A las consecuencias no deseadas de las prestaciones del Estado social sólo puede hacerles frente una política de cualificación del papel del ciudadano, por la que los derechos a recibir prestaciones sociales queden basados únicamente en un *status* de ciudadano que garantice simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública (II). De los cambios que se han producido en el catálogo de tareas estatales y de la ampliación del ámbito de actuación de la Administración resultan también problemas para la división de poderes. A la autoprogramación de una Administración autonomizada y a la delegación no autorizada de facultades estatales puede hacerseles frente mediante un desplazamiento de la división funcional de poderes al seno mismo del sistema administrativo, mediante nuevos elementos de participación y control, introduciendo espacios públicos específicos para cada ámbito (III).

I

(1) Para la comprensión paradigmática que del derecho tiene una determinada época de la sociedad se han introducido expresiones tales como «ideal social» o «modelo social», «visión social» o también simplemente «teoría». En todos los casos esas expresiones se refieren a esas imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho, o, dicho en términos generales, dan una orientación al proyecto de realización de esa asociación de miembros libres e iguales que es la comunidad jurídica. Las investigaciones historiográficas sobre el cambio de paradigmas, y las aportaciones de la dogmática jurídica a la disputa sobre ese cambio, se limitan, empero, a las interpretaciones profesionales del derecho vigente. Un paradigma jurídico es algo que en primera línea se infiere de las decisiones judiciales que, en virtud de los criterios que fueren, se consideran ejemplares, y las más de las veces suele equipararse a la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces. Apoyándose en la «sociología del conocimiento» desarrollada en el contexto de la fenomenología social F. Kübler habla, por ejemplo, de la «construcción social de la realidad» que en el discurso jurídico subyace en los discursos sobre hechos, es decir, en la descripción y valoración de los decursos fácticos y modos de funcionamiento de los sistemas sociales de acción: «los "hechos" son expectativas de com-

portamiento y motivaciones del comportamiento, referidas recíprocamente las unas a las otras, interacciones humanas, pequeñas partículas de la gran corriente de decursos sociales trabados de múltiples modos unos con otros. O dicho más exactamente: no son estos decursos mismos, sino las representaciones que el tribunal se hace de esos decursos⁸. H. J. Steiner llama a las ideas implícitas de los jueces, relativas a teoría de la sociedad, una «visión social». Ésta constituye el contexto cuando los jueces, al fundamentar sus decisiones, establecen hechos y refieren los hechos a normas: «Por visión social... entiendo las percepciones de los tribunales acerca de la sociedad (de su estructura socioeconómica, de sus patrones de interacción social, de sus objetivos morales, de sus ideologías políticas), acerca de los actores sociales (de su carácter, de su conducta, de sus capacidades), y acerca de los accidentes (de sus causas, de su volumen y de sus repercusiones!)»⁹. Refiriéndose a la jurisprudencia americana sobre daños y perjuicios Steiner explica el concepto: «Ese concepto incluye la comprensión que los tribunales tienen de materias tan variadas como la incidencia de los costes sociales de los accidentes, la operación de los mecanismos de formación de precios en el mercado, la capacidad de los individuos para una conducta prudente, la racionalidad burocrática de las formas de negocios, los efectos de las cláusulas estándar que los contratos contienen, y las ideologías del crecimiento o la distribución en el siglo XIX u hoy. La visión social abarca no sólo observaciones empíricas (el número de accidentes de automóvil), sino también caracterizaciones valorativas de los sucesos (la ausencia de libre elección en un contexto dado y sentimientos de desaprobación o empatía hacia aquello que se describe (una "dura" negociación, o una "trágica" pérdida))».

Mientras tanto, el fenómeno de esa inevitable comprensión de fondo, de esa subyacente teoría de la sociedad, ya no constituye sólo objeto de una historia del derecho que proceda en términos descriptivos, sino que de él se han vuelto también conscientes la dogmática jurídica y la práctica jurídica. Hoy la jurisprudencia ya no puede comportarse ingenuamente respecto a su propio «modelo social». Y porque la comprensión paradigmática del derecho ha perdido la inocencia de un saber orientador que actuase solamente a espaldas de los implicados en la práctica jurídica, tal comprensión de fondo exige hoy una justificación en términos autocríticos. Tampoco la dogmática jurídica, tras tal paso reflexivo, puede eludir ya la cuestión del paradigma «correcto». Así Kübler da un giro constructivo a su planteamiento articulado inicialmente en términos descriptivos,

8. F. Kübler, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, 1975, p. 9.

9. H. J. Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, Madison, Wisc., 1987, p. 92.

cuando constata «que el derecho privado necesita de forma cada vez más urgente de una explicación y justificación de sus referencias a, y de sus relaciones con, la sociedad global, lo cual significa: tanto de su propio nacimiento como de su forma de funcionar en la sociedad», y ello porque «los intentos habituales de explicación», sea el que representa el modelo liberal, sea el que representa el modelo relativo al Estado social, «ya no tienen suficiente capacidad de convicción»¹⁰. El paradigma buscado habría de satisfacer a la mejor descripción de las sociedades complejas; habría de hacer nuevamente visible la idea original de autoconstitución de una comunidad jurídica compuesta de miembros iguales y libres; y habría de superar el prolífero particularismo de un orden jurídico que en su adaptación a la complejidad de un entorno social, de la que carece de concepto, parece haber perdido su centro y deshilacharse en términos incrementalistas. La fijación de Kübler en la imagen que de la sociedad tienen los jueces apoya además la idea de que la ciencia jurídica ha de resolver esa tarea por su propia cuenta.

Pero la decisión del historiador de servirse de los datos fácilmente accesibles que representan los textos legales y sus aplicaciones, una decisión desde luego convincente desde el punto de vista de la organización de las pesquisas historiográficas, no debe conducir a identificar el paradigma que viene inscrito en un determinado sistema jurídico con la economía de representaciones de los administradores profesionales de ese sistema jurídico. Cuando se procede a tal identificación resulta fácil concluir que a la ciencia jurídica le bastaría ponerse interdisciplinariamente en contacto con las ciencias sociales, para filtrar críticamente la función de crear norma que tienen «las representaciones de los jueces, que aquí se recogen bajo el título de "teoría"» y desarrollar a partir de ello una comprensión paradigmática del derecho que pueda presentarse ella misma con *pretensiones teóricas*. Conforme a esta concepción, el nuevo paradigma podría resultar de una clarificación de las teorías «naturales» de los jueces, efectuada en términos de ciencia jurídica y ciencia social, y adoptar él mismo la forma de una teoría, y ello «como suma de las ideas que, asentadas sobre convicciones comunes, los jueces tienen sobre el decurso de los procesos sociales, sobre los patrones de expectativas y mecanismos de integración que constituyen a la comunidad». Tal teoría tendría «carácter dispositivo: determina y establece de qué modo se entiende y se interpreta la ley; fija en qué lugares, en qué dirección y con qué alcance el derecho legislado ha de ser complementado y modificado mediante la dogmática jurídica y el

10. F. Kübler, «Privatrecht und Demokratie», en F. Baur et al. (eds.), *Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen, 1974, p. 719.

derecho de los jueces; todo lo cual significa: esa teoría se hace en parte responsable del futuro de la existencia social»¹¹.

Kübler insiste en la ganancia metodológica que paradigmas jurídicos adecuados suponen, como hemos mostrado, para la práctica de las decisiones judiciales: esos paradigmas reducen la complejidad de la tarea de decidir el caso particular de una forma a la vez consistente y racional, es decir, a la luz de un sistema jurídico coherentemente ordenado. Se percata también de que la «teoría» exigida no solamente sirve al autoentendimiento de la profesión jurídica, sino que cumple además funciones de legitimación para los tribunales en el trato con sus (de los tribunales) clientes. En lo tocante a decisiones en materias de derecho civil, decisiones que son las que Kübler tiene a la vista, la «teoría» exigida habría de explicar las construcciones básicas «en términos inteligibles para todos», de modo que «esa teoría aportaría un acuerdo acerca de las condiciones de funcionamiento de la práctica del derecho privado»¹². Pero es este punto donde, a más tardar, suscitanse dudas acerca de si la disputa en torno al paradigma jurídico correcto ha de dirimirse sólo en forma de una disputa entre expertos, de si el paradigma mismo puede adoptar la forma de una teoría fundada en términos de ciencia jurídica.

No resulta, ciertamente, menos unilateral desplazar de un plumazo el foco de la discusión desde los tribunales a la población, es decir, a la totalidad de los clientes de esos tribunales. En este sentido L. M. Friedman defiende la tesis de que el cambio estructural de la sociedad se traduce en un cambio del derecho mismo a través de la cultura jurídica, lo cual quiere decir: a través del cambio de la comprensión paradigmática que la totalidad de la población tiene del derecho: «Cultura jurídica significa aquí las ideas, opiniones, valores y actitudes acerca del derecho, que la gente trae consigo en sus cabezas. Y si se me pregunta qué gente, mi respuesta es: la que se quiera, cualquier grupo y a cualquier nivel de generalidad»¹³. Desde este ángulo de mira de sociología del derecho, las mudanzas de la cultura jurídica y de la conciencia jurídica tienen, ciertamente, un carácter cuasinatural. Pero la propuesta de Friedman no hace justicia a la circunstancia de que, mientras tanto, se ha cobrado conciencia de la competencia entre esos dos paradigmas que se han vuelto ambos problemáticos. Ello es consecuencia de la movilización del derecho por un legislador democrático que, por su parte, no actúa, ciertamente, ni en el aire ni en el vacío. La fuerza movilizadora que la actividad legislativa tiene, hace recordar a la población, en tanto que público de ciudadanos, su (de esa población) papel de autor, y

11. F. Kübler, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, pp. 51 s.

12. *Ibid.*, p. 60.

13. L. M. Friedman, «Transformations in American Legal Culture. 1800-1985»: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), p. 191.

no solamente el papel de clientes de la administración de justicia y de la administración pública en general.

Los paradigmas jurídicos, mientras funcionan en forma de un saber atemático de fondo, se apoderan de la conciencia de todos los actores, de la conciencia de los ciudadanos y de los clientes, no menos que de la del legislador, la Justicia y la Administración. El agotamiento del paradigma vinculado al Estado social ha tenido por consecuencia problemas jurídicos que, ciertamente, empezaron imponiéndose a los expertos en derecho y moviéndoles a un estudio de los modelos sociales inscritos en el propio derecho. Ciertamente, también los intentos de la dogmática jurídica de escapar a la alternativa «fijación al derecho ligado al Estado social» o «retorno al derecho formal burgués» y de establecer conexiones más o menos híbridas entre ambos modelos, han fomentado una comprensión reflexiva de la Constitución, si es que no han sido ellos mismos quienes han suscitado esa comprensión: pues en cuanto se entiende la Constitución como un exigente proceso de realización del derecho, plantéase la tarea de situar tal proyecto históricamente. Y entonces todos los actores participantes han de hacerse una idea acerca de cómo poner eficazmente en práctica el contenido normativo del Estado democrático de derecho en el horizonte de las estructuras sociales y de las tendencias evolutivas en cuyo seno esos actores se encuentran. La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de la sociedad, es en su núcleo una disputa política. En el Estado democrático de derecho esa disputa concierne a todos los implicados, no puede efectuarse solamente en las formas esotéricas de un discurso de expertos desligado del espacio público-político. La justicia y la dogmática jurídica, en virtud de la prerrogativa en lo tocante a toma de decisiones y, en general, en virtud de sus experiencias y conocimientos profesionales, están implicadas de un modo privilegiado en esta disputa de interpretaciones; pero no pueden invocar su autoridad científica para imponer a los demás una comprensión de la Constitución, de la que el público de ciudadanos ha de empezar convenciéndose.

(2) Como demuestra la disciplina o materia de la que provienen los autores mencionados hasta aquí, el cambio de paradigma se notó y discutió primero dentro del derecho privado. Particularmente en Alemania esto no fue un azar. Pues aquí el derecho privado se desarrolló en el marco de la monarquía constitucional como un ámbito del «derecho de jueces» y del «derecho de la ciencia jurídica». Sin verse afectado por la fuerza configuradora de un orden constitucional democrático, el derecho privado logró obtener en el curso del siglo XIX, es decir, hasta la codificación que representó el Código de Derecho

Civil de 1900, la completud y clausura sistemáticas de un ámbito jurídico autónomo y cerrado. Bajo la premisa de la separación entre el Estado y la sociedad la elaboración dogmática del derecho privado partía de que éste, a través de la organización de una sociedad despolitizada, centrada en la economía, sustraída a las intervenciones estatales, garantizaba el *status* de libertad *negativa* de los sujetos jurídicos y, por tanto, el principio de libertad jurídica, mientras que, en términos de división del trabajo, el derecho público quedaba asignado a la esfera del Estado autocrático, esfera en la que su función consistía en refrenar a una Administración que opera bajo reserva de intervención y a la vez, con la protección de los derechos individuales, en garantizar el *status* jurídico *positivo* de los ciudadanos. Ciertamente, se puso ya en marcha una materialización del derecho privado en el sentido de un cumplimiento más bien autoritario de deberes de protección social; pero sólo con el establecimiento de la República de Weimar cayeron las bases que esa supuesta autarquía del derecho privado tenía en el derecho constitucional; desde entonces ya no fue posible «oponer el derecho privado como reino de la libertad individual al derecho público como campo de actuación de la coerción del Estado»¹⁴. El final de la primacía material del derecho privado sobre el derecho constitucional, final que la disolución fáctica de una «sociedad de derecho privado» (F. Böhm) ideológicamente sostenida y mantenida, no hizo sino sellar, es considerado retrospectivamente por la dogmática alemana del derecho civil como un «avasallamiento» del derecho privado por principios del derecho público y como «destrucción» del edificio autónomo de un sistema jurídico unitario.

La primacía de la Constitución democrática sobre el derecho privado significaba que de aquí en adelante el contenido normativo de los derechos fundamentales habría de desarrollarse a través de un legislador activo dentro del propio derecho privado: «A quien legisla en el ámbito del derecho privado le viene asignada por el derecho constitucional la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, diferenciándolo y concretizándolo, en derecho inmediatamente vinculante para los implicados en una relación de derecho privado. A él le compete en principio el cuidarse de las múltiples modificaciones que exige la realización de la influencia de los derechos fundamentales sobre el derecho privado»¹⁵. Cuando este proceso, tras la Segunda Guerra Mundial, se vio acelerado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ni las quejas sobre la desintegración del orden jurídico, ni tampoco medidas urgentes de tipo definitorio fueron bastante para dar acomodo en las categorías

tradicionales a tal cambio de situaciones jurídicas. Y ello, para una dogmática del derecho civil reducida a una actitud defensiva, representó un particular acicate para proceder a una reflexión sobre los supuestos de fondo de tipo no jurídico que, como premisas tácitas, habían servido de base a esa división entre derecho privado y derecho público, que ahora empezaba a tambalearse.

Pero objetivamente, desde el siglo XIX se ha efectuado un cambio social similar del derecho también en sociedades (comparables) con otras tradiciones jurídicas. También en estos casos hubo ocasión de investigar, sobre todo en el ámbito del derecho privado, el desplazamiento y relevo del modelo liberal del derecho por el modelo de derecho ligado al Estado social. Manifiestamente, el Estado social, aun con independencia de las especiales razones que subyacen en la evolución jurídica alemana, representa un desafío para el derecho privado¹⁶. Veremos que los cambios sociales ocurridos, los cuales hacen que nos percatemos del cambio de paradigma, obligan a no entender ya la *relación* entre autonomía privada y autonomía ciudadana como una contraposición, sino como un recíproco plexo de remisiones. Pero esta tarea confronta al derecho civil, el cual está cortado a la medida del *status* negativo de los sujetos jurídicos, con mayores problemas que al derecho público, el cual mantiene siempre de por sí a la vista todos los aspectos del *status* de ciudadano. Es lo que queda de manifiesto en una de las primeras tentativas que se hicieron de ordenar conforme a puntos de vista sistemáticos la inabarcable situación de confusión y mezcla entre derecho privado y derecho público, que se produce dentro del derecho privado.

Mientras que la autodeterminación individual en el sentido de la libertad negativa de hacer o dejar de hacer lo que uno quiere, el derecho privado clásico la veía suficientemente garantizada mediante los derechos de personas y la protección jurídica frente a los delitos, y sobre todo mediante la libertad de contrato (en especial en lo concerniente al intercambio de bienes y servicios) y mediante el derecho de propiedad (con las garantías relativas a uso y disposición, también en lo tocante a transmisión hereditaria) en conexión con las garantías concernientes a la institución del matrimonio y de la familia, esta situación cambió radicalmente con el nacimiento de nuevos ámbitos jurídicos (como el derecho laboral, el derecho social y el derecho económico), así como también a causa de la «materialización» del derecho relativo a contratos, delitos y propiedad. En múltiples aspectos se entrecruzaban y se mezclaban principios que hasta ese momento podían asignarse, o bien al derecho privado, o

14. L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971, p. 20.

15. K. Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, 1995, pp. 63-64.

16. Para los países anglosajones cf. P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Contract of Freedom*, Oxford, 1979; L. M. Friedman, *Total Justice*, New York, 1985; H. J. Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, Madison, Wisc., 1987.

bien al derecho público. El derecho privado, considerado *en conjunto*, parecía ahora haber de ir más allá del aseguramiento de la autodeterminación individual y servir a la realización de la justicia social: «Con ello el aseguramiento de la existencia de los miembros de la comunidad jurídica y la protección del más débil obtiene, también en el ámbito del derecho privado, el mismo rango que la persecución de intereses privados»¹⁷. Consideradas las cosas desde esta perspectiva, puntos de vista de ética social penetran en ámbitos jurídicos que hasta entonces sólo podían ensamblarse como un todo desde el punto de vista de la garantía de la autonomía privada. El punto de vista de la ética social exige una interpretación diferenciadora de relaciones jurídicas formalmente iguales, pero materialmente distintas, interpretación y relaciones en las que unas mismas instituciones jurídicas cumplen diversas funciones sociales.

Pues bien, a fin de ordenar ámbitos jurídicos dispares y heterogéneos L. Raiser recurrió a la teoría del rol social para distinguir «esferas» o ámbitos de acción cuyo «grado y contenido de publicidad» guardaría una relación inversa con la intensidad de la protección jurídica individual garantizada. La intensidad de la protección decrece cuanto más el individuo a través de sus roles sociales se ve envuelto en una red de interdependencias sociales, o, dicho en otro lenguaje teórico, cuanto más sus espacios de opción quedan determinados por procesos no individualmente influibles de los sistemas funcionales de la sociedad y de las grandes organizaciones sociales: «Si el derecho público relativo a policía, actividades industriales, a trabajo o a funcionariado me clasifica conforme a mi actividad profesional, las normas de derecho privado me conciernen como productor o consumidor, como padre de familia, como propietario de la casa en que vivo o como inquilino de ella, como miembro de una sociedad deportiva y de una asociación profesional, como conductor, y ello con derechos y deberes distintos, adecuados a cada una de estas distintas situaciones. Las instituciones de derecho privado empleadas en esas situaciones, como son el contrato, la propiedad y el patrimonio, la pertenencia a una asociación en calidad de miembro, la responsabilidad penal, pueden ser las mismas; sin embargo, su función y su valoración cambian según sea la situación típica y el contenido de publicidad de (o la medida en que quepa considerar público a) el ámbito de que se trate»¹⁸. Raiser establece, pues, un deslinde entre una esfera de la vida privada en sentido estricto (que incluiría la esfera íntima doméstica de la vivienda, la familia y el matrimonio, el ámbito del tiempo libre y del consumo, la vida en el club o asociación primaria, etc.) y una esfera privada en sentido lato, determinada por intereses

17. K. Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 73.

18. L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlín, 1971, pág. 29.

tipificados de grupos. Aquí los individuos, en su papel de clientes, dependerían, por ejemplo, de relaciones de trabajo y alquiler, o de empresas de transporte y suministro. En cambio, la «esfera social» vendría dominada por interacciones entre corporaciones empresariales, grandes organizaciones, federaciones y estructuras intermedias de todo tipo, que a través del ejercicio de poder económico y poder social influyen sobre las decisiones de los individuos. Esta teoría de las esferas que también ha dejado su impronta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán¹⁹, tiene un cierto valor descriptivo. Pero su intención propiamente dicha consiste en subrayar convincentemente el núcleo ético de los derechos subjetivos privados recurriendo para ello a un concepto sociológico de vida privada.

El principio de libertad jurídica, principio que inicialmente vino asociado con el derecho privado clásico, exige «que el individuo tenga el grado mayor posible (relativamente a las posibilidades jurídicas y fácticas) de libertad de hacer o dejar de hacer lo que quiera»²⁰. Este principio coincide con el derecho general del hombre de Kant, el derecho al grado mayor posible de iguales libertades subjetivas de acción. Como los espacios de opción de sujetos que actúan atentos a su propio arbitrio han de venir restringidos lo menos posible por prohibiciones o mandatos, ese principio *garantiza* directamente los espacios de acción negativamente delimitados para la persecución de los propios intereses de cada cual; pero a la vez *posibilita* una configuración autónoma de la existencia en el sentido *ético* de persecución de un proyecto de vida racionalmente elegido que sea expresión de la «autonomía», de la «autorresponsabilidad» y del «libre desarrollo» de la personalidad. La libertad positiva de la persona ética se realiza en la ejecución consciente de la propia biografía individual y se manifiesta en aquellos ámbitos básicos de la vida privada en los que las vidas de quienes pertenecen a un «mundo de la vida» intersubjetivamente compartido se entrelazan en el marco de tradiciones comunes y en el plano de las interacciones simples. En tanto que libertad ética, esta libertad escapa a la regulación jurídica, pero viene posibilitada por la libertad jurídica. Y, por cierto, son las libertades clásicas del derecho privado —derechos personales y derechos de protección individual, autonomía de contrato y derechos de propiedad, derecho de asociación privada— los que protegen esa esfera más íntima en la que la persona ética puede abandonar la cáscara del sujeto jurídico y, por así decir, documentar el valor metajurídico de uso, en este caso el valor ético de uso, de la libertad jurídica²¹.

19. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 349-353.

20. *Ibid.*, p. 340.

21. Sobre la distinción entre el concepto moral, el concepto jurídico y el concepto ético de persona cf. R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, manuscrito, 1992. Se trata asimismo de un concepto metajurídico de persona cuando K. Hesse describe el tipo de hombre al

Pero si prescindimos de su fuerza fenomenológica, la teoría de las esferas resulta insatisfactoria, y ello no sólo porque simplifica los complejos contextos funcionales de la sociedad y los obliga a encontrar acomodo, de una manera supersimplificada, en un modelo espacial de esferas de la vida, cuyo «contenido público» o «grado de publicidad» apenas si son operacionalizables. La debilidad propiamente dicha de la teoría consiste en que los criterios jurídicos para el enjuiciamiento y para la clasificación sistemática de los distintos ámbitos jurídicos los sustituye por vagos indicadores sociales. Este desplazamiento da pie a la falsa suposición de que el ámbito de validez de la idea clásica de la autonomía privada habría quedado recordado por la pretensión de validez, políticamente impuesta, de otra idea que competiría con la primera, a saber, «la idea de la inserción social del individuo y de la responsabilidad social que para el individuo se sigue de ello»²², y todo ello en favor de una concepción de la personalidad, profundizada en términos de ética social, que estrictamente no puede encontrar acomodo en conceptos jurídicos. Si bien es verdad que, en efecto, los cambios registrados en el derecho privado se explican por un cambio en la comprensión de la autonomía privada, inducido por un *cambio de paradigma jurídico*.

Como el mecanismo del mercado no funciona como se supone en el modelo jurídico liberal, ni tampoco la sociedad económica constituye, como ese modelo *supone*, una esfera exenta de poder, el principio de libertad jurídica, habida cuenta del cambio de circunstancias sociales, tal como ese cambio es percibido en el modelo del Estado social, sólo puede imponerse por vía de una «materialización» de los derechos existentes y por vía de crear nuevos tipos de derechos. La idea de autonomía privada, que se expresa en el derecho al grado mayor posible de iguales libertades subjetivas de acción, no ha cambiado en absoluto. Lo que ha cambiado han sido los contextos sociales percibidos en los que ha de realizarse por igual la autonomía privada de cada uno. Con la autonomía privada queda garantizado a cada cual su *status* de persona jurídica; pero éste está muy lejos de fundarse solamente en la protección de un ámbito de vida privada en sentido sociológico, aun cuando sea sobre todo en él donde la libertad jurídica pueda *acreditarse* como posibilidad de la libertad ética. El *status* de un sujeto jurídico libre, autónomo en el sentido del derecho privado, viene constituido por la totalidad de

que «se remite» el orden constitucional de la *Grundgesetz* alemana: «Es el tipo de hombre como "persona"; como un ser con un valor intrínseco que no está a disposición de nadie, que está llamado a desarrollarse libremente, que a la vez está referido a la comunidad y depende de la comunidad y que, por tanto, también está llamado a contribuir responsablemente a la configuración de la convivencia humana» (K. Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 87).

22. L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971, p. 9.

todos los derechos relativos a acciones y relativos a *status*, que resulten de la configuración políticamente autónoma del principio de libertad jurídica. De ahí que el deslinde jurídico de un «ámbito intangible de configuración privada de la propia existencia» sólo pueda tener el sentido de que las restricciones que, llegado el caso, hubieran de introducirse en ese ámbito, habrán de venir sostenidas por razones particularmente importantes²³; pero no significa que todos los derechos que puedan utilizarse para una configuración privada y autónoma de la propia existencia hubieran de referirse a la protección de una esfera privada normativamente peraltada desde puntos de vista «éticos» y sólo delimitable en términos sociológicos.

Sobre todo, la restricción de las libertades fundamentales clásicas en esa «esfera social» (contradistinta de la esfera privada en sentido estricto y de la esfera privada en sentido lato) de ningún modo puede hacerse derivar de la interferencia de otros principios jurídicos (como el de justicia social o el de responsabilidad social). Lo que aparece como restricción es sólo el reverso de la imposición de *iguales libertades subjetivas de acción para todos*; pues autonomía privada en el sentido de este derecho general de libertad implica un derecho general de igualdad, el derecho a un trato igual conforme a normas que garanticen la igualdad jurídico-material. Si de ello para una de las partes se siguen restricciones *efectivas* frente al *statu quo ante*, se trata no de restricciones normativas del principio, sino de la eliminación de aquellos privilegios que son incompatibles con la igual distribución de libertades subjetivas, exigida por ese principio.

(3) El modelo del Estado social (o modelo del derecho ligado al Estado social) surgió de la crítica reformista al derecho formal burgués. Conforme a este modelo una sociedad económica institucionalizada en términos de derecho privado (sobre todo a través de derechos de propiedad y libertad de contrato) habría de quedar separada del Estado como esfera de la realización del bien común y quedar abandonada a la actuación espontánea de los mecanismos de mercado. Esta «sociedad de derecho privado» estaba cortada a la medida de la autonomía de sujetos jurídicos que, sobre todo en su papel de participantes en el mercado, habrían de buscar su bienestar y encontrarlo a través de una persecución lo más racional posible de sus propios intereses. La expectativa normativa de que a través del deslinde de esferas de libertad individual, es decir, a través de la garantía de un *status* jurídico negativo (con la correspondiente pretensión de protección jurídica individual) habría de establecerse a la vez la justicia social, se basaba en el entrelazamiento del principio de libertad jurídica con el derecho general de igualdad. Pues el derecho

23. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 351.

de cada uno a poder hacer u omitir lo que quiera en el marco de la atencencia a las leyes, sólo se cumple bajo la condición de que esas leyes garanticen la igualdad de trato en el sentido de igualdad jurídico-material. Y ésta parecía venir garantizada por la propia generalidad abstracta de las leyes, es decir, por la propia forma de los programas jurídicos condicionales que para el derecho formal burgués se convierte en la forma jurídica *simpliciter*. Esta forma jurídica fue la forma típica de las normas de competencia y de las normas prohibitivas del derecho privado burgués (así como de los correspondientes derechos subjetivo-públicos con las simétricas reservas de intervención de una Administración ligada a la ley). Pero con ello la expectativa de realizar simultáneamente la justicia social a través de la articulación en términos de derecho privado del principio de libertad jurídica pasaba implícitamente a depender de la suposición de que se daban condiciones no discriminatorias para la efectiva puesta en práctica de las libertades que las normas del derecho relativo a propiedad, sucesión hereditaria y asociaciones otorgan. Esa expectativa se apoya tácitamente en determinadas hipótesis o suposiciones fácticas de teoría de la sociedad, sobre todo en supuestos de teoría económica relativos al equilibrio de procesos económicos organizados en términos de mercado (con libertad empresarial y soberanía del consumidor), así como en los correspondientes supuestos sociológicos acerca de una ancha dispersión de los patrimonios y una distribución aproximadamente igual del poder social que asegurarían la igualdad de oportunidades en el ejercicio de las competencias otorgadas por el derecho privado. Pues para que la libertad del «poder tener y adquirir» cumpla expectativas de justicia, tiene que darse también una igualdad en la capacidad de ejercer las propias capacidades jurídicas.

Así, el modelo del derecho formal burgués, atenido la idea de contrato social, ofreció ya muy pronto puntos de ataque para una crítica empirista. Ésta condujo a una práctica reformista, que no descansa en un cambio de las premisas normativas, sino en una versión más abstracta de éstas. En las condiciones de un capitalismo organizado dependiente de tareas de infraestructura de que se encarga el Estado y dependiente también de la planificación de las condiciones marco por parte del Estado, y con una creciente desigualdad de posiciones económicas de poder, de valores patrimoniales y de situaciones sociales, no hizo sino volverse cada vez más visible el contenido de derecho objetivo de los derechos subjetivos privados. El derecho general a iguales libertades subjetivas, en un contexto social cambiado de tal suerte, ya no podía garantizarse sólo a través del *status* negativo de los sujetos jurídicos; más bien, resultó necesario, por un lado, especificar, en lo que a contenido se refiere, las normas del derecho privado y, por otro, introducir una nueva categoría de

derechos fundamentales que fundasen pretensiones a recibir prestaciones que representasen una distribución más justa de la riqueza socialmente producida (y una protección más eficaz frente a los riesgos producidos también por la sociedad). Consideradas las cosas normativamente, tanto la «materialización» de los derechos de libertad vigentes como la nueva categoría de derechos concernientes a prestaciones sólo son objeto de una *fundamentación relativa*, es decir, de una fundamentación referida, a su vez, a la equidistribución, absolutamente fundada, de las libertades subjetivas de acción jurídicamente protegidas. La «materialización» resulta «de que la libertad jurídica, es decir, la permisión jurídica de hacer u omitir algo, carece de valor sin libertad fáctica, es decir, sin la posibilidad efectiva de elegir entre lo permitido»; mientras que los derechos a recibir prestaciones sociales tienen su explicación en que «en las condiciones de la moderna sociedad industrial la libertad fáctica de un gran número de portadores de derechos fundamentales no tiene su sustrato material en un «ámbito de la vida que ellos sean capaces de controlar», sino en un ámbito que esencialmente depende de las actividades del Estado»²⁴. Por lo demás, la Constitución democrática establece entre el derecho privado y el catálogo ampliado de derechos fundamentales una conexión que resulta obligatoria para el derecho privado y que deja además su poso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (basada en la doctrina de la «irradiación» o de la «eficacia frente a terceros» de los derechos fundamentales)²⁵.

Como ejemplos más notorios de la materialización del derecho formal burgués suelen aducirse las mudanzas registradas en los ámbitos clásicos que representan el derecho de propiedad y el derecho contractual. Así, la garantía de la propiedad se ha extendido, por un lado, allende la propiedad sobre cosas, a todos los valores patrimoniales de los derechos subjetivos (como los derechos relativos a la condición de miembro de una asociación, los derechos a pensiones y a expectativas de pensiones) de suerte que en muchos ámbitos esos «sucedáneos de propiedad que son de derecho público» han venido a asumir la función que el derecho de cosas tenía de garantizar la libertad. Por otro lado, la ligadura social o función social de la propiedad concierne a todos los objetos «que están en una relación social o en

24. *Ibid.*, pp. 487 s.

25. J. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981; Ch. Joerges, «Die Überarbeitung des BGB, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts», en *Kritische Justiz*, 1987, pp. 166-182. En la República Federal de Alemania la «penetración» de los derechos fundamentales en el derecho privado se interpreta, o bien en el sentido de la vinculación del derecho civil a las normas constitucionales que representan los derechos fundamentales, es decir, como la exigencia de congruencia normativa a la que el derecho objetivo ha de responder, o bien en el sentido de una concretización en términos de derecho privado de derechos subjetivo-públicos «necesitados de pormenorización». Cf. H. H. Rupp, «Vom Wandel der Grundrechte»: *Archiv des öffentlichen Rechts* (1976), pp. 168 ss.

una función social» y ello de suerte que la fuerza obligatoria o efecto vinculante de la garantía de propiedad o de la garantía que el derecho fundamental de propiedad implica, «queda reducido a un núcleo relativamente estrecho de lo individual y de lo sumamente personal» (cogestión, expropiación e intervenciones equivalentes a una expropiación, desmembración de derechos de uso, etc.)²⁶. H. Bethge ve en la garantía de la propiedad aquel derecho de libertad «cuya expresa vinculación o ligadura social no es sólo la que más ha avanzado en términos negativos, sino también en términos positivo-activos»²⁷.

Igualmente dramáticos considera la dogmática los cambios que se han producido en el derecho contractual, los cuales (a través de la atención a las relaciones contractuales fácticas y a la situación fáctica del contrato, a través de la atención a la situación de contratación forzosa o cuasiforzosa que se produce en lo concerniente al suministro de agua, gas y electricidad, a través de la teoría de la protección de la confianza, de las doctrinas del error en los motivos y de la vulneración positiva del contrato, y sobre todo a través de los controles del contenido del contrato y de la firma del contrato, a través de los correspondientes deberes de información, de asesoramiento y de cuidado) vienen a parar en una «objetivización» de las relaciones de intercambio. Al igual que en el caso del derecho de propiedad, también aquí la compensación de los «fallos, deficiencias y fracasos del mercado» en favor de quienes ocupan las posiciones de poder más débiles (trabajadores, inquilinos, consumidores, etc.) es el objetivo declarado de las regulaciones. Las tipificaciones concernientes a casos y situaciones de protección de la confianza legítima, las autovinculaciones, las obligaciones de cumplimiento, etc., se entienden como normas de protección social. El derecho contractual así «materializado» no deja ya la cuestión de la «rectitud» del contenido del contrato a la ficción de una libre manifestación de voluntad en conexión con la libertad de concluir contratos. También el «derecho a concluir contratos se considera parte de un derecho general privado concerniente a compensaciones por ventajas y relaciones de dependencia, sistémicamente inducidas, derecho que, en lugar de confiar en la ficción de la igualdad de los sujetos que concluyen el contrato, hace accesibles las ventajas o desventajas estructurales que esos sujetos puedan tener en lo tocante a información, poder y competencia a un análisis empírico y a la correspondiente valoración jurídicamente reguladora»²⁸.

26. H. J. Papier, *Eigentums garantie des Grundgesetzes im Wandel*, Heidelberg, 1984, p. 27.

27. H. Bethge, «Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik»: *Der Staat* 24 (1985), p. 369.

28. D. Hart, «Soziale Steuerung durch Vertragsabschlusskontrolle»: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1986), pp. 240 s.

Los desarrollos jurídicos mencionados a título de ejemplos, e iniciados sobre todo por vía jurisprudencial, nos interesan en nuestro contexto a causa de las premisas subyacentes, las cuales delatan una distinta percepción e interpretación de procesos sociales. La vinculación o ligadura social del derecho de propiedad, que la propia ley establece, o la intervención judicial en el contenido del contrato y en la conclusión del contrato persiguen la meta de compensar las asimetrías en las posiciones económicas de poder²⁹. Este objetivo se justifica por el principio de iguales oportunidades en el ejercicio de las libertades jurídicas, justificación que tiene un doble frente, a saber, uno crítico, que consiste en la referencia al modelo social que se abandona (fracasos del mercado), y otro constructivo, que hace referencia a un modelo nuevo, precisamente al modelo ligado al Estado social y articulado él mismo conforme a las ideas a las que responde el Estado social. Esta nueva comprensión de fondo tiene dos componentes: por un lado, surge la imagen de una sociedad compuesta de ámbitos de acción funcionalmente especificados, que se vuelve cada vez más compleja y que empuja a los actores individuales a la posición marginal de «clientes» exponiéndolos a las contingencias de las operaciones de los subsistemas funcionales autonomizados; por otro lado, se mantiene en pie la expectativa de que esas contingencias puedan ser domadas normativamente utilizando poder administrativo, es decir, mediante las operaciones de control sistémico de un Estado social que actúe en términos preventivos o en términos reactivos.

Analizando el caso de la jurisprudencia americana sobre responsabilidad por daños, H. J. Steiner ha documentado convincentemente el cambio de paradigma que también puede observarse en Estados Unidos: «Lo que este cambio de la *common law* expresa no es un desplazamiento radical de las premisas políticas o jurídicas, sino más bien una tendencia en el pensamiento liberal por la que éste parece pasar de la visión e ideología de una sociedad más individualista que exigiese un marco facilitador por parte del Estado para el ejercicio de la actividad privada, a la visión e ideología de un Estado benefactor más planificador y redistributivo»³⁰. La siguiente tabla opone las dos combinaciones de rasgos con los que las responsabilidades por daños y perjuicios, resultantes de transacciones comerciales, se describían y, *por tanto*, se interpretaban antes, desde un punto de vista liberal, y se interpretan hoy, en la perspectiva de regulaciones propias del Estado social:

29. Cf. La interesante fundamentación que el Tribunal Constitucional da a su resolución del 7 de febrero 1990 (I BvR 26/84) sobre el recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo, *Juristenzeitung*, 1990, pp. 691 ss., en especial p. 692.

30. H. J. Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, p. 9; cf. J. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981, pp. 19 ss.

único	estadístico
individual, personal	categoría, impersonal
concreto, anecdótico	generalizado, depurado de detalles
ocasional, aleatorio	recurrente, sistémico
conducta aislada	parte de una actividad
impredecible (en lo particular)	predecible (en conjunto)
esperar y ver, fatalismo	manejable y controlable, planificación mediante seguros y regulación

Cuando se lee la tabla en el orden en que está escrita (es decir, desde la primera línea completa hasta la última), la diferencia de patrones de interpretación reflejada en cada línea se presenta como un cambio de perspectiva que un observador efectúe por vía de pasar de un nivel de descripción ligado a la acción a un nivel de descripción ligado al sistema: en la columna de la izquierda el punto de referencia lo constituye el actor individual en su entorno natural, es decir, en un entorno que cambia contingentemente; a ese actor, junto con la libertad subjetiva de acción, le es atribuida también la responsabilidad por las consecuencias de sus decisiones; en la columna de la derecha, los contextos de un sistema, estadísticamente descritos, constituyen el punto de referencia bajo el que las decisiones doblemente contingentes de las partes implicadas, junto con las consecuencias de esas decisiones, son consideradas como variable dependiente. En cambio, si se lee la tabla en sentido inverso (de abajo a arriba), la diferencia de patrones de interpretación se presenta como un desplazamiento de la perspectiva del actor: mientras que la sociedad, desde el punto de vista del modelo liberal, ligado al mercado, se presenta como resultado de fuerzas espontáneas y constituye algo así como una segunda naturaleza que escapa a la influencia de los actores individuales, desde el punto de vista del Estado controlador, regulador y socialmente configurador, pierde precisamente ese carácter cuasinatural. Tan pronto como los estados sistémicos empiezan a variar por encima de un determinado grado de «compatibilidad social», el Estado ha de autoatribuirse tales situaciones de crisis considerándolas consecuencia de un déficit de control o regulación.

El modelo del Estado social (es decir, del derecho ligado al Estado social) aparece en distintas versiones, según que se atribuya ingenuamente al Estado un mayor espacio de acción con posibilidades políticas de imponer su voluntad sobre una sociedad que estaría a disposición del Estado, o en términos más realistas se conciba al Estado como un sistema más entre otros que, dentro de un espacio de acción relativamente estrecho, ha de limitarse a impulsos reguladores o controladores de tipo indirecto. Pero mientras no se abandone la idea de que las funciones de control del Estado han de quedar

sujetas a la ligadura que representan los derechos individuales, es decir, mientras no se abandone esa idea en favor de las «pretensiones sistémicas», el modelo del Estado social cuenta en ambas lecturas con una competencia entre actores estatales y actores sometidos a la dominación del Estado que mutuamente se disputan sus respectivos ámbitos de acción. Las propiedades de actor que ese modelo atribuye a las instancias estatales ha de pagarlas, por así decir, al precio de la posición autónoma de los actores individuales. Ya se trate de un Estado activamente interviniente o de un Estado que se limite a observar y supervisar, todas las facultades que se le atribuyen para el ejercicio de sus funciones de control y regulación sociales, parece que hubiera que restárselas a la autonomía privada de individuos que se ven enredados en múltiples dependencias sistémicas. Desde este punto de vista entre los sujetos de acción estatales y los sujetos de acción privados se da un juego de suma cero: el aumento de competencias de los unos significa una pérdida de competencias de los otros. Conforme a las representaciones liberales, los sujetos de derecho privado, en el marco de una igual distribución de sus libertades de acción, sólo encontraron un límite en las contingencias de su situación social cuasinatural; pero ahora chocan con los procedimientos y métodos paternalistas de una voluntad política superior que, bien sea controlando, bien sea configurando ámbitos y situaciones, penetra en esa red de contingencias sociales con el fin de garantizar la igual distribución de libertades subjetivas de acción.

El paternalismo del Estado social ha suscitado la inquietante cuestión de si el nuevo paradigma es en realidad compatible con el principio de libertad jurídica. Esta cuestión se ha visto aún más agudizada por secuelas de la juridificación, de las que tienen la culpa las propiedades en modo alguno neutrales del poder administrativo como medio del que el Estado ha de servirse en sus intervenciones. Un Estado social que se cuida de la existencia de los individuos repartiéndoles oportunidades vitales, es decir, que con el derecho al trabajo, a la seguridad, a la salud, a la vivienda, a un mínimo de recursos, a la educación, al tiempo libre y a las bases naturales de la vida, empieza garantizando a cada cual la base material para una existencia humana digna, correría manifiestamente el peligro de mermar con esos sus penetrantes procedimientos y métodos precisamente la autonomía por mor de la cual se le ha encargado la función de cumplir los presupuestos fácticos que son menester para que los sujetos tengan igualdad de oportunidades a la hora de hacer uso de sus libertades negativas. Ésta es la razón por la que H. H. Rupp se vuelve contra esa comprensión de los derechos a recibir prestaciones sociales, es decir, contra esa comprensión de los «derechos sociales» como «derechos de participación» si se entiende este último término como «recibir uno su parte»: «Participación es lo contrario de un li-

bre "tener por cuenta propia", hace que la autodecisión individual, la autorrealización individual y la autorresponsabilidad individual se agoten en la participación meramente pasiva del sujeto en los platos ya cocinados del producto social general y restringe la "libertad" del sujeto al derecho a recoger la parte que le es atribuida y también a emplearla en el sentido de las instrucciones de uso. Esa interpretación en términos de "participación"... no tiene absolutamente nada que ver con el asegurar el surgimiento y despliegue de la libertad personal mediante el marco institucional que representan los derechos fundamentales³¹. Si bien es correcto que el Estado social no puede reducir su aseguramiento del surgimiento y despliegue de la autonomía privada a derechos concernientes a prestaciones estatales relativas a seguridad y asistencia social, también es cierto que nada se consigue con solemnes apelaciones retóricas a la «comprensión liberal-occidental de la libertad». Pues la fundada crítica a la comprensión que, en lo referente a teoría subyacente de la sociedad, el derecho formal liberal tuvo de sí, impide un retorno al paradigma liberal del derecho. Por otro lado, las debilidades del modelo del Estado social podrían tener su origen en que ese modelo permanece todavía demasiado ligado a esa crítica y, por tanto, al estrechamiento que en términos de derecho privado, imponen las premisas de las que, aunque criticándolas, todavía se sigue partiendo.

Pues ambos paradigmas comparten la *imagen productivista* de una sociedad centrada en una economía articulada en términos de capitalismo industrial, la cual economía funcionaría de modo que, conforme a la lectura liberal, daría satisfacción a la expectativa de justicia social precisamente a través de la persecución privada y autónoma de los intereses individuales, método mediante el cual, según la segunda lectura, es decir, conforme a la lectura ligada a la auto-comprensión del Estado social, esa expectativa de justicia social quedaría reducida a una nada. Ambos planteamientos quedan demasiado atendidos a las implicaciones normativas del funcionamiento social o del modo de funcionamiento de un *status* negativo protegido jurídicamente y, por tanto, a la cuestión de si basta con garantizar la autonomía privada mediante derechos de libertad, o de si el que se produzca la autonomía privada ha de quedar asegurado mediante el otorgamiento de derechos relativos a prestaciones sociales. En ambos casos se pierde de vista la interna conexión entre autonomía privada y autonomía ciudadana y, por tanto, el sentido democrático de la autoorganización de una comunidad jurídica. La disputa en que andan enzarzados los dos partidos se restringe a la determinación de los presupuestos fácticos del *status* de personas jurídicas en su papel

31. H. H. Rupp, «Vom Wandel der Grundrechte»: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1976, p. 180.

de destinatarios del orden jurídico. Pero éstos sólo son autónomos en la medida en que puedan entenderse a la vez como autores del derecho al que están sometidos como destinatarios.

Al fundamentar el «sistema de los derechos» vimos que la autonomía de los ciudadanos y la legitimidad del derecho *remiten* la una a la otra. En las condiciones de una comprensión postmetafísica del mundo sólo puede considerarse legítimo el derecho que surge de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de ciudadanos dotados de unos mismos derechos. Éstos sólo podrán a su vez poner adecuadamente en práctica la autonomía pública garantizada por los derechos de participación democrática, en la medida en que les venga garantizada su autonomía privada. Una autonomía privada asegurada sirve a «asegurar el surgimiento» de la autonomía pública, al igual que, a la inversa, la adecuada puesta en práctica de la autonomía pública sirve a «asegurar el surgimiento y despliegue de la privada». Esta conexión circular se manifiesta también en la génesis del derecho vigente. Pues el derecho legítimo sólo se reproduce en forma de una circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho, que ha de nutrirse de las comunicaciones que se producen en un espacio público-político no hipotecado por relaciones de poder y anclado en los ámbitos privados básicos del mundo de la vida a través de las instituciones de la sociedad civil. Con esta concepción de la sociedad la carga de las expectativas normativas se desplaza del nivel de las propiedades, competencias y espacios de acción de los *actores* al nivel de las formas de comunicación en las que se produce una interacción entre la formación informal, no institucionalizada, y la formación institucionalizada, de la opinión y la voluntad políticas. En vez del juego de suma cero entre los espacios de iniciativa de los sujetos de acción privados y los sujetos de acción estatales aparecen las formas de comunicación más o menos incólumes de las esferas privadas y públicas del mundo de la vida, por un lado, y del sistema político, por otro.

Esto no significa que se prescinda de las relaciones que el derecho dice a los actores. A diferencia de lo que acaece en ese anonimizador cambio de polo del derecho por el que los genuinos portadores de derecho quedan sustituidos por sucedáneos sistémicos, todos los derechos derivan en última instancia de ese «sistema de los derechos» que mutuamente se reconocerían sujetos jurídicos iguales y libres. La referencia a las relaciones de comunicación de las que surge el poder político, la referencia a formas de comunicación de las que depende la generación del derecho legítimo y a través de las que ese derecho legítimo se reproduce, esa referencia dirige la mirada hacia esas estructuras de reconocimiento recíproco que en forma abstracta, es decir, por medio del derecho legítimo, se extienden como una película que envolviese a la sociedad en conjunto. Un or-

den jurídico es legítimo en la medida en que asegura la cooriginaria autonomía privada y autonomía ciudadana de sus destinatarios; pero al propio tiempo *debe* su legitimidad a las formas de comunicación, sólo en las cuales puede esa autonomía expresarse y acreditarse. Ésta es la clave de una comprensión procedimentalista del derecho. Tras haberse revelado insuficiente la garantía que el derecho formal ofrece a la autonomía privada, y tras haberse visto que la regulación y control sociales por medio del derecho representa un riesgo para la autonomía privada que ese derecho tendría la función de restablecer, sólo puede ofrecernos una salida la tematización de la conexión entre formas de comunicación que garanticen simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública *en el propio punto de nacimiento o surgimiento de éstas*.

II

Pero hasta aquí el paradigma procedimental del derecho, que es el que habría de sacarnos del callejón sin salida del modelo del Estado social, sólo tiene todavía contornos muy confusos. Ese paradigma procedimental del derecho parte de las premisas de que (a) está cerrado el camino de vuelta que el neoliberalismo propugna bajo la tesis de un «retorno de la sociedad civil y de su derecho»³²; de que, sin embargo, (b) la consigna de «redescubrimiento del individuo» viene provocada por un tipo de juridificación ligada al Estado social que amenaza con convertir en lo contrario lo que es su objetivo declarado, a saber, el restablecimiento de la autonomía privada³³; y de que (c) el proyecto que es el Estado social ni simplemente hay que ratificarse en él, ni tampoco se lo puede interrumpir, sino que debe proseguirse en un plano superior de reflexión³⁴. La intención rectora sigue siendo la de domesticar el sistema económico capitalista, es decir, la de «reestructurarlo» social y ecológicamente por una vía por la que simultáneamente quepa «refrenar» el empleo de poder administrativo, es decir, quepa «entrenar» a éste desde puntos de vista de efectividad y eficacia en formas moderadas de regulación y control indirectos, así como reconectarlo retroalimentativamente con el poder comunicativo desde puntos de vista de legitimidad, inmunizándolo al propio tiempo contra el poder ilegítimo. Esta vía de realización del «sistema de los derechos» en las condiciones de

32. La conferencia de E. J. Mestmäcker publicada con este título apareció en el *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 177-184; cf. también E. J. Mestmäcker, «Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 273-288.

33. S. Simitis, «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen»: *Sinzheimer Cahiers* 2 (1991), pp. 7-42.

34. J. Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985, pp. 157 ss.

una sociedad compleja no podría caracterizarse suficientemente diciendo que el paradigma procedimental del derecho privilegia una determinada forma de derecho, a saber, el derecho reflexivo, al igual que el paradigma liberal y el paradigma ligado al Estado social privilegiaron sus respectivas formas de derecho, a saber, el derecho formal y el derecho «material»³⁵. La elección de la forma de derecho que convenga ha de permanecer referida, más bien, al sentido original del sistema de los derechos, es decir, a asegurar *uno actu* la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos por vía de que todo acto jurídico pueda entenderse a la vez como una contribución a la configuración política-autónoma de los derechos fundamentales, es decir, pueda entenderse como elemento de un proceso constituyente planteado a largo plazo. Trataré de precisar esta comprensión de fondo entrando en algunos dilemas que se plantean al derecho en el Estado social, primero desde la perspectiva de los derechos privados³⁶.

(1) Cuando se miran las cosas desde la perspectiva del derecho privado, ofréncense varias salidas para escapar al paternalismo del Estado social. Una de las corrientes de pensamiento dirige la atención sobre el aspecto de accionabilidad judicial de los derechos subjetivos. Parte de la constatación de que el derecho materializado, a causa de sus complejas referencias a situaciones sociales típicas, exige de las partes en conflicto un alto nivel de preparación y competencia³⁷. Los derechos sólo pueden volverse socialmente eficaces en la medida en que los afectados estén suficientemente informados y sean capaces de actualizar en los casos pertinentes la protección jurídica garantizada por los derechos fundamentales relativos a la administración de justicia. La capacidad y competencia de movilizar el derecho depende en general de la educación formal que uno ha recibido, de la procedencia social y de otras variables (como son el sexo, la edad, la experiencia procesal, el tipo de relación social afectada por el conflicto, etc.). Pero si esto vale para el derecho en general, tanto más altas resultarán entonces las barreras de acceso en el caso de querer servirse del derecho «materializado», el cual exige de los legos desmenuzar sus problemas cotidianos (de trabajo, de tiempo libre y consumo, de vivienda, de enfermedad, etc.) en construcciones jurídi-

35. G. Teubner, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Modern Law Review* 17 (1983), pp. 239 ss.; Id., «Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie*, Beiheft 54 (1990), pp. 140-161; pero sobre ello cf. también E. Rehbinder, «Reflexives Recht und Praxis»: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. XII (1988), pp. 109-129.

36. G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986.

37. Sobre el derecho de la responsabilidad civil cf. G. Brüggemeier, «Justizielle Schutzpolitik de lege lata», en G. Brüggemeier y D. Hart, *Soziales Schuldrecht*, Bremen, 1987, pp. 7-41.

cas muy específicas, que abstraen de los contextos de experiencia del mundo de la vida. De ahí la exigencia de una política de protección jurídica de tipo compensatorio que refuerce el conocimiento jurídico, la capacidad de percibir, articular y hacerse representar, la disponibilidad al conflicto y la capacidad de imponerse de clientes necesitados de protección. Allende medidas convencionales tales como seguros de protección jurídica, asunción de costes procesales, etc., el contrapoder que representan los intereses relacionados con el Estado social sólo podrá fomentarse en forma de una *colectivización de la imposición del derecho*. Ahora bien, el instrumento que representan las demandas hechas por asociaciones, por comunidades, así como el establecimiento de «defensores del pueblo», instancias arbitrales, etc., sólo podrían neutralizar la depotenciación de clientes abrumados por, y desorientados en, la selva que el derecho representa, si la protección jurídica del individuo por parte de colectivos no se limitase simplemente a descargar al individuo mediante una representación competente, sino que también lo *implicase* en la percepción, articulación, representación e imposición organizada de sus propios intereses. Si se quiere evitar que por esta vía se refuerce aún más el paternalismo del Estado social, el ciudadano afectado ha de poder considerar y experimentar la organización de la protección jurídica como un proceso político; es *él mismo* quien debe participar en la construcción del contrapoder y en la articulación de intereses sociales. Esta interpretación de la participación procedimental como cooperación en el proceso de realización del derecho establece una relación entre el *status* jurídico positivo revaluado en términos colectivos y el *status* activo del ciudadano, poniendo en conexión el uno con el otro. Este sentido democrático-procesal de la participación en los procedimientos, P. Häberle lo hizo extensivo con carácter general a la realización de los derechos a recibir prestaciones sociales. Häberle pone sus esperanzas en el desarrollo de un *status activus processualis*³⁸. Aun cuando no sea lícito exigir demasiado del derecho procesal en términos de una teoría de equivalentes de la democracia, esta propuesta de corrección de la teoría de los *status* jurídicos de Jellinek nos recuerda la conexión interna que se da entre autonomía privada y autonomía pública.

La escuela que parte de las propuestas de R. Wiethölter³⁹ trata de neutralizar de otro modo las mermas en el *status* negativo de libertad que se siguen del empleo del derecho «materializado» para los fines de regulación y control típicos del Estado social. De nuevo son la

38. P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Frankfurt a. M., 1978.

39. R. Wiethölter, «Proceduralization of the Category of Law», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought*, Baden-Baden, 1989, pp. 501-510; Ch. Joerges, *Politische Rechtslehre and Critical Legal Studies*, *ibid.*, pp. 597-644; también: G. Brügge-meier, «Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung»: *Rechtstheorie* 8 (1982), pp. 60-73.

organización y el procedimiento los que habrían de reforzar el *status* jurídico positivo del individuo, pero esta vez no por vía de un accionamiento colectivo del derecho, sino mediante formas de *formación cooperativa de la voluntad*. El legislador ha de poner a punto para la constitucionalización interna de ámbitos de acción procedimientos y formas de organización que capaciten a los participantes para resolver sus asuntos y conflictos por su propia cuenta conforme al modelo de mecanismos de autoorganización y de instancias arbitrales. De este modo la autonomía privada del individuo quedaría complementada o sustituida por la *autonomía social de participantes en procedimientos*. Desde esta perspectiva E. Schmidt constata ya un «recubrimiento» del derecho «materializado» por el derecho «procedimental»: «Si la época de florecimiento de la autonomía privada podemos ponerla en relación con las necesidades de desarrollo y despliegue de una burguesía que todavía confiaba en las fuerzas de regulación que la libre competencia económica sería capaz de poner en marcha; y si los deseos que le siguieron de proceder a una fijación material de los actos de distribución brotaron en lo esencial de la tentativa de administrar los intereses de los excluidos por ese modelo, actuando, por así decir, la administración pública de portavoz de ellos; hoy nos encontramos en una situación que cada vez se caracteriza menos por acerbos antagonismos de clase, y en la que, en vez de eso, se hace notar un continuo aumento de la dependencia recíproca de los distintos grupos y estratos sociales». La creciente interdependencia de los sistemas de acción parece ir acompañada de un «aumento de la capacidad de articulación por parte de los implicados»: «Pero esta capacidad, y esto es lo básicamente nuevo, no se desarrolla en términos individuales sino en términos solidarios. Para el ámbito de la producción baste la referencia al movimiento sindical. En este campo, y a ello estamos acostumbrados hace ya mucho tiempo, los niveles determinantes de protección y renta, ni se establecen individualmente, ni tampoco vienen regulados por el Estado... El que en términos de convenio colectivo pueda establecerse incluso derecho coercitivamente vigente es un buen ejemplo de la primacía que en este campo ha conseguido la autonomía social frente a la determinación desde fuera por parte del Estado»⁴⁰.

Sin embargo, con el concepto de «autonomía social», al igual que con el concepto de «*status* procesal activo», la autonomía privada y la autonomía pública quedan reducidas demasiado de prisa a un común denominador. La autonomía en el establecimiento de convenios colectivos es, ciertamente, un buen ejemplo de la estructuración jurídica interna de un sistema de acción no estatal especializado en la

40. E. Schmidt, «Von der Privat- zur Sozialautonomie»: *Juristenzeitung* 35 (1980), p. 158.

solución de conflictos; y el ejemplo demuestra también cómo el *status* jurídico positivo de miembros de una asociación puede ser dotado de derechos cuasipolíticos de participación y asimilado al *status* activo de ciudadano. Pero esa misma autonomía en el establecimiento de convenios colectivos, suministra, por otra parte, ejemplos de cómo la autodeterminación individual queda socavada por competencias de regulación colectivamente autónomas. La disponibilidad del legislador a transferir a las partes que intervienen en la firma de convenios colectivos facultades por las que esas partes pueden producir derecho vigente, y a limitarse a tareas complementarias, no significa *sin más* para el trabajador individual un aumento de autonomía. S. Simitis, recurriendo al caso de los límites de edad rígidamente fijados para cada uno de ambos sexos, a las normas de protección del trabajo de las mujeres, a las regulaciones del trabajo a tiempo parcial y a la protección de los datos empresariales, a las disposiciones relativas a seguridad en el trabajo y en general a la configuración jurídica de lo que suele entenderse por «situación laboral normal», ha demostrado que los instrumentos que representan los pactos de empresa concordados y los convenios colectivos, al igual que lo que sucede con el derecho laboral establecido por el legislador político, consiguen la pacificación de las demandas sociales a costa de fuertes esquematizaciones y terminantes directrices comportamentales. Estas «regulaciones» pueden tener el efecto de «normalizaciones» restrictivas de la libertad. Restringen, por ejemplo, de forma no admisible, la configuración privada y autónoma de la existencia de los propios beneficiarios de ellas en la medida en que operan una fijación de los roles tradicionales en lugar de implicar a los afectados mismos en la interpretación, en la diferenciación o en la transformación de ellos: «La ley y el convenio colectivo no establecen puentes para la autodeterminación del trabajador, sino que, por el contrario, por mor de una mejor protección del trabajador individual, institucionalizan la determinación desde fuera. Mientras la ley y el convenio colectivo no entiendan efectivamente al trabajador como individuo, sino como parte de un colectivo, no pueden cumplir su tarea de hacer valer exigencias, demandas y requisitos que neutralicen las consecuencias que la dependencia en el puesto de trabajo comporta. Y la consecuencia es que: la ley y el convenio colectivo inducen una *colonización del comportamiento del trabajador*, que al principio apenas se percibe, pero que se difunde y consolida cada vez más»⁴¹. La estructuración jurídica interna de la relación laboral no represen-

41. S. Simitis, «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen» *Sinzheimer Cahiers* 2 (1991), p. 11 (el subrayado es mío); cf. también Id., «Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen», en F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, pp. 73-166.

ta sin más *per se* un aumento de la autonomía: «Lo mismo si se trata de determinaciones legales que de determinaciones establecidas por los convenios colectivos, en ambos casos se eliminan los ajustes individuales quedando sustituidos por una regulación que no se orienta por las expectativas del trabajador concreto, sino por la situación de un grupo específico de trabajadores, si no por el conjunto de los trabajadores en general»⁴².

Naturalmente, Simitis no pretende convertirse con estas afirmaciones en abogado de un neocontractualismo nostálgico del pasado; pues las causas que condujeron a las regulaciones estatales no desaparecen en absoluto con la desregulación⁴³. Pero estos y otros análisis llaman la atención sobre problemas concernientes a equiparación e igualdad de trato que *per se* no quedan resueltos por una imposición efectiva de los derechos procedimentales vigentes o por la introducción de nuevos derechos procedimentales. La relación correcta entre igualdad fáctica e igualdad jurídica no puede determinarse atendiendo solamente a derechos privados subjetivos. Bajo la premisa de la cooriginalidad de la autonomía privada y la autonomía pública esa relación sólo puede ser determinada *en última instancia* por los ciudadanos mismos.

(2) La teoría discursiva del derecho explica la legitimidad del derecho con ayuda de procedimientos y presupuestos comunicativos —institucionalizados a su vez jurídicamente— que fundan la presunción de que los procesos de producción del derecho y aplicación del derecho conducen a resultados racionales. En lo que a contenido se refiere, las normas dictadas por el legislador político y los derechos reconocidos por la administración de justicia acreditan su «racionalidad» en que los destinatarios son tratados como miembros iguales y libres de la comunidad de sujetos jurídicos, en una palabra, en el trato igual de las personas jurídicas protegidas a la vez en su integridad. Jurídicamente esta consecuencia se expresa en el mandato de trato igual. Este mandato incluye la igualdad en la aplicación del derecho, es decir, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero es también sinónimo de un principio de más alcance, a saber, del principio de la igualdad jurídico-material según el cual lo igual en todos los aspectos relevantes ha de ser tratado de forma igual y lo desigual de forma desigual. Pero lo que en cada caso sean *aspectos relevantes* es algo que

42. S. Simitis, «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen», p. 10.

43. S. Simitis, «Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?», en J. Rüsen et al., *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt a. M., 1988, p. 177: «La intervención no fue un producto arbitrario o casual y, por tanto, no se le puede dar sin más marcha atrás». Cf. también I. Maus, «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en G. Göhler (ed.), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Opladen, 1987, pp. 132-172.

es menester razonar. Alexy interpreta, por tanto, el principio de igualdad en el sentido de una regla relativa a cargas de la argumentación (para los discursos de fundamentación y de aplicación)⁴⁴. Las razones, o bien son ellas mismas de tipo normativo, o bien se apoyan en razones normativas. Son buenas razones o son razones «a tener en cuenta» cuando «resultan de peso» en condiciones de «discurso» y acaban siendo racionales aceptables para el público de los ciudadanos como autores del orden jurídico. El derecho legítimo cierra el círculo entre la autonomía privada de sus destinatarios, que son objeto de un trato igual, por un lado, y, por otro lado, la autonomía pública de los ciudadanos que, en tanto que autores del orden jurídico, dotados de unos mismos derechos, tienen que ponerse (o tienen que acabar poniéndose) de acuerdo acerca de los criterios de trato igual.

Estos criterios no son en modo alguno indiferentes frente al trazado de límites entre los espacios de autonomía privada y autonomía pública. La disputa histórica entre el paradigma jurídico liberal y el paradigma jurídico ligado al Estado social puede también entenderse como una disputa sobre este trazado de límites y, por tanto, sobre los correspondientes criterios de trato igual. Pues bien, la disputa, al tornarse reflexiva, rompe y pone fin al predominio cuasinatURAL de uno u otro paradigma. De ahí que será caso por caso como habrá que decidir si, y en qué aspectos, para la equiparación jurídica de los ciudadanos (a fin de que éstos sean de verdad autónomos tanto en términos privados como en términos públicos), es menester una equiparación e igualdad fácticas. El paradigma procedimental del derecho acentúa normativamente precisamente esta doble referencia de la relación entre igualdad jurídica e igualdad fáctica a la autonomía privada y a la autonomía pública, subrayando todos los ámbitos en los que habrá de dirimirse la disputa política acerca de los criterios, siempre básicamente controvertibles, concernientes a igual trato, si es que la circulación del poder del sistema político ha de seguir la dirección de una regulación efectuada en términos de Estado de derecho.

La crítica que desde el Estado social se efectúa del derecho formal burgués dirige la atención hacia la dialéctica entre la libertad jurídica y la libertad fáctica de los destinatarios del derecho, es decir, en primera línea hacia el reconocimiento e imposición de derechos fundamentales de tipo social. La equiparación fáctica se mide por consecuencias sociales observables que las regulaciones jurídicas tienen para los afectados, mientras que la igualdad jurídica se refiere a la competencia de éstos para decidir libremente en el mar-

44. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 395, 397: «Si no hay una razón suficiente para que esté permitido un trato desigual, entonces es obligatorio un trato igual», o dicho de otro modo: «Si hay una razón suficiente para que sea obligatorio un trato desigual, entonces es obligatorio un trato desigual».

co de las leyes conforme a sus propias preferencias. El principio de libertad jurídica genera desigualdades fácticas, pues no sólo permite el uso diferencial que los distintos sujetos hacen de los mismos derechos, sino que también lo posibilita; pues es así como cumple los presupuestos subjetivo-jurídicos para una configuración de la propia existencia en el marco de una autonomía privada. Por este lado la igualdad jurídica no puede coincidir con una igualdad o equiparación fácticas. Por otro lado, repugnan al mandato de igual trato jurídico aquellas desigualdades fácticas que discriminan a determinadas personas o grupos al mermarles de hecho las oportunidades de hacer uso de libertades subjetivas de acción, que jurídicamente están distribuidas de forma igual. En cuanto que las compensaciones y prestaciones del Estado social son las que empiezan estableciendo la igualdad de oportunidades para poder hacer un uso de las facultades de acción jurídicamente garantizadas, que quepa considerar igual, tal compensación de circunstancias vitales y posiciones de poder fácticamente desiguales sirven a la realización de la igualdad jurídica. Por este lado, la dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica se convierte en un motor de la evolución jurídica, contra el que normativamente no cabe formular reserva alguna.

Pero esta relación se convierte en un *dilema* cuando las regulaciones del Estado social, que desde el punto de vista de la igualdad jurídica tienen por fin asegurar una igualdad fáctica de circunstancias vitales y posiciones de poder, sólo pueden conseguir esa meta en condiciones o con medios que a la vez *restringen* sensiblemente a los presuntos beneficiarios los espacios que esas regulaciones pretenden asegurar para una configuración de la propia existencia en términos de autonomía privada. Simitis, recurriendo a los mencionados ejemplos, ha iluminado el punto crítico «a partir del cual el posible aumento de facultades materiales de acción se convierte en una nueva dependencia»⁴⁵. Ya sea que regulaciones de derecho labo-

45. S. Simitis, «Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?», p. 193; cf. también las evoluciones del derecho de familia, que el autor trata en ese artículo y que le llevan a la conclusión de que: «Del reconocimiento de la individualidad de todos los miembros de la familia, así como de la autonomía de sus intereses, no se sigue en modo alguno la necesidad de desarrollar un sistema detallado de intervención, pensado para la realización de una idea educativa precisa y que en este sentido hubiera que reconfigurar constantemente... Toda regulación jurídica ha de orientarse más bien por el significado que la interacción en el seno de la familia tiene para el desarrollo de los miembros de ésta, y tomar, por tanto, como punto de partida propiamente dicho la dinámica familiar... El abandono de la idea de que la familia sea un todo armónico... en modo alguno funda obligatoriamente la competencia de instancias extrañas a la familia para tomar decisiones de contenido. La intervención en esas familias no puede de entrada introducir ningún cambio en el derecho y obligación que tienen los miembros de la familia de llegar ellos mismos a una solución acerca de cómo quieren configurar sus relaciones mutuas... El intento de (por mor de su propia autonomía) proteger a los afectados de hipotecas que amenazan la comunicación, si es que no la hacen ya imposible, no debe conducir a exponerlos a más influencias externas todavía que hasta ahora en lo que respecta a la dirección de sus vidas» (*ibid.*, p. 184).

ral o de derecho de familia impongan a los trabajadores o a los miembros de la familia el tener que orientar su comportamiento por una relación «normal» de trabajo o por patrones de socialización que se consideran los ejemplares y normales; ya sea que los beneficiarios hayan de pagar las compensaciones que reciben con una dependencia respecto de intervenciones normalizadoras de las instancias estatales encargadas de asuntos laborales, de asuntos de la juventud, de asuntos sociales, o del problema de la vivienda, o respecto de decisiones judiciales que intervengan en el contenido de sus vidas; ya sea que la protección jurídica de tipo colectivo, la libertad de coalición, etc., sólo garanticen una efectiva representación de intereses a costa de la libertad de decisión de los miembros de la organización, los cuales se ven condenados a una obediencia y *adaptación pasivas*, en todos estos casos críticos se trata del mismo fenómeno: el cumplimiento de los presupuestos fácticos para una realización de libertades subjetivas de acción, que quepa suponer dotada de igualdad de oportunidades, cambia las circunstancias vitales y las posiciones de poder de modo que la compensación de desventajas queda asociada con un tipo de tutelas, a causa de las cuales lo que en origen pretende ser una *autorización* para hacer uso de la libertad queda convertido en un *tratamiento de tipo asistencial*.

El derecho materializado en términos de Estado social, como se muestra en la juridificación del campo de lo social⁴⁶, viene caracterizado por una ambivalencia de aseguramiento de la libertad y sustracción de la libertad, que resulta de la dialéctica entre libertad jurídica y libertad fáctica y que, por tanto, surge de la propia estructura de ese proceso de juridificación. Pero sería apresurado describir esa estructura misma como *dilemática*⁴⁷. Pues los criterios en virtud de los cuales puede identificarse el punto en que la actuación facultadora, es decir, la actuación garantizadora de libertades, se convierte en una actuación de tipo tutelar y social-asistencial, son, ciertamente, de tipo contextual y controvertible, pero no arbitrarios.

En esos criterios se expresa una clara intuición normativa que, sin embargo, se interpreta de modo distinto en las distintas culturas políticas y en lo que respecta a situaciones sociales cambiantes. Conforme a la lectura que en términos de teoría del discurso hemos hecho del sistema de los derechos, el derecho positivo, al depender de

46. H. F. Zacher, «Verrechtlichung im Bereich des Sozialen», en F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, pp. 14-72.

47. Como se hace, por ejemplo, en Habermas (*Teoría de la acción comunicativa* II, pp. 508 ss.); no es sostenible la distinción propuesta en relación con ello entre el derecho como institución y el derecho como medio, la cual opone las normas jurídicas de carácter sociointegrativo a las formas jurídicas de que se revisten las operaciones de regulación política. Cf. sobre ello K. Tuori, «Discourse Ethics and the Legitimacy of Law: *Ratio Juris* 2 (1989), pp. 125-143.

las resoluciones de un legislador, tiene que escindir la autonomía de las personas jurídicas en una relación de complementariedad entre la autonomía privada y la autonomía pública, a fin de que los destinatarios del derecho establecido puedan entenderse simultáneamente como autores de la producción del derecho. Ambas son elementos esencialmente incompletos, que remiten cada una de ellas a su respectivo complemento. Con esta relación de mutua remisión y dependencia viene dado un criterio intuitivo conforme al que puede juzgarse si una regulación favorece la autonomía o la merma. Conforme a este criterio los ciudadanos, con el fin de ejercitar su autonomía pública, tienen que trazar los límites de la autonomía privada de suerte que ésta cualifique suficientemente a las personas privadas para ejercer su papel de ciudadanos. Pues la red de comunicación en que consiste ese espacio público formado por personas privadas situadas en los distintos contextos de la sociedad civil depende de los aportes espontáneos de un mundo de la vida que permanezca intacto en sus ámbitos nucleares privados. La intuición normativa de que la autonomía privada y la autonomía pública se presuponen mutuamente, informa la disputa pública acerca de los criterios que han de seguirse para establecer los presupuestos fácticos que en cada caso sean menester para la igualdad jurídica. Conforme a estos criterios se mide también cuándo una regulación opera como una discriminación que el derecho formal consagra o como una práctica paternalista del Estado social. Un programa jurídico resulta discriminatorio cuando es insensible a las secuelas restrictivas de la libertad que tienen las desigualdades fácticas, y paternalista cuando resulta insensible a las secuelas restrictivas de la libertad que tiene la propia compensación practicada por el Estado social.

El otorgamiento de derechos a entablar demandas relativas a prestaciones en el sentido de seguridad social (y también de protección frente a peligros ecológicos y frente a riesgos generados por la tecnología) sólo puede ser objeto de una fundamentación relativa; pues tal otorgamiento ha de hacer referencia a la necesidad de garantizar la autodeterminación individual como condición necesaria de la autodeterminación política. En este sentido U. Preuss justifica los derechos a recibir las prestaciones del Estado social como el medio de asegurar el *status* autónomo de ciudadano: «El punto de partida irrebalsable en cuanto a cualificación y competencia del ciudadano es (hoy) el de la igual libertad de todo ciudadano, con independencia de sus muy diferentes dotes naturales, facultades y capacidades... No sólo cada individuo está interesado en ello..., sino que la sociedad democrática depende en conjunto de que las decisiones tomadas a través de los ciudadanos tengan calidad, cualquiera sea la forma como se defina a ésta. Por tanto, está también interesada en la buena calidad de los ciudadanos mismos: en su información, en su

capacidad de reflexión, en su capacidad y disponibilidad para tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones políticamente relevantes, en su voluntad de formular e imponer sus propios intereses teniendo en cuenta tanto los intereses de sus conciudadanos, como los intereses de las generaciones futuras, en una palabra: en su "competencia comunicativa"... La desigual distribución de bienes y oportunidades vitales disminuye la calidad de los rasgos definitorios de la bondad ciudadana y, por tanto, como consecuencia final, también la racionalidad alcanzable en las decisiones colectivas. Una política de compensación de la desigual distribución de los bienes disponibles en una sociedad puede justificarse por tanto como "una política de cualificación del ciudadano"⁴⁸. Pero una interpretación de este tipo no debería conducir a una funcionalización de *todos* los derechos fundamentales con vistas al proceso democrático⁴⁹.

(3) El paradigma del derecho ligado al Estado social se orienta exclusivamente por el problema de la justa distribución de las oportunidades vitales socialmente producidas. Al reducir la justicia a justicia *distributiva*, yerra el sentido de «garantía de la libertad» que tienen los derechos legítimos: pues el sistema de los derechos no hace sino deletrear lo que aquellos que participan en la práctica de la autoorganización de una comunidad de sujetos jurídicos iguales y libres, implícitamente tienen que presuponer siempre ya. La idea de una sociedad justa lleva aparejada la promesa de emancipación y dignidad humana. El aspecto distributivo de la equiparación jurídica y del igual trato jurídico, es decir, la justa distribución de las compensaciones sociales, no es sino resultado del sentido universalista de un derecho que tiene por fin garantizar la libertad e integridad de cada uno. En una comunidad jurídica nadie es libre mientras la libertad de unos haya de pagarse al precio de la opresión de los otros. La igual distribución de los derechos sólo puede ser consecuencia de la reciprocidad del reconocimiento de todos como miembros iguales y libres. Bajo este aspecto de igual respeto los sujetos no tienen más remedio que demandar iguales derechos. El error que (complementariamente al del paradigma ligado al Estado social) comete el paradigma liberal del derecho consiste en reducir la justicia a una igual distribución de derechos, es decir, en asimilar los derechos a bienes que pueden repartirse y poseerse. Los derechos

48. U. Preuss, «Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates», en Ch. Sachße et al. (eds.), *Sicherheit und Freiheit*, Frankfurt a. M., 1990, pp. 125 s.

49. E. Böckenförde caracteriza tal «teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales» con la afirmación: «Su sentido y su importancia de principio los derechos fundamentales la obtienen de su carácter de factores constitutivos de un proceso libre... de formación democrática de la voluntad» (E. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a. M., 1976, p. 235).

tampoco son bienes colectivos que se consumen en común; los derechos sólo pueden «gozarse» *ejercitándolos*. Ahora bien, la autodeterminación individual se constituye en el ejercicio de derechos que se deriven de normas *legítimamente producidas*. De ahí que la igual distribución de derechos subjetivos no pueda desligarse de esa autonomía pública que los ciudadanos sólo pueden ejercitar en común, participando en la práctica de producción legislativa.

Las cegueras complementarias del paradigma liberal del derecho y del paradigma jurídico ligado al Estado social derivan de un error común, a saber, del error consistente en malentender la constitución jurídica de la libertad como «distribución» y de asimilarla al modelo de la igual distribución de bienes adquiridos o de bienes asignados. Iris M. Young ha criticado convincentemente este error: «Pero, ¿qué significa distribuir un derecho? Uno puede hablar de tener un derecho a una participación distributiva en cosas materiales, recursos, o ingresos. Pero en tal caso lo que se distribuye es el bien, no el derecho... No tiene mucho sentido concebir los derechos como posesiones. Los derechos son relaciones, no cosas; son reglas institucionalmente definidas que especifican qué es lo que una persona puede hacer en su relación con la otra. Los derechos se refieren más al *hacer* que al *tener*, a relaciones sociales que posibilitan o restringen la acción»⁵⁰. Injusticia significa primariamente coartación de la libertad y vulneración de la dignidad humana. Pero puede manifestarse en que deja a quien la sufre en una situación de desventaja en la que el «oprimido» y «sometido» se ve privado de lo que le capacitaría para ejercer su autonomía privada y su autonomía pública: «La justicia debería referirse no solamente a la distribución, sino también a las condiciones institucionales necesarias para el desarrollo y ejercicio de las capacidades individuales y de la comunicación y cooperación colectivas. Bajo esta concepción de la justicia, la injusticia se refiere primariamente a dos formas de constricciones inhabilitadoras, a saber, a la opresión y a la dominación. Aun cuando estas constricciones incluyen patrones de distribución, también es verdad que incluyen materias que no pueden fácilmente asimilarse a la lógica de la distribución como son: procedimientos de toma de decisiones, división del trabajo y cultura»⁵¹.

No es casual que esta crítica esté en conexión con una *teoría feminista del derecho*, que se despidió del paradigma jurídico del Estado social. Pues la discusión feminista desarrollada sobre todo en Estados Unidos, se ocupa de evoluciones jurídicas en las que la dialéctica entre igualdad fáctica e igualdad jurídica se agudiza de forma interesante. Los problemas de trato igual del hombre y la mujer obli-

50. I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990, p. 25.

51. *Ibid.*, p. 39.

gan a percibirse del hecho de que la apetecida efectiva igualdad de derecho no puede entenderse solamente como tratos de favor otorgados por el Estado social en el sentido de una justa distribución de bienes sociales. Los derechos que fueren, sólo pueden facultar a las mujeres para configurar sus propias vidas en el marco de una autonomía privada en la medida en que simultáneamente posibiliten una participación dotada de unos mismos derechos en la práctica de la autodeterminación ciudadana, puesto que sólo las afectadas mismas pueden clarificar en cada caso cuáles son los aspectos relevantes de igualdad y desigualdad. El feminismo insiste en el sentido emancipador de un trato jurídico igual porque se endereza contra estructuras de dependencia que el «paradigma distributivo» del Estado social no hace sino ocultar: «La dominación consiste en condiciones institucionales que impiden a las personas (o las desaniman de) participar en la determinación de sus acciones o en las condiciones de sus acciones. La sociedad del capitalismo del bienestar crea específicamente nuevas formas de dominación. Crecientemente, las actividades del trabajo y la vida de cada día quedan bajo control burocrático racionalizado, sometiendo a las personas en múltiples áreas de la existencia a la disciplina de autoridades y expertos»⁵². Mientras no se superen las dependencias colonizadoras, la política de «discriminación positiva», por bien intencionada que sea, conduce en una falsa dirección; pues reprime las voces de quienes serían las únicas que podrían decir qué es lo que en cada caso pueden contar como razones relevantes en lo que respecta a trato igual o trato desigual⁵³.

Partiré de la «Carta feminista» que en 1977 votaron en Houston, Texas, 2.000 delegadas de diversa procedencia social, étnica y regional. Cuando se considera este catálogo de exigencias⁵⁴ desde puntos de vista de la teoría del derecho, se reconocen las capas históricas de las demandas del movimiento feminista que aún *siguen sin recibir* satisfacción. Las exigencias *liberales* se refieren, por un lado, a una mayor inclusión de las mujeres en los sistemas sociales de acción (abolición de todas las discriminaciones de género en la educación y el empleo; mayor representación de las mujeres en los cargos públicos de tipo electivo o por nombramiento) y, por otro, al

52. *Ibid.*, p. 76.

53. Frente a los planteamientos articulados en términos de teoría de la distribución, el planteamiento de la teoría feminista del derecho, al venir articulado en términos de teoría del poder, tiene la ventaja de subrayar como núcleo normativo del sistema de los derechos el sentido emancipatorio que tiene la igualdad de derechos y la autonomía tanto del particular como de todos los miembros de la comunidad jurídica. Ciertamente, a veces sucumbe a la tendencia de convertir los sexos en unidades monolíticas al igual que antaño el marxismo ortodoxo convertía las clases sociales en macrosujetos. No del todo libre de esta tendencia se halla la, por lo demás instructiva, investigación de C. A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., 1989.

54. D. I. Rhode, *Justice and Gender*, Cambridge, Mass., 1989, pp. 61 s.

cumplimiento de los derechos fundamentales en ámbitos sociales que en un nuevo sentido pueden considerarse como esfera de «particulares relaciones de poder o violencia» (apoyo gubernamental a las mujeres maltratadas; revisión del derecho penal y del derecho de familia en lo concerniente a apoyo marital) o al cumplimiento de los derechos fundamentales en lo que respecta a nuevas materias (libertad en la reproducción, pornografía, actividad homosexual consensual, etc.). Junto a esto están las exigencias de prestaciones del Estado social (un adecuado nivel de vida para todos los individuos, incluyendo transferencias de ingresos, rotuladas como salarios y no como asistencia, a amas de casa indigentes con hijos que dependen de ellas; servicios de atención a la infancia, mantenidos con fondos federales y accesibles a las familias de todos los niveles de ingresos, con la adecuada oportunidad para la implicación en ellos de los padres). La segunda mitad de las dos últimas frases puede entenderse ya como consecuencia de los desengaños a que ha dado lugar la imposición de esas exigencias por vía de Estado social. Una *actitud reflexiva* frente a los éxitos de las reformas feministas se expresa también en exigencias tales como: pleno empleo, pero con oportunidades de horarios flexibles o a tiempo parcial. La simultaneidad de lo asimilado que se revela en esta agenda de la época de la lucha política por un *Equal Rights Amendment*, permite entrever el proceso de aprendizaje de casi dos siglos. En este proceso de aprendizaje se refleja un cambio típico en la comprensión paradigmática del derecho.

Por igualdad de la mujer o por igual *status* de las mujeres, el feminismo clásico enraizado en el siglo XIX, entendía sobre todo la posibilidad de acceder con igualdad de derechos a las instituciones existentes del sistema educativo y del sistema de ocupaciones, a los cargos públicos, a los parlamentos, etc. La retórica de la realización e imposición de los derechos formales se enderezaba a establecer la mayor separación posible entre adquisición de *status* e identidad sexual y a garantizar la igualdad de oportunidades (neutral en lo concerniente a resultado) en la competencia por títulos académicos, puestos de trabajo, ingresos, prestigio social, influencia y poder político. La política feminista liberal tenía como objetivo la inclusión de las mujeres en una sociedad que hasta ese momento les había negado la justa posibilidad de competir. Con la superación del acceso diferencial a los ámbitos relevantes la diferencia entre los sexos acabaría perdiendo toda relevancia social. Los enemigos de este feminismo liberal insistían en la no-neutralización del destino «natural», es decir, del papel tradicional de la mujer (burguesa) que conforme a las ideas (completamente modernas) de una división patriarcal del trabajo había de quedar ligada a la esfera privada de la vida doméstica. Ambas partes se acusaban mutuamente, o de «culto

a lo doméstico», o de «manía por la autorrealización»⁵⁵. Pero en la medida en que después, en importantes ámbitos sociales, se impuso la equiparación formal de las mujeres, se hizo notar también aquí la dialéctica de igualdad jurídica e igualdad fáctica, conduciendo a regulaciones especiales sobre todo en el derecho social, el derecho laboral y el derecho de familia. Son bien significativas a este respecto las normas de protección que se refieren a embarazo y maternidad o a los derechos concernientes a la tutela de los hijos en caso de separación, es decir, las normas de protección que tienen que ver con diferencias biológicas obvias, relacionadas con la función de reproducción. Lo mismo cabe decir para las regulaciones especiales en el derecho penal de tipo sexual. En estos ámbitos la legislación feminista se atuvo a la programática del Estado social de fomentar la equiparación jurídica de las mujeres mediante compensación, bien de las desventajas naturales, bien de las desventajas sociales.

Desde fines de los años sesenta (en países como Estados Unidos o la República Federal de Alemania) se complicaron los frentes. Un movimiento feminista que cobró nueva vida dirige desde entonces la atención, no tanto hacia el grado en que las exigencias de iguales derechos, ya de tipo liberal, ya ligados al Estado social, siguen sin cumplirse, sino sobre todo hacia las *consecuencias ambivalentes* de los programas impuestos con éxito. El paternalismo del Estado social había cobrado en muchos aspectos un sentido literal. Pues en la medida en que la protección del embarazo y la maternidad no hacía sino elevar el riesgo de las mujeres en lo concerniente al puesto de trabajo; en la medida en que por lo general las normas de protección laboral de las mujeres no hacían sino reforzar su segregación del mercado laboral o la sobrerrepresentación de las mujeres en los grupos con salarios más bajos; en la medida en que un derecho de separación matrimonial liberalizado no hacía más que confrontar a las mujeres con las consecuencias negativas de la separación; en la medida en que a consecuencia de haberse pasado por alto las interdependencias entre las regulaciones de derecho social, derecho laboral y derecho de familia, las desventajas relacionadas con el sexo no hacían sino acumularse mediante mecanismos negativos de transmisión y conexión retroalimentativa, la «materialización» del derecho, que a lo que se dirigía era, ciertamente, a desmontar la discriminación de las mujeres, resultaba tener el efecto contrario.

Los datos estadísticos relativos a la «feminización de la pobreza» son alarmantes, y ello no sólo en Estados Unidos⁵⁶. Hoy las tenden-

55. Sobre la historia del feminismo en América cf. *ibid.*, I parte.

56. *Ibid.*, p. 126: «Estas desigualdades interrelacionadas, junto con los cambiantes patrones de matrimonio, empleo y fertilidad, han contribuido a una creciente feminización de la pobreza. Aun cuando las clasificaciones oficiales de la pobreza son un índice imperfecto de la necesidad efectiva, pueden medir posiciones relativas. Las mujeres de todas las

edades que nos resultan conocidas por los países occidentales, aceleradas y reforzadas por el tiempo, se repiten en los «ámbitos umbral» de la República Federal de Alemania, en donde son de nuevo las mujeres las que se ven mucho más afectadas que los hombres por las «pérdidas anejas a la modernización», es decir, por los aspectos negativos de las bruscas transformaciones efectuadas en el campo de lo social.

Desde un punto de vista jurídico una razón de esta discriminación reflexivamente generada estriba en las *clasificaciones sobregeneralizadoras* de las situaciones de desventaja y de los grupos de personas perjudicadas. Lo que se entiende redundaría en fomento de la equiparación de las mujeres en general, sólo conviene a menudo a una determinada categoría de mujeres (por lo demás ya privilegiadas) a costa de las demás, porque las desigualdades específicamente ligadas al sexo correlacionan de forma bien confusa y compleja con subprivilegios de otro tipo (origen social, edad, pertenencia étnica, orientación sexual, etc.). Un papel importante lo desempeña, empero, la circunstancia de que la producción legislativa y la administración de justicia se ven llevadas a «falsas» clasificaciones, no sólo porque resulten insensibles y ciegas para los distintos contextos, sino porque la percepción que tienen de los contextos *viene dirigida por una comprensión paradigmática del derecho* ya superada. Éste es el tema más o menos tácito que une a las distintas corrientes del feminismo radical desde los años setenta. Este feminismo protesta contra esa premisa de la que parten tanto las políticas de equiparación liberales como las políticas de equiparación ligadas al Estado social, a saber, contra el supuesto de que la igualdad de derecho de los géneros puede conseguirse dentro del marco institucional existente y dentro de una cultura definida y dominada por los hombres.

Toda regulación especial que tenga por fin compensar las desventajas de las mujeres en el mercado de trabajo, en el matrimonio o tras una separación, en lo que respecta a seguridad social, a asistencia sanitaria, a acoso sexual, a pornografía, etc., descansa en una interpretación de las diferencias de situaciones vitales y experiencias típicas de cada sexo. En la medida en que la producción legislativa y la administración de justicia se orientan en todas estas cuestiones por patrones de interpretación tradicionales, el derecho regulativo afianza los *estereotipos* vigentes *de identidad sexual*. Con los «efectos de normalización» que la producción legislativa y la administración de

edades tienen una doble probabilidad de ser pobres sobre los varones. Y para las mujeres solteras y con hijos esa probabilidad se multiplica por cinco. Dos tercios de todos los adultos indigentes son mujeres y dos tercios de los persistentemente pobres viven en hogares dirigidos por mujeres. El noventa por ciento de las familias en las que falta un cónyuge están dirigidas por mujeres. Y la mitad de esas familias se hallan bajo la línea de pobreza. Entre las minorías la situación es peor; las mujeres dirigen tres cuartas partes de todas las familias negras pobres y más de la mitad de todas las familias hispánicas en situación de pobreza».

justicia generan de este modo, se convierten ellas mismas en parte del problema que habrían de resolver: «En el nivel más básico los planteamientos tradicionales han fracasado en el intento de generar *definiciones* coherentes o convincentes de la *diferencia*. Con demasiada frecuencia el derecho moderno (concerniente a igual protección del hombre y la mujer) ha tratado como inherentes y esenciales diferencias que sólo son culturales y contingentes. Las características relativas a sexo, o han sido sobreevaluadas, o han sido subestimadas. En algunos casos, como son aquellos que implicaban restricciones ocupacionales, los tribunales han permitido que la biología dictara el destino. En otros contextos, como es el de las discriminaciones relacionadas con el embarazo, los tribunales han ignorado las especiales necesidades reproductivas de la mujer. La insistencia en si las clasificaciones puestas en duda reflejaban algunas diferencias existentes entre ambos sexos ha oscurecido las desventajas que se siguen de tales diferencias... Tenemos que insistir no tanto en un trato igual, como en que las mujeres sean tratadas como iguales. Tal estrategia exigirá cambios sustanciales en nuestros paradigmas jurídicos...»⁵⁷.

Un ejemplo extremo es la discusión de la cuestión de si, y en qué funciones, las mujeres han de hacer el servicio militar. En lo que la discusión se centra sobre todo es en implicaciones simbólicas de la exclusión de las mujeres del servicio militar, por ejemplo en la cuestión de si las mujeres pueden pretender en su papel de ciudadanas el mismo respeto que los hombres si quedan eximidas de una obligación que guarda una conexión central con ese papel (el de ciudadano). De manera aún más palmaria se plantea el problema del peso de los estereotipos sexuales en la fijación de las diferencias relevantes en el sistema de ocupaciones civiles. Mientras la «situación laboral normal» del varón dedicado a su trabajo en régimen de jornada completa se tome como medida y criterio a la hora de hacer frente a las «desviaciones» necesitadas de compensación, las mujeres se verán obligadas por estas regulaciones compensatorias a adaptarse a instituciones que *estructuralmente* las ponen en situación de desventaja: «Un marco teóricamente más satisfactorio para los litigios relativos a empleo no debería tomar como fijo ni el género, ni el tipo de puesto de trabajo. La cuestión no debería ser simplemente si las mujeres son o no "iguales que los hombres" con respecto a una ocupación dada. De más importancia es si esa ocupación puede ser redefinida para dar en ella acomodo a diferencias biológicas y de si el género, en tanto que constructo social, puede redefinirse para hacer que esas diferencias sean menos relevantes en lo tocante a empleo»⁵⁸. La coerción que las políticas de equiparación, tanto las

57. *Ibid.*, p. 81.

58. *Ibid.*, pp. 97 s.

liberales como las ligadas al Estado social, ejercen sobre las mujeres en el sentido de obligarlas a adaptarse, y ello tanto más cuanto mayor es el éxito con que esas políticas logran imponerse, puede hacerse derivar en última instancia de que las diferencias entre los sexos no se entienden como relaciones necesitadas de interpretación y susceptibles de interpretación entre dos magnitudes de referencia igualmente problemáticas, sino que se entienden como desviaciones respecto del prototipo de «situación normal», es decir, de situación considerada aproblemática, esto es, de situación cortada a la medida de los varones. Esos dos paradigmas, coincidentes en las premisas, conducen, empero, a consecuencias distintas. Mientras que el paradigma ligado al Estado social tiene en cuenta las desviaciones, sometiéndolas a regulaciones especiales y fijándolas así como tales, el modelo liberal de mercado tiende más bien a pasar por alto y a trivializar las desigualdades fácticas⁵⁹.

Hoy la discusión gira en torno a la definición adecuada de las diferencias dependientes del sexo. Aun cuando el «feminismo» de la relación no está a veces demasiado lejos de una «glorificación» de la «femenina Naturaleza» (la ironía del lenguaje parece darle así la razón), el cambio de temas (de la asimilación o equiparación a la diferencia) no significa *sin más* un retorno a las definiciones tradicionalistas de roles: «Desde su perspectiva, la desigualdad de géneros no deriva tanto de que se nieguen a la mujer oportunidades abiertas a los hombres, sino de la devaluación de funciones y cualidades asociadas con las mujeres»⁶⁰. Ciertamente la crítica feminista yerra su blanco propiamente dicho cuando, barruntando que el error radica en el propio *sameness/difference approach* como tal, es decir, en la dialéctica de igualdad jurídica e igualdad fáctica que el mandamiento de trato igual pone en marcha, junto con la comprensión paradigmática tradicional de los derechos, se despide también de la

59. Cf. C. A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., 1989, p. 219: «Hablando doctrinalmente, a las mujeres se les abren dos vías alternativas para la igualdad de los sexos dentro de la manera mayoritaria de considerar la discriminación sexual, vías que siguen las líneas de la tensión identidad/diferencia. La vía principal es: ser lo mismo que los hombres. Esta vía es la que se suele describir doctrinalmente como "neutralidad de género" y filosóficamente como "estándar único". El que esta regla se considere igualdad formal es un buen testimonio de cómo la sustancia se convierte en forma en el derecho... Para las mujeres que desean igualdad y que, sin embargo, se encuentran a sí mismas "diferentes", la doctrina proporciona una ruta alternativa: ser diferentes de los hombres. Este reconocimiento igual de la diferencia lleva jurídicamente el nombre de regla de beneficio especial o de especial protección, y filosóficamente el nombre de doble estándar. Pero huele un poco mal, pues recuerda aquellas leyes protectoras del trabajo femenino».

* Habermas juega aquí con el doble sentido de la expresión alemana *die weibliche Natur*, que podemos traducir por «la naturaleza femenina», es decir, la naturaleza de las mujeres, y la «femenina naturaleza», es decir, la Naturaleza que tiene nombre de mujer (*Nota del traductor*).

60. D. L. Rhode, *Justice and Gender*, p. 306.

idea de realización de los derechos en general⁶¹. Pues la teoría de los derechos no va necesariamente ligada a un recorte individualista del concepto de derecho⁶². Muy al contrario, cuando se parte de una concepción individualista del derecho, resulta bien fácil de reconocer cuál es la fuente real del error: los aspectos bajo los que las diferencias entre experiencias y situaciones vitales de (determinados grupos de) mujeres y varones se vuelven relevantes para una utilización de libertades subjetivas de acción, que quepa suponer dotada de unas mismas oportunidades, *han de empezar siendo aclarados en discusiones públicas*. Los estereotipos sexuales institucionalmente definidos no pueden suponerse como algo dado. Hoy estas construcciones sociales sólo cabe desarrollarlas ya de forma consciente; han menester de una articulación de puntos de vista que puedan guiar la comparación y de una fundamentación de los aspectos relevantes que ha de ser efectuada en discursos públicos *por los afectados mismos*. Apelando a la tradición pragmatista Martha Minow se atiene a la idea de derechos y de la dialéctica de libertad jurídica y libertad fáctica, una dialéctica que ha de dirimirse públicamente: «La interpretación de los derechos como rasgos de las relaciones interpersonales, dependientes de una negociación dentro de una comunidad comprometida con este modo de resolver sus problemas, liga el derecho no a alguna fuerza allende el control humano, sino a la responsabilidad humana por los patrones de relaciones intersubjetivas promovidos o impedidos por este proceso. De este modo la noción de derechos como instrumentos en la continuación del discurso comunal, ayuda a situar en los seres humanos la responsabilidad por la acción o inacción legales»⁶³.

La identidad sexual y la relación entre sexos son construcciones sociales que cristalizan en torno a diferencias biológicas, pero que varían históricamente. En la lucha por la equiparación de las mujeres y en el cambio de la comprensión paradigmática de los correspondientes programas jurídicos puede observarse que los derechos objetivos que han de garantizar también a las mujeres una configuración de sus propias vidas en el marco de una autonomía privada, en modo alguno pueden formularse de forma adecuada si antes no se han articulado y fundamentado de forma convincente los aspectos que en cada caso hayan de considerarse relevantes para decidir si

61. C. A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, caps. 12, 13; I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990, cap. 4; C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, London, 1989, pp. 138-159.

62. Contra la interpretación del discurso político en términos contextualistas y de un cierto escepticismo frente a la razón por parte de un feminismo posestructuralista se vuelve S. Benhabib, «Feminism and the Question of Postmodernism», en S. Benhabib, *Situating the Self*, Cambridge, 1992, pp. 203-241.

63. M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca, 1990, p. 309.

ambos sexos son objeto de un trato igual o desigual. El feminismo radical ha hecho valer el carácter falible, fundamentalmente controvertible, de esta autocomprensión. De ahí que concepciones que compiten entre sí acerca de la identidad de los sexos y de la relación de un sexo con otro habrán de exponerse a la discusión pública. Tampoco las vanguardias feministas disponen de ningún monopolio en lo que a definición se refiere. Sus portavoces, como los intelectuales en general, sólo podrán estar seguros de no prejuzgar nada y de no estar tutelando a nadie o sometiendo a nadie a tutela cuando todos los afectados reciban la efectiva oportunidad de elevar su voz para reclamar sus propios derechos desde sus experiencias concretas de integridad vulnerada, de permanente situación de desventaja social, de opresión. Las relaciones concretas de reconocimiento, que un orden jurídico legítimo no hace sino sellar, provienen siempre de una «lucha por el reconocimiento»; esta lucha viene motivada por el sufrimiento que produce el desprecio concreto de que uno es objeto y por la rebelión contra él⁶⁴. Son, como ha mostrado A. Honneth, experiencias de humillación de la dignidad humana, las que han de quedar articuladas para certificar los aspectos bajo los que en el contexto concreto lo igual ha de ser tratado de forma igual y lo desigual de forma desigual. Esta disputa en torno a la interpretación de las necesidades no puede delegarse ni en los jueces ni en los funcionarios, ni siquiera en el legislador político.

De ello se sigue la consecuencia que nos importa en nuestro contexto. Ninguna regulación, por sensible que sea al contexto, podrá concretizar de *forma adecuada* el igual derecho a una configuración de la propia existencia en el marco de una autonomía privada, si simultáneamente no refuerza la posición de las mujeres en el espacio público-político, fomentando así la participación y comunicación políticas, que es el único lugar donde cabe aclarar los aspectos relevantes para un trato igual. Es el haberse percatado de esta conexión entre autonomía privada y autonomía pública lo que funda las reservas del feminismo contemporáneo frente al patrón de una política orientada a cosechar éxitos a corto plazo, instrumental, exclusivamente orientada a los resultados; es el haberse percatado de ello lo que explica el peso que bajo el rótulo de *identity politics* ese feminismo atribuye a los efectos que el proceso político tiene en lo concerniente al cambio de mentalidades. Conforme a esta comprensión procedimental, la realización de los derechos fundamentales es un proceso que sólo puede asegurar *la autonomía privada de ciudadanos dotados de los mismos derechos, si va de la mano de una activación de la autonomía ciudadana, de la autonomía pública, de éstos*. Este paradigma jurídico es incompatible con las proyecciones de una

64. A. Honneth, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt a. M., 1992.

«identidad de los sexos en una sociedad justa» que fuera vinculante para todos, lo mismo si esa identidad viene determinada andrógicamente que si, bajo el signo de la feminidad o de la maternidad, viene determinada por un dualismo de los sexos entendido en términos esencialistas. Por otra parte, la comprensión procedimentalista del derecho abre la perspectiva de una negación determinada de la injusticia identificable aquí y ahora: «Aun cuando *a priori* no podamos saber qué será la sociedad buena, conocemos de sobra qué no será como para poder hacer frente ya a una serie de problemas. No será una sociedad con grandes disparidades de género en lo referente a *status*, poder y seguridad económica. Tampoco será una sociedad que limite la libertad reproductiva de las mujeres, que tolere altos niveles de pobreza, violencia e injusticia racial, o estructure sus puestos de trabajo sin atender a las necesidades de la familia. Finalmente, y de forma muy fundamental, no será una sociedad que niegue a muchos de sus miembros las facultades y el poder que son necesarios para hacerse con las riendas de la propia existencia diaria de uno. Para desplegar todo su potencial, el feminismo tiene que sustentar una visión que no solamente se preocupe de las relaciones entre hombres y mujeres, sino también de las relaciones dentro de cada uno de esos grupos. La defensa de la igualdad entre los sexos que dio nacimiento al movimiento feminista es necesaria pero no suficiente para expresar los valores que animan a ese movimiento»⁶⁵.

III

Hasta aquí hemos discutido el paradigma procedimental del derecho en lo concerniente a la realización de los derechos; pero esta distinta comprensión del derecho se extiende también, e incluso en primera línea, al problema de cómo puede desarrollarse y articularse en las sociedades complejas el Estado democrático de derecho. Como hemos visto, el tránsito al modelo ligado al Estado social se justificó alegando que los derechos subjetivos no sólo pueden ser vulnerados por intervenciones ilegales, sino también por omisión de las necesarias prestaciones y operaciones por parte de la Administración. El cambio estructural de la sociedad había hecho recordar el contenido de derecho objetivo que ese derecho general a iguales libertades tiene. Pero con ello no entran en juego nuevos puntos de vista normativos: «La suposición determinante del paradigma del derecho formal de que sólo la justicia individualista garantizaba la solidaridad social, y de que sólo la libertad de contrato aseguraba una protección eficaz y justa de la confianza, resultó ser insosteni-

65. D. L. Rhode, *Justice and Gender*, p. 317.

ble. El que cada vez aparezcan más deberes positivos de hacer prestaciones junto a los derechos negativos cuya función es defenderse de intervenciones, no implica, por tanto, ningún cambio fundamental en la idea de un derecho... fundado por el principio de reciprocidad»⁶⁶. Lo que sí es nuevo es el peculiar efecto ambivalente de esos nuevos derechos sociales. Pues éstos sólo pueden fortalecer inequívocamente una configuración de la propia vida en el marco de una autonomía privada en la medida en que los sujetos dotados de esos derechos no sólo queden en situación de gozar de unas prestaciones otorgadas en términos paternalistas, sino que ellos mismos se impliquen en la interpretación de los criterios conforme a los que ha de establecerse la libertad jurídica en vista de las desigualdades fácticas. En un nivel abstracto esta condición queda ya cumplida con la legitimación democrática del legislador y con la división de poderes que caracteriza al Estado de derecho. Pero los ejemplos concretos, como pueden ser los tomados de las políticas feministas de eliminación de discriminaciones, nos hacen desconfiar de esta respuesta tan llana y simple. Con el crecimiento y el cambio cualitativo de las tareas estatales cambia la necesidad de legitimación; cuanto más se recurre al derecho como medio de regulación y control políticos y de configuración social, tanto mayor es la carga de la legitimación que la *génesis democrática del derecho* ha de soportar.

No cabe duda de que contenidos concretos y puntos de vista teleológicos penetraron ya siempre en el derecho a través de los programas políticos del legislador. Incluso el derecho formal burgués hubo de abrirse a fines colectivos, como, por ejemplo, la política militar y la política de impuestos. Mas en este caso la persecución de fines colectivos quedaba tan sometida a la función propia del derecho, es decir, a la normación de expectativas de comportamiento, que la política podía interpretarse como realización de derechos. Esta exigencia vale todavía para las decisiones colectivamente vinculantes de un Estado activo que con el medio del derecho trata de controlar y regular procesos sociales. Las condiciones de constitución del derecho y del poder político quedarían vulneradas si la política se sirviese de la forma del derecho para *cualesquiera* objetivos y destruyese así la función propia y específica del derecho. Tampoco en el Estado social puede el derecho agotarse en política si es que no ha de extinguirse la tensión immanente entre facticidad y validez y, por tanto, la normatividad del derecho: «El derecho queda a disposición de la política, pero prescribe simultáneamente a la política las condiciones procedimentales bajo las que puede dispo-

66. K. Günther, «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts», en D. Grimm (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, p. 62.

ner del derecho»⁶⁷. Las restricciones a las que la política queda sujeta por la forma del derecho, son de tipo estructural, no de tipo cuantitativo, como supone el neoliberalismo. La *cantidad* de las políticas sólo conduce a una sobrecarga del medio que es el derecho si el proceso político vulnera las condiciones procedimentales (diferenciadas en los principios del Estado de derecho) de la producción legítima de derecho, y en última instancia: si el proceso político vulnera el procedimiento democrático de la configuración políticamente autónoma del sistema de los derechos. Pues en cuanto las políticas, que entonces sólo se limitarían ya a revestirse de las formas del derecho, se producen de suerte que no obedecen a las condiciones de la génesis democrática del derecho, se pierden también los criterios conforme a los que pueden ser enjuiciadas normativamente. En la ejecución de tales programas los criterios de legitimidad de la regulación jurídica quedan sustituidos por los criterios de efectividad conforme a los que se mide el empleo de poder político. Y de hecho este peligro parece crecer al imponerse la expectativa de cada vez más tareas estatales. Pues entonces, desde el punto de vista de un sistema administrativo autonomizado, el derecho, instrumentalizado para objetivos políticos, degenera en un medio más entre otros para resolver los problemas de integración funcional, y sólo éstos⁶⁸. Bajo esta premisa la diversidad categorial de ambos tipos de criterios no es objeto de explicitación y desarrollo, sino que es objeto de una reinterpretación empirista. «La formación política *legítima* de la opinión y la voluntad, así como la imposición *eficiente* de los programas políticos, son entendidas como dos condiciones no heterogéneas de la posibilidad de conseguir con éxito cambios estructurales sociales mediante la planificación política»⁶⁹.

Los problemas de legitimación no pueden reducirse a la ineficiencia de las operaciones de control o regulación estatal. Las faltas de legitimación resultan de una perturbación de la génesis democrática del derecho, cualquiera sea la forma como los problemas de este tipo se concatenan con las consecuencias de problemas de regulación o control no resueltos. Quien sólo considera los problemas de legitimación como variable dependiente de los problemas de regulación o control, parte de la falsa premisa de que el derecho movilizado en términos de Estado social queda al arbitrio de una compatibilización de orientaciones valorativas que compiten entre sí de cualquier modo, y ello de forma ajena a todo criterio. Esta imagen

67. *Ibid.*, p. 57.

68. Algunos de los discípulos del «positivismo democrático de la ley» de la época de Weimar no fueron por lo demás inmunes a esta forma de ver de un legislador comprometido con el Estado social, que es insensible a la específica lógica normativa de la forma jurídica.

69. K. Günther, «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts», p. 65.

es el producto y resultado de una falsa comprensión paradigmática del derecho. En la medida en que tiene un contenido descriptivo, no hace sino describir las consecuencias de un desconcierto y confusión, que puede aclararse a la luz de la comprensión procedimentalista del derecho: en ese tornarse contingentes los criterios delátase el desenraizamiento del derecho regulativo respecto del suelo de la producción legítima del derecho. Pues tales criterios sólo pueden formarse en esos foros públicos en que toman la palabra las experiencias biográficas de represión y falta de respeto. En la medida en que la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad pierde el contacto con un proceso espontáneo, no coercitivo, de articulación de las necesidades, le faltan los parámetros que ella no puede engendrar por su propia cuenta. Y entonces la dialéctica de igualdad jurídica e igualdad fáctica retorna a una especie de «estado de naturaleza» de tipo secundario; queda regida por los criterios que surgen contingentemente y al azar de los procesos de adaptación de una Administración que en muy buena medida se programa a sí misma. Las instancias estatales que instrumentalizan los derechos atendiendo a la consecución de fines colectivos, se autonomizan en concierto con sus clientes más poderosos dando lugar a una administración de bienes colectivos sin que la selección misma de los fines quede controlada por el proyecto de realización y puesta en práctica de derechos que no pueden instrumentalizarse.

Hoy saltan a la vista tales tendencias hacia una autonomización del poder ilegítimo. Pero lo problemático son las descripciones de estas tendencias, que no se limitan a registrar la socavación del Estado de derecho, sino que la presentan como consecuencia *inevitable* de los cambios estructurales que se han producido en el Estado y en la sociedad. Recordaré primero las opiniones más conocidas acerca de la crisis del Estado de derecho y entraré en la comprensión funcionalista de fondo que da a estos diagnósticos de crisis el tono fatalista con que se presentan (1). Después trataré de explicar desde el punto de vista del paradigma procedimentalista del derecho la «atrofia de la validez de la Constitución», de la que se habla en esos diagnósticos (2). Concluiré con una breve observación sobre el sentido del «proyecto» de una comunidad jurídica que se organiza a sí misma (3).

(1) El eje de la crítica actual del derecho es la decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo que corre el principio de la división de poderes de venirse abajo en un Estado que se ve confrontado con tareas crecientes y cualitativamente nuevas. Mientras que la Administración clásica⁷⁰ pudo concentrarse en las tareas de orden de que había menester una sociedad económica, la cual

70. D. Grimm, *Recht und Staat der Bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1987.

quedaba por lo demás abandonada a sus propios mecanismos económicos de autorregulación y control, esa Administración sólo necesitaba en principio intervenir cuando quedaba perturbado el orden que el derecho constitucional consagraba para el largo plazo y que quedaba garantizado en términos de Estado de derecho. A la medida de estos casos estaba recortada la ley abstracta y general, que da precisión a materias y casos típicos articulándolos en conceptos jurídicos y asociándolos con consecuencias jurídicas unívocamente definidas; pues el sentido del orden jurídico consistía en proteger la libertad jurídica de los ciudadanos frente a las intrusiones de un aparato estatal restringido a la conservación del orden. Pero en cuanto el legislador del Estado social recurrió a la Administración para cumplir tareas de planificación, configuración y regulación y control políticos, dejó de bastar la ley en la forma clásica de ésta para programar suficientemente la praxis de la Administración. Pues aparte de la Administración interventora de corte clásico, cuya actividad puede clasificarse de reactiva, bipolar y puntual, surgieron administraciones planificadoras y encargadas de proveer a las necesidades básicas de la existencia de sus clientes y, por tanto, con una praxis de tipo muy distinto⁷¹. Esta Administración moderna, especializada en prestaciones y fomentos, que se encarga de tareas concernientes a las necesidades individuales en la existencia de sus clientes, a poner a punto la infraestructuras necesarias y a planificar la evitación de riesgos, es decir, se dedica a tareas de regulación-control políticos en el sentido más lato del término, actúa orientándose hacia el futuro y cubriendo los distintos campos; sus intervenciones afectan además a las relaciones de los ciudadanos y de los grupos sociales entre sí. La moderna práctica administrativa «presenta un grado de complejidad, de dependencia de la situación y de incertidumbre tan alto, que no cabe nunca anticipársele en el pensamiento de forma completa y, en consecuencia, tampoco se la puede predeterminar normativamente de forma concluyente. Aquí fracasa, por tanto, en buena medida el tipo clásico de norma del programa condicional que, en relación con la materia de que se tratase, enumeraba las condiciones bajo las que el Estado estaba facultado para intervenir y, al referirse a las consecuencias jurídicas, determinaba a qué medidas podía recurrir el Estado»⁷². El espectro de las formas jurídicas se ha visto ampliado con leyes-medida, leyes experimentales de vigencia limitada en el tiempo

71. D. Grimm, «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats», en *Id.*, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991, p. 165: «Era reactiva en cuanto que presuponia siempre un suceso externo que se interpretaba como perturbación; bipolar en cuanto que la actividad se restringía a la relación entre el Estado y el elemento perturbador; y puntual en cuanto que se agotaba en la prevención o eliminación de perturbaciones particulares».

72. *Ibid.*, p. 172.

y leyes con las que se pretende dirigir y controlar, pero sin certidumbre sobre los resultados que se buscan y, por tanto, sin consecuencias jurídicas claras; y la penetración en el lenguaje del legislador de remisiones que semejan una carta blanca, de cláusulas generales y en general de conceptos jurídicos indeterminados, ha provocado esa discusión sobre la «indeterminación del derecho» que inquieta por igual a la jurisprudencia americana y a la jurisprudencia alemana⁷³.

Aquí nos interesan las consecuencias que de la materialización del derecho se siguen para la división funcional de poderes⁷⁴. Hemos discutido ya en detalle la crítica de que hoy es objeto el desarrollo del derecho por parte de los jueces, desarrollo que llega a convertirse en una legislación implícita, poniendo así en peligro la racionalidad de la administración de justicia y sobrecargando en exceso la base de legitimidad con que cuenta el poder judicial. Más inquietante todavía es el déficit de regulación constitucional de esa Administración encargada de crecientes tareas de regulación y control⁷⁵. Ciertamente, la relación autoritaria de la Administración con sus clientes, hace ya mucho tiempo que ha quedado sustituida por una relación articulada en términos de derecho administrativo, judicialmente controlada, que liga a ambas partes. Además, mediante una extensión de la reserva de ley se ha visto ampliado el ámbito de competencia de la jurisdicción administrativa, así desarrollada⁷⁶. Pero todo ello no compensa suficientemente la debilidad del efecto vinculante del derecho regulativo porque la Administración, en el cumplimiento de sus tareas de regulación y control, en múltiples aspectos no depende de intervenciones en un sentido técnico-jurídico: «Y donde no hay intervención, no hay reserva de ley; donde no hay reserva de ley, no hay vinculación a la ley; y donde no hay vinculación a la ley por parte de la Administración, no hay ningún control de legalidad por parte de los tribunales. Pero el déficit se extiende también al ámbito donde sí hay intervención en sentido técnico-jurídico. En ese ámbito la reserva de ley pierde su efecto protector de derechos fundamentales, cuando se trata de un cambio

73. Ch. Joerges y D. M. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989.

74. En Alemania la discusión acerca de la generalidad de la ley sigue viniendo determinada por la exposición que de este asunto hizo Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución* de 1928 y que resultó bien influyente en la República Federal, directamente a través de E. Forsthoff, o indirectamente a través de F. Neumann. Yo mismo me vi influido por ella en los años cincuenta: cf. mi introducción a J. Habermas, *L. v. Friedeburg*, Ch. Oehler y F. Wetz, *Student und Politik*, Neuwied, 1961, pp. 11-55. Cf. el balance histórico y el clarificador análisis sistemático que hace H. Hofmann, «Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes», en Ch. Starck (ed.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen, 1987, pp. 9-48.

75. Cf. más arriba caps. V y VI.

76. W. Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, pp. 241-261; H. Faber, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1987, pp. 25 ss.

de relaciones y estructuras sociales, emprendido por el legislador mismo, que afecta a grandes grupos sociales con posiciones jurídicas en lo tocante a derechos fundamentales que pueden colisionar unas con otras»⁷⁷. En tales ámbitos la Administración se programa a sí misma y procede conforme a máximas como son el principio de proporcionalidad o las cláusulas de exigibilidad e inconveniencia, que son bien conocidas por la jurisprudencia y que ya no permiten un trato normativamente neutral con las leyes previas a la actuación administrativa.

La dilatación del horizonte temporal en el que la actividad estatal planificadora, y en especial la actividad estatal preventiva, han de moverse, agudiza estos problemas. El Estado está crecientemente implicado en la producción de nuevos riesgos determinados por la ciencia y la técnica, ya sea de forma activa, ya sea por omisión. Con los riesgos que se siguen, por ejemplo, de la energía nuclear o de la tecnología genética, se plantea el problema de los intereses de las generaciones futuras, el cual exige (también, naturalmente, por parte del legislador) una ampliación de perspectiva, en la que quepa hacer valer vicariamente esos intereses futuros. Y en general, los peligros de la «sociedad del riesgo»⁷⁸ plantean exigencias bien arduas tanto a la capacidad analítica y a la capacidad de pronóstico y previsión de los expertos, como a la capacidad de elaboración, a la disponibilidad a la acción y a la velocidad de reacción de las Administraciones responsables de prevenir esos riesgos, esas exigencias son tales, que los problemas de vinculación a la ley y de seguridad jurídica que el Estado social ya de por sí plantea, se agudizan dramáticamente. Por un lado, las normas preventivas del legislador sólo muy parcialmente pueden ya regular y conectar retroalimentativamente con el proceso democrático unos programas de acción que por fuerza han de ser muy complejos, que se adentran profundamente en el futuro, que dependen de lo acertado de los pronósticos, que necesitan de constantes autocorrecciones y que, por tanto, son programas de acción dinámicos. Por otro lado, fracasan los medios de regulación-control de tipo imperativo de la prevención clásica, más bien orientados a los riesgos concernientes a cosas que a los riesgos potenciales a que pueden verse expuestos grandes grupos de personas. En vista de los espacios de discrecionalidad que esa Administración, que se vuelve cada vez más activa en lo concerniente a prevención, no tiene más remedio que cubrir, y ello conforme a puntos de vista técnicos que siempre resultarán controvertibles, tampoco la dinamización de la protección de los derechos fundamentales garantiza una protección jurídica, que

77. D. Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 26.

78. U. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1986; Id., *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a. M., 1988.

quepa considerar suficiente: «En lo tocante a protección jurídica el mero otorgamiento de posiciones procedimentales, en sustitución de facultades materiales claras, no mejora en modo alguno la situación de los afectados»⁷⁹. Denninger observa a este respecto un «desplazamiento del centro de gravedad de un sistema de seguridad jurídica a un sistema de seguridad de bienes jurídicos», que «modifica y disuelve» la protección jurídica individual⁸⁰. Además la dialéctica a que el Estado social da lugar entre las facultades de que dota al sujeto y la tutela a que somete al sujeto, se agudiza en la medida en que el control del cumplimiento de los deberes en lo que respecta a derechos fundamentales tiene por consecuencia una ampliación y rearme por el que el Estado de derecho se convierte en «Estado de la seguridad»⁸¹: «Esto vale sobre todo para ese cambio que se produce en la libertad garantizada por los derechos fundamentales cuando una sociedad produce tal cantidad de riesgos contra la seguridad jurídica, que los bienes jurídicos básicos amenazados sólo pueden protegerse ya mediante una considerable ampliación del aparato de *surveillance* del Estado»⁸².

El aumento de las tareas de regulación-control no sólo tiene por consecuencia la autonomización del aparato administrativo frente a un legislador marginalizado. Envuelve también al Estado en negociaciones con los sistemas funcionales de la sociedad, con las grandes organizaciones, con las grandes asociaciones, etc., que cada vez se sustraen más a una regulación imperativa (a través de sanciones, impuestos o estímulos financieros) y sólo resultan ya accesibles a medios persuasivos de comunicación: «Frente a la regulación-control de tipo indirecto no se da ningún deber de obediencia... Las medidas políticas se convierten en objeto de negociaciones, en las que los destinatarios privados de esas medidas de control del Estado se hacen pagar por el Estado su (de ellos) disponibilidad a la obediencia... Estado y sociedad están aquí frente a frente en un mismo plano»⁸³. La soberanía del Estado queda enterrada en la medida en que corporaciones socialmente poderosas participan en el ejercicio del poder público, sin quedar sujetas a las responsabilidades que son habituales cuando se trata de órganos del Estado. Como ya hemos señalado, actores sociales dotados de un poder paraconstitucional de negociación hacen añicos el marco de la Constitución. También los partidos políticos que conforme al artículo 21 de la *Grundgesetz*

79. E. Denninger, «Der Präventions-Staat», en E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 42.

80. *Ibid.*, pp. 33, 35.

81. J. Hirsch, *Der Sicherheitsstaat*, Frankfurt a. M., 1980.

82. D. Grimm, «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», en D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 217.

83. D. Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 19.

(Constitución) tienen la función de «cooperar en la formación de la voluntad política del pueblo» se han autonomizado mientras tanto constituyendo un *cartel* de poder que integra todos los poderes del Estado, *cartel* que, por muy buenas razones, no está previsto en la Constitución. Los partidos, antaño catalizadores en la transformación de la influencia político-publicística en poder comunicativo, se han posesionado del ámbito nuclear del sistema político sin plegarse a la división funcional de poderes. Ejercen funciones paraestatales de integración, y ello (a) a través de unas capacidades de reclutamiento de personal que alcanzan a la Administración, a la Justicia, a los medios de comunicación de masas, y a otros sectores sociales, (b) a través del desplazamiento de las decisiones políticas desde los organismos formalmente competentes a la trastienda de los acuerdos informales y de los convenios y pactos entre partidos, y (c) a través de una instrumentalización del espacio público-político con vistas a obtener la licencia para hacerse con el poder administrativo.

Podrá discutirse sobre las formulaciones, o sobre cómo se han puesto los acentos en este diagnóstico de crisis, o en otros similares. Pero no cabe duda de que todos aciertan con tendencias que representan elementos de crisis del Estado de derecho, para las que la respuesta correcta no es ni el restarles importancia, ni tampoco el retorno a la comprensión liberal del derecho⁸⁵. Pero la conclusión de que la complejidad de las nuevas tareas de regulación y control de que ha de hacerse cargo el Estado desbordan como tal el medio que es el derecho, tampoco nos parece que pueda aceptarse sin más. La fuerza sociointegradora del derecho sólo habría quedado estructuralmente desbordada si la crisis del Estado de derecho se presentase como una crisis *sin salida*. Sospecho que tal sensación de hallarse en una situación sin salida se debe más bien a los prejuicios funcionalistas de esa comprensión del derecho que no logra apartar la vista de la actividad estatal.

Utilizando como hilo conductor el aumento de complejidad de las tareas del Estado, ofrécese una periodización algo elemental, conforme a la que el Estado hubo de especializarse primero en la tarea clásica de mantenimiento del orden, después en la distribución justa de las retribuciones, indemnizaciones y compensaciones sociales y, por último, en hacer frente y en dominar situaciones colectivas de riesgo. La domesticación de la soberanía estatal absolutista, la superación de la pobreza generada por la propia dinámica del capitalismo, la previsión frente a los riesgos provocados por la ciencia y la tecnología marcan los temas epocales y las metas: seguridad jurídica, bienestar social y prevención. A la medida de estos objetivos estarían entonces cortadas las formas típico-ideales de Estado, a

saber, Estado de derecho, Estado social y Estado de la seguridad. Pero ya la propia denominación de estos tipos ideales sugiere que sólo la formación histórica que representa el Estado de derecho mantiene un estrecho parentesco con el derecho. La Administración interventora del Estado liberal de derecho no recurre a otra cosa que al derecho mismo, mientras que la actividad configuradora del Estado social y la regulación-control indirectos del Estado preventivo han de apoyarse cada vez más en otro recurso: en el dinero y en operaciones de infraestructura que valen dinero, o en la información y conocimientos de los expertos. Sólo la Administración interventora de corte clásico puede solucionar suficientemente sus tareas con los medios normativos del derecho; las administraciones del Estado social y del Estado orientado a la prevención y seguridad han de apoyarse en una base monetaria ampliada y en una nueva base de saber, y al haber de adaptarse a un modo o estilo cognitivo de acción, han de tomar distancia respecto de los medios normativos que proporciona el derecho.

Cuando uno se interesa por las condiciones funcionales de una Administración eficaz, esta perspectiva analítica es quizá fecunda. Pero los resultados de una consideración funcionalista no deben convertirse, cortocircuitando las cosas, en paradigmas jurídicos. La tendencia a la «objetivización», que es la que salta a la vista cuando se adopta una perspectiva funcionalista, lo único que significa es que los problemas que no hay más remedio que afrontar, son cada vez menos de naturaleza jurídica; pero no significa que la correspondiente praxis de la Administración pueda sustraerse cada vez más a la regulación jurídica. Tal cosa sólo puede quedar sugerida por el modo y manera como se señalan o denominan los problemas que en cada época resultan primordiales. Conforme a tal denominación sólo el Estado liberal puede resolver su problema, a saber, el problema de producir seguridad jurídica recurriendo al medio que es el derecho. Sólo en vista de la complementariedad entre Administración interventora y sociedad económica liberal coinciden las condiciones de eficacia de la actividad estatal con las condiciones esenciales de una legitimidad asegurada en términos de derecho formal. En los periodos siguientes queda claro que las condiciones de efectividad y eficacia no tienen por qué coincidir en modo alguno con las condiciones de legitimidad. Y de ello resultan nuevos conflictos de objetivos para las Administraciones que han de encargarse de tareas de planificación y de tareas de control y regulación de tipo indirecto y que han de operar conforme a los principios del Estado de derecho. Pero esos conflictos de nuevo tipo no causan *sin más* una pérdida de relevancia del derecho, ni mucho menos una desvinculación respecto de las normas del Estado de derecho. Ahora bien, para abordar la cuestión de cómo puede garantizarse de otro modo la libertad y la igualdad

84. B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 136 ss.

jurídicas, lo mejor es pasar a una perspectiva analítica distinta. Pues si se parte de la cuestión de cómo puede realizarse el sistema de los derechos en vista del cambio funcional de la Administración, esa periodización efectuada desde puntos de vista de sociología de la Administración pierde la precisión que desde la otra perspectiva ofrecía. Cuando se los considera desde la perspectiva de la dogmática jurídica, con los nuevos riesgos a que se ve sujeta la seguridad no se plantean nuevos problemas, sino que en todo caso se agudizan los viejos, a saber, esos problemas que ya nos resultan conocidos (por la evolución del Estado social) de una decreciente eficacia vinculante del derecho regulativo. Un problema *nuevo* lo plantean las normas preventivas sólo en lo que respecta a la ampliación a que ha de procederse de la protección jurídica individual a la protección jurídica colectiva.

Más importante en nuestro contexto es la circunstancia de que el poder administrativo autonomizado, en modo alguno puede descolgarse sin más de las normaciones propias del Estado de derecho sin que de ello se sigan consecuencias. Pues una Administración que se programase a sí misma tendría que abandonar en su trato con cuestiones y razones normativas la neutralidad prevista en el esquema clásico de la división de poderes. En este aspecto no se observa precisamente una tendencia a la «objetivización», es decir, una tendencia a reducirse exclusivamente al trato con elementos no normativos. En la medida en que la Administración pública asume tareas del legislador político y las desarrolla en la ejecución de sus propios programas, ha de decidir por su propia cuenta cuestiones relativas a fundamentación de normas y a aplicación de normas. Pero las cuestiones prácticas no pueden decidirse desde puntos de vista de eficacia, sino que exigen un trato racional con razones normativas. Y una Administración que se reduzca a un estilo puramente cognitivo de actuación, carecerá de los correspondientes presupuestos comunicativos y de los correspondientes procedimientos para ello. La negación tecnocrática y la redefinición empirista de las cuestiones prácticas que no pueden resolverse directamente, o que no son resolubles en el punto en que surgen, no conduce de ningún modo a una elaboración objetivada u objetivizada u objetificada del problema; antes tiene por consecuencia ese cuasi «estado de naturaleza» de tipo secundario a que da lugar una «compatibilización de complejos valorativos» (Günther) carente de todo criterio. Estos signos de erosión del Estado de derecho señalizan, ciertamente, tendencias de crisis; sin embargo, lo que en ellos se manifiesta es más bien una *insuficiente institucionalización de los principios del Estado de derecho* que una sobrecarga que, sin posibilidad alguna de salida, esos principios hubiesen impuesto a una actividad estatal que se vuelve cada día más compleja.

(2) Los paradigmas jurídicos posibilitan diagnósticos de la situación capaces de orientar la acción. Aclaran el horizonte de una sociedad dada en lo concerniente al proyecto de realización del «sistema de los derechos». En este aspecto tienen primariamente una función abridora de mundo. Los paradigmas abren perspectivas de interpretación desde las que los principios del Estado de derecho pueden ser referidos (en una determinada interpretación) al contexto de la sociedad global. Iluminan las restricciones y los espacios de posibilidad de la realización de los derechos fundamentales, los cuales, en tanto que principios no saturados, han menester de una ulterior interpretación, desarrollo y configuración. De ahí que el paradigma procedimental del derecho contenga también, como todos los demás, ingredientes normativos e ingredientes descriptivos.

La *teoría discursiva del derecho* entiende, por una parte, el Estado democrático de derecho como la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas. La *teoría comunicativa de la sociedad*, es decir, la teoría de la sociedad, articulada en conceptos de comunicación, entiende, por otro lado, el sistema político articulado en términos de Estado de derecho como un sistema más entre varios sistemas de acción. Éste puede «actuar de garante» en lo concerniente a resolver los problemas de integración de la sociedad global mediante una interacción entre la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad y las comunicaciones públicas informales, porque esa integración, a través del espacio de la opinión pública basado en la sociedad civil, queda inserta en los contextos de un mundo de la vida que le resulta favorable (es decir, de un mundo de la vida caracterizado por una cultura política habituada a la libertad y por los correspondientes patrones de socialización). Finalmente, una determinada concepción del derecho establece una relación entre la consideración normativa y la consideración empírica. Según esta concepción, la comunicación jurídica puede entenderse como un medio a través del cual las estructuras de comunicación realizadas en la acción comunicativa se transfieren del nivel de las interacciones simples al nivel abstracto de las relaciones organizadas. La película tejida de comunicaciones jurídicas puede envolver a toda la sociedad, por compleja que ésta sea. El paradigma procedimental del derecho es, por lo demás, resultado de una disputa de paradigmas, y está todo él bajo la premisa de que el modelo liberal del derecho y el modelo de derecho ligado al Estado social interpretan la evolución jurídica en términos *excesivamente concretistas* y ocultan la conexión que se da entre autonomía privada y autonomía pública, la cual necesita ser *interpre-*

tada caso por caso. Bajo esta premisa las mencionadas tendencias a la crisis aparecen a una luz distinta; y de la distinta valoración síguense recomendaciones prácticas distintas.

Como problema central se considera esa instrumentalización del derecho para fines de la regulación y control políticos que desborda la estructura del medio que es el derecho y disuelve la vinculación de la política a la realización de derechos que sean incondicionales. Pero desde el punto de vista procedimentalista este problema no puede hacerse derivar ya del desplazamiento de un tipo de derecho por otro. El avance del derecho regulativo es sólo la *ocasión* de la disolución de una determinada forma histórica de la división de poderes inherente al Estado de derecho. Hoy el legislador político, según sea la materia necesitada de regulación, ha de escoger entre derecho formal, derecho material y derecho procedimental. De ello se sigue la necesidad de una institucionalización distinta de la división de poderes. Pues el trato reflexivo con formas de derecho alternativas impide que se dé preferencia a la ley abstracta y general como gozne, sólo sobre el cual pudiese girar la separación institucional entre las instancias productoras del derecho, las instancias aplicadoras del derecho y las instancias ejecutoras del derecho. Pues tampoco durante el llamado periodo liberal la división institucional de poderes se solapó nunca con la división funcional. Pero esas diferencias se han vuelto aún más visibles en el curso del desenvolvimiento del Estado social. El hablar del «legislador», de la «justicia» y de la «administración», no hace sino velar o tapar la lógica de esa división de poderes ligada al Estado de derecho, que *en un plano de abstracción distinto* regula quién y cómo puede disponer de qué clase de razones y el modo de haberse con esas razones. La lógica de la división de poderes exige la institucionalización de distintos tipos de discursos y de las correspondientes formas de comunicación que —cualquiera sea el contexto de que se trate— abren posibilidades de acceso a las correspondientes clases de razones. Un trato reflexivo con los problemas necesitados de solución, con los correspondientes tipos de derecho y con las necesarias razones tiene consecuencias tanto para la génesis democrática de los programas jurídicos como para su ulterior desarrollo. Lo irritante y nuevo en la situación actual es la ancha difusión del acceso reflexivo a razones normativas que, conforme al esquema clásico de la división de poderes, estaban reservadas al legislador parlamentario y a la administración de justicia. Voy a comentar esto brevemente.

(a) El trato reflexivo con el derecho exige del *legislador parlamentario* que tome primero decisiones en un metanivel, es decir, que tome decisiones acerca de si ha de tomar decisiones, de quién habría de tomarlas en su lugar y, en caso de que quiera decidir, qué

consecuencias se siguen para la elaboración y desarrollo legítimo de sus programas. En los casos simples el desplazamiento incontrolado de competencias legislativas hacia los tribunales y las Administraciones viene fomentado por la oportunista actitud de «esperar y ver» de un legislador que renuncia a hacer uso de sus competencias y a regular materias que por su propia naturaleza exigen leyes. En otros casos plantéase la cuestión esencialmente más difícil de si el legislador parlamentario, mediante una descentralización de competencias legislativas especificadas a la vez funcionalmente, podría descargar-se de decisiones que él sería incapaz de tomar con la precisión suficiente. Pero si opta por introducir derecho regulativo, y éstos son los casos de los que normalmente provienen los problemas, ha de tomar las providencias necesarias para que quede compensada de forma legítima por la Justicia y la Administración la debilidad que ese derecho ofrece en lo que a vincular eficazmente se refiere.

Mientras que el legislador, en la persecución de sus políticas, interpreta y desarrolla derechos, la *Justicia* sólo puede movilizar las razones que le vienen previamente dadas con el «derecho y la ley», con el fin de llegar a decisiones coherentes en los casos particulares. Esto vale también, como hemos visto, para las interpretaciones constructivas a que no tiene más remedio que proceder un Tribunal Constitucional al que una comprensión procedimentalista del derecho obligaría a un papel más bien restrictivo. En el paradigma procedimental del derecho se consideran sobre todo dignas de protegerse las condiciones procedimentales del proceso democrático. O en todo caso esas condiciones cobran una posición que hace aparecer a otra luz bastantes colisiones. Pues en el paradigma procedimental del derecho los puestos que dejan vacantes el participante privado-autónomo en el mercado, del que partía el paradigma liberal del derecho, y el cliente de las burocracias del Estado social, pasan a ser ocupados por ciudadanos que toman parte en discursos políticos para hacer valer intereses vulnerados, y que por vía de la articulación de esos intereses cooperan en el desarrollo de criterios concernientes al trato igual de los casos iguales y al trato desigual de los casos desiguales. En la medida que las leyes han menester de una concretización por la que quedan desarrolladas, y ello en un grado tal que la Justicia pese a todas las cautelas ha de tomar decisiones en esa zona gris entre la producción legislativa y la aplicación del derecho, los discursos jurídicos de aplicación han de complementarse de forma clara y reconocible con elementos tomados de los discursos de fundamentación. Estos elementos de una formación cuasi legisladora de la opinión y de la voluntad necesitan, empero, de una legitimación distinta. Esa carga legitimatoria adicional podría quedar satisfecha obligando institucionalmente a la Justicia a dar justificaciones ante un foro ampliado de críticos de ella. Para ello sería me-

nester la institucionalización de un espacio público-jurídico que vaya más allá de la actual cultura de expertos y sea lo suficientemente sensible como para convertir en foco de controversias decisiones de principio que resulten problemáticas.

(b) Sin embargo, la debilidad del derecho regulativo en lo concerniente a la eficacia del vínculo que establece, exige ante todo compensaciones en el ámbito de una Administración encargada de tareas de regulación y control, que ya no se puede limitar a una ejecución normativamente neutral, técnica, de la ley en el marco de competencias normativamente unívocas. Conforme al modelo expertocrático la Administración sólo tenía que tomar decisiones pragmáticas; naturalmente, la Administración nunca se atuvo a ese ideal. Pero en las modernas Administraciones del Estado social se acumulan problemas que exigen una ponderación de bienes colectivos, la elección entre objetivos que compiten entre sí y el enjuiciamiento normativo de casos particulares. Estos problemas sólo pueden elaborarse de forma racional en discursos de fundamentación y de aplicación que rompen el marco profesional de un cumplimiento normativamente neutral de tareas. Pero entonces en las tomas de decisión de una Administración que ha de seguir orientándose por puntos de vista concernientes a eficacia hay que insertar *filtros de legitimación* con ayuda del derecho procedimental. En este aspecto mi imagen del aparato estatal como una fortaleza democráticamente «sitiada», puede conducir a error⁸⁵. En la medida en que la Administración, en el proceso de implementación de ese tipo de leyes que por su propia estructura son esencialmente abiertas, no puede abstenerse de recurrir a razones de tipo normativo, estos pasos de producción administrativa del derecho habrían de poder efectuarse en formas de comunicación y conforme a procedimientos que satisficieran a condiciones de legitimación exigidas por la propia idea de Estado de derecho. La cuestión de si para tal «democratización» de la Administración, que fuese más allá del deber que ésta tiene de informar y que complementase desde dentro el control parlamentario y judicial de la Administración, lo más apropiado es la participación de los afectados en la toma de decisiones, la activación de «defensores del pueblo», procedimientos análogos a los de los tribunales, audiencias públicas, etc., o de si para un ámbito tan dado a las perturbaciones y tan sensible a ellas y tan dependiente de criterios de eficacia sería menester encontrar otros mecanismos, esa cuestión, digo, como ocurre siempre en esta clase de innovaciones, es una cuestión a la que sólo cabe hallar respuesta mediante una combinación de fantasía institucional y un cauteloso

85. J. Habermas, «La soberanía popular como procedimiento», cf. *infra*, pp. 589 ss.

procedimiento de *stop and go*. Pero las prácticas de participación en la Administración no pueden considerarse como sucedáneos de protección jurídica, sino como procedimientos de legitimación (operantes *ex ante*) de decisiones que, por lo que hace a su contenido normativo, sustituyen a actos del legislador o de la administración de justicia.

Naturalmente esto no convierte en superfluos los controles de tipo reactivo a que la Administración está sometida. Al agujereamiento de la *protección jurídica individual*, que ya hemos discutido en conexión con las tareas preventivas del Estado, ha de hacerse frente con cautelas tales como la ampliación de la reserva de ley, la dinamización de la protección de los derechos fundamentales, las formas colectivas de protección jurídica, etc. Pero estos expedientes jurídicos permanecen ineficaces mientras los afectados no estén dispuestos a, o no estén en situación de, hacer valer sus derechos. El paradigma procedimental del derecho hace que el legislador vuelva la mirada sobre las condiciones de movilización del derecho. Cuando, como hoy ocurre, se producen un alto grado de diferenciación social y la correspondiente fragmentación del estado de conocimiento y de la conciencia de los grupos potencialmente amenazados, lo indicado son mecanismos que «pongan a los individuos en condiciones de desarrollar intereses, de defenderlos comunitariamente y de hacerlos valer en los procesos estatales de decisión»⁸⁶.

(c) Estas consideraciones no tocan todavía esa *relación de cuño neocorporativista* con aquellas organizaciones y sistemas funcionales de la sociedad que, por su poder social y por su compleja estructura interna, se distinguen de otros clientes necesitados de protección jurídica aunque sólo sea porque en buena medida resultan inaccesibles a una regulación o control de tipo imperativo. Hemos visto que la arquitectónica del Estado de derecho sufre quebranto cuando el Estado se contenta en tales negociaciones con la posición de un participante entre otros. Ante decisiones políticas que resultan relevantes para la sociedad global, el Estado tiene que seguir haciendo valer los intereses públicos y, llegado el caso, tiene que poder imponerlos. Aun cuando en tales casos el Estado se presente en el papel de un consejero o de un supervisor inteligente que pone derecho procedimental a disposición de quien lo haya menester, la producción normativa que se siga de ello ha de quedar retroalimentativamente conectada de forma transparente, inteligible y controlable con los programas del legislador. Y para ello no hay recetas patentadas. Contra la autonomización del poder ilegítimo, en última instancia sólo cabe recurrir a su vez como «paladío de la liber-

86. D. Grimm, «Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen», en *Id.*, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 178.

tad» a un espacio público informado, despierto, móvil, desconfiado, que influya sobre el complejo parlamentario e insista en hacer que se cumplan las *condiciones de nacimiento del derecho legítimo*.

Y con esto estamos en el núcleo mismo del paradigma procedimentalista del derecho: conforme a una formulación de I. Maus la «combinación completa y la mediación recíproca de soberanía popular jurídicamente institucionalizada y soberanía popular jurídicamente no institucionalizada»⁸⁷ constituyen la clave de la génesis democrática del derecho. El sustrato social para la realización del sistema de los derechos no lo constituye ni las fuerzas de una sociedad de mercado que opere de forma espontánea, ni tampoco las medidas de un Estado social que opere de forma intencional, sino las corrientes de comunicación y los influjos de tipo publicístico que surgen de la sociedad civil y del espacio público-político y que a través de procedimientos democráticos se transforman en poder comunicativo. El esmerado cultivo y cuidadosa protección de espacios públicos autónomos, una ampliada participación de los ciudadanos, la domesticación del poder de los medios de comunicación y la función de mediación de partidos políticos no estatalizados habrán de desempeñar en esa transformación un papel central. Contra la distorsión del espacio público-político por relaciones de poder, dirígen las conocidas propuestas concernientes al anclaje de elementos plebiscitarios en la Constitución (referendos, iniciativas populares, etc.), también las propuestas concernientes a la introducción de procesos democráticos de base (en la designación de candidatos, en la formación de la opinión y la voluntad dentro de los partidos, etc.). Las tentativas de una mayor constitucionalización, regulación jurídica y protección jurídica del *poder de los medios* apuntan en la misma dirección. Los medios de comunicación de masas han de ganarse un espacio de acción que los haga independientes de las intervenciones del poder político y de otras élites funcionales y que los ponga en condiciones de asegurar el nivel discursivo de la formación pública de la opinión, pero sin mermar por ello la libertad comunicativa del público que toma partido en relación con el tema de que se trate⁸⁸. En el paradigma procedimental del derecho el espacio público-político no sólo se concibe como atrio del complejo parlamentario, sino como una periferia generadora de impulsos que *incluye* también al centro políti-

87. I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 203 ss.; Id., «Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung», en Th. Kreuder (ed.), *Der orientierungslose Leviathan*, Marburg, 1992, pp. 99-116.

88. Cf. las decisiones del Tribunal Constitucional que señalan la dirección para una constitucionalización del «cuarto poder». *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, cuaderno 33, pp. 1174 ss.; *NJW* 1987, cuaderno 5, pp. 239 ss.; *NJW* 1987, cuaderno 47, pp. 2987 ss.; *NJW* 1991, cuaderno 14, pp. 899 ss.; sobre ello: F. Kübler, «Die neue Rundfunkordnung. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen», *NJW* 1987, cuaderno 47, pp. 2961-2967.

co: a través de la economía de razones normativas opera sobre todas las partes del sistema político, pero sin ninguna intención de asaltarlo. A través de los canales de las elecciones generales y de las formas especiales de participación las opiniones públicas se transforman en un poder comunicativo que autoriza al legislador y legitima a la Administración encargada de tareas regulativas y de control, mientras que la crítica del derecho movilizadora en los correspondientes espacios de opinión pública impone reforzados y acrecentados deberes de fundamentación y justificación a una Justicia entre cuyas funciones figura la de desarrollar el derecho.

La crítica actual a la estatalización de los *partidos políticos* se dirige en primera línea contra una práctica en la que la competencia programática por ganarse el asentimiento del público elector queda instrumentalizada para fines de reclutamiento y promoción de personal y distribución de cargos públicos. Se trata de una diferenciación institucional entre dos funciones que los partidos, por muy buenas razones, desempeñan simultáneamente. Como catalizadores de la opinión pública están llamados a cooperar en la formación de la voluntad política y en el trabajo de formación política (con el objetivo de elevar el nivel político del ciudadano). Como máquinas de reclutamiento se encargan de la selección de personal y envían grupos de líderes al interior del sistema político. En la medida en que los partidos se han convertido ellos mismos en ingrediente de ese sistema político, han desdiferenciado ambas funciones. Pues desde la perspectiva de quienes ocupan posiciones de poder administrativo los partidos desempeñan sus facultades en lo concerniente a la cooperación en la formación de la voluntad política, al modo de una función de regulación o control y consideran el espacio público-político como una especie de entorno del que extraen lealtad de las masas. En donde debería poder reconocerse el público de los ciudadanos no es en la persona de un jefe de la Administración, sino en los líderes democráticos de los partidos. Éstos habrían de cobrar perfil en la disputa acerca de la interpretación adecuada de las necesidades y acerca de la selección de los temas relevantes, en la discusión acerca de la descripción correcta de los problemas y acerca de las mejores propuestas de solución. Mientras la contienda democrática no les reporte una más alta reputación que la que procura a quienes ocupan un cargo el simple hecho de estar en él, la política no se habrá despojado de su falsa aureola. Pues en el Estado democrático de derecho como morada de una comunidad jurídica que se organiza a sí misma el lugar simbólico de la soberanía discursivamente fluidificada ha de permanecer *vacío*⁸⁹.

89. Partiendo de C. Lefort, U. Rödel desarrolla esta idea en U. Rödel, G. Frankenberg y H. Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 83 ss.; sobre ello: U. Rödel (ed.), *Autonome Gesellschaft und liberale Demokratie*, Frankfurt a. M., 1990.

(3) En nuestra situación de pensamiento postmetafísico, situación que carece de alternativas convincentes (pese a los fundamentalismos que reaccionan a las pérdidas causadas por la modernización o las pérdidas que la modernización implica), el Estado ha perdido su sustancia sacra. Esta secularización de las bases espirituales del poder del Estado, que se puso en marcha hace ya mucho tiempo, padece de un ya moroso déficit de ejecución, que ha de ser compensado mediante un paso adelante en el proceso de democratización si queremos evitar que el propio Estado de derecho se vea en peligro. En favor de esta tesis podrían recogerse ulteriores evidencias si abandonásemos nuestra perspectiva restringida a las sociedades nacionales y, al final de una época de descolonización, la ampliásemos al orden internacional de la sociedad mundial. Las legitimaciones a que los aliados recurrieron en la Guerra del Golfo confirman, al igual que las ampliadas competencias de la Conferencia de Seguridad y Cooperación Europea, una progresiva desnacionalización del derecho internacional⁹⁰. En tales desarrollos se reflejan tendencias a la disolución de la soberanía del Estado nacional, que en el horizonte del espacio público mundial que se halla en proceso de formación, podrían señalar el principio de un nuevo orden mundial de tipo universalista⁹¹. Pero en vista del tipo de problemas a que hemos hecho mención en el proemio, esto quizá no sea más que una esperanza nacida más bien de la desesperación.

Quien se opone a las perspectivas reformistas con los habituales argumentos relativos a complejidad, confunde la legitimidad con la eficacia y desconoce que las instituciones del Estado de derecho tuvieron desde siempre la finalidad, no sólo de reducir la complejidad, sino también de mantenerla mediante contrarregulación, con el fin de estabilizar la tensión entre facticidad y validez, que es inherente al derecho. Por otro lado, las consecuencias que del paradigma procedimental del derecho extraigo para la comprensión de la «crisis del Estado de derecho», no son en modo alguno originales, consideradas cada una por separado. Pero de este modo pueden cobrar cierta coherencia aspiraciones de reformas que se están discutiendo o que ya se han puesto en marcha.

Si utopía significa algo así como proyección ideal de una forma concreta de vida, entonces la Constitución entendida como proyecto ni es una utopía social, ni tampoco un sustituto de ella. Este proyecto es sobre todo «lo contrario de la utopía de una unidad de razón colectiva y omnipotencia secularizada, institucionalizada en el Estado: pues sólo se trata de la idea de sociedad civil y de la capacidad de la

90. J. Habermas, *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich, 1991, pp. 14 ss.

91. R. Knieper, *Nationale Souveränität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, Frankfurt a. M., 1991.

sociedad civil para obrar sobre sí misma en procesos discursivos y mediante institucionalizaciones inteligentes»⁹². U. Preuß define la «Constitución» como mecanismo de un proceso falible de aprendizaje por el que una sociedad supera progresivamente su incapacidad para autotematizarse normativamente: «Una sociedad está articulada y constitucionalizada cuando se confronta consigo misma en las adecuadas formas institucionales y procesos normativamente dirigidos de adaptación, de resistencia y de autocorrección»⁹³. De los paradigmas jurídicos que hasta ahora vienen compitiendo entre sí el procedimental se distingue, no por ser «formal» en el sentido de «vacío» o «pobre en contenido». Pues al poner en primer plano a la sociedad civil y al espacio público-político está fijando enérgicamente puntos de referencia bajo los que el proceso democrático para la realización del sistema de los derechos cobra un peso distinto y un papel pasado por alto hasta ahora. Los recursos más escasos no son ni la productividad de una economía organizada en términos de mercado, ni tampoco la capacidad de regulación y control de la administración pública. Un trato de respeto y protección lo exigen sobre todo los recursos de una economía agotada de la naturaleza y los recursos de la solidaridad social, la cual se halla en estado de desmoronamiento. Y las fuerzas de la solidaridad social hoy sólo pueden regenerarse ya en la forma de prácticas comunicativas de autodeterminación.

El proyecto de la realización de los derechos, que está referido a las condiciones de funcionamiento de nuestra sociedad, es decir, de una sociedad determinada, históricamente surgida, no puede ser sólo formal. A pesar de lo cual este paradigma del derecho ya no prejuzga —como lo hacía el liberal o el ligado al Estado social— un determinado ideal de sociedad, una determinada visión de la vida buena, y ni siquiera una determinada opción política. Pues es formal en el sentido de que se limita a señalar condiciones necesarias bajo las que los sujetos jurídicos, en su papel de ciudadanos, pueden entenderse entre sí sobre cuáles son sus problemas y sobre cómo deben ser resueltos. Ciertamente, el paradigma procedimental del derecho lleva aneja una esperanza respecto de sí mismo, a saber, la de determinar no sólo la autocomprensión de las élites que manejan el derecho como expertos, sino la de *todos* los implicados. Pero esta expectativa nada tiene que ver con la intención de adoctrinar a nadie, ni tiene en sí nada de totalitaria, sea dicho esto para prevenir una objeción un tanto traída por los pelos, pero que una y otra vez se repite contra la teoría del discurso. Pues el nuevo paradigma se pone a sí mismo a discusión bajo sus propias condiciones; pues en la medida en

92. U. K. Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Berlin, 1990, p. 64.

93. *Ibid.*, p. 73.

que acuñase el horizonte de una comprensión dentro de la cual todos (cada uno a su manera y en términos de una división del trabajo) participasen en la interpretación de la Constitución, todo cambio histórico que se percibiese en el contexto social tendría que ser entendido como un desafío a someter a revisión y a examen la propia comprensión paradigmática del derecho. Esa comprensión paradigmática, al igual que el Estado de derecho mismo, conserva un núcleo dogmático, a saber, la idea de autonomía, conforme a la cual los hombres sólo pueden actuar como sujetos libres en la medida en que sólo obedezcan a leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado. Pero esta idea sólo es «dogmática» en un sentido inofensivo. Pues en esta idea no hace sino expresarse una tensión entre facticidad y validez, que viene dada con el *factum* de la estructuración lingüística de las formas de vida socioculturales; «dada», es decir, que *para nosotros*, que hemos desarrollado nuestra identidad en tal forma de vida, resulta irrebasable.

COMPLEMENTOS
Y ESTUDIOS PREVIOS

I

DERECHO Y MORAL
(*Tanner Lectures* 1986)*

Primera lección
¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD
A TRAVÉS DE LA LEGALIDAD?

Max Weber entiende los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la «dominación legal». Basan su legitimidad en la fe en la legalidad del ejercicio de la dominación. La dominación legal cobra un carácter racional entre otras cosas porque la fe en la legalidad de los órdenes establecidos y en la preparación y competencia de los llamados al ejercicio de la dominación es de calidad distinta que la fe en la tradición o el carisma: es la racionalidad inmanente a la forma jurídica misma la que procura legitimidad a la dominación ejercida en formas legales¹. Esta tesis provocó una viva discusión. Max Weber apoyaba con ella un concepto positivista de derecho: derecho es exactamente aquello que el legislador político (venga éste democráticamente legitimado o no) establece como derecho conforme a un procedimiento jurídicamente institucionalizado. Bajo esta premisa la fuerza legitimadora que la forma jurídica de por sí tiene no puede provenir de un parentesco entre el derecho y la moral. El derecho moderno ha de poder legitimarse sólo en virtud de sus (del derecho) propias cualidades formales la dominación ejercida en forma de derecho. Tales cualidades o propiedades han de poder acreditarse como «racionales» sin que para ello sea necesario hacer referencia a la razón práctica en el sentido

* Versión inglesa en *The Tanner Lectures on Human Values*, t. VIII, Salt Lake City, 1988, pp. 217-280.

1. M. Weber, *Economía y sociedad*, México, 1993, cap. III.2, pp. 173 ss.

de Kant o de Aristóteles. El derecho dispone, según Weber, de una racionalidad propia, independiente de la moral. A sus ojos la desdiferenciación de derecho y moral incluso representa una amenaza para la legitimidad del derecho y, por tanto, para la base legitimatoria de la dominación legal. Esa fatal moralización del derecho es lo que Weber diagnostica analizando evoluciones contemporáneas que él describe como «materialización» del derecho formal burgués.

Hoy se está desarrollando un debate sobre «juridificación» que toma como punto de partida el diagnóstico de Weber². De ahí que sea en este contexto donde quiero situar las consideraciones que desarrollaré sobre derecho y moral. (I) Haré primero un resumen del análisis que Weber hace de la desformalización del derecho para sacar a la luz sus supuestos implícitos de teoría moral que son incompatibles con el escepticismo valorativo que Weber profesa. En una segunda parte (II) me referiré a tres posiciones en la reciente discusión alemana acerca del cambio de forma del derecho con el fin de acumular razones en favor de una concepción más adecuada de la racionalidad jurídica. Finalmente, (III) desarrollaré por lo menos a grandes rasgos la tesis de que sólo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad. Y esa racionalidad procedimental se debe a un entrelazamiento de dos tipos de «procedimientos»: las argumentaciones morales quedan institucionalizadas con medios jurídicos. Estas discusiones tienen carácter normativo. Pero como quedará claro en esta conferencia, lo que busco participando en ellas no tiene tanto que ver con teoría del derecho como con teoría de la sociedad.

I. LA CONCEPCIÓN DE LA RACIONALIDAD DEL DERECHO POR PARTE DE MAX WEBER

(I) Lo que Weber describió como «materialización» del derecho formal burgués, es lo que hoy conocemos como el proceso de juridificación característico del Estado social. No se trata aquí solamente de crecimiento cuantitativo, del aumento de la densidad de regulaciones o de la profundidad con que preceptos jurídicos logran desarrollar su función regulativa en una sociedad que se torna cada vez más compleja³. Con las necesidades de intervención de un aparato estatal activo (y esto conforme a su propia autocomprensión), que ha de cumplir simultáneamente tareas de regulación y control y ta-

2. F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, y Frankfurt a. M., 1985; A. Görlitz y R. Voigt, *Rechtspolitologie*, Hamburg, 1985.

3. R. Voigt (ed.), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt a. M., 1983.

reas de compensación, cambian más bien las funciones y las estructuras internas del sistema jurídico. No solamente se hace un uso más intensivo del medio que es el derecho, sino que también la forma jurídica se transforma bajo los imperativos de nuevo tipo a los que se la somete.

Ya Weber tenía a la vista este derecho regulativo que caracteriza al Estado social. Este derecho queda instrumentalizado para las tareas configuradoras de un legislador que ha de satisfacer a exigencias de justicia social, con redistribuciones de tipo compensador, con operaciones de regulación y control sistémicos de tipo estabilizador y con intervenciones transformadoras: «Con el despertar de los modernos problemas de clase empiezan a plantearse al derecho exigencias de tipo material por una parte de los destinatarios de él (a saber, por los trabajadores), por un lado, y por los ideólogos del derecho, por otro, los cuales... exigen un derecho social basado en patéticos postulados éticos ("justicia", "dignidad humana"). Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho»⁴. Aquí entra en juego la pareja de conceptos «formal-material» con la que Weber sigue determinando hasta hoy las discusiones correspondientes, encauzándolas, según creo, en una falsa dirección: conforme a su concepción, las exigencias de «justicia material» penetran en el medio del derecho y destruyen la «racionalidad formal» de éste. Weber documenta su tesis recurriendo sobre todo a ejemplos del derecho privado, el cual, si nos atenemos al punto de vista liberal, tenía antaño la función de asegurar, mediante leyes públicas, abstractas y generales, la vida, la libertad y la propiedad de las personas jurídicas, facultadas para concluir contratos. Y de este *corpus* del derecho privado se diferenciaron, en efecto, nuevos derechos privados especiales. Tendencias a la desformalización son, por ejemplo, bien fáciles de documentar en el derecho social y en el derecho laboral, y en el derecho relacionado con carteles y sociedades⁵.

Como «materialización» pueden describirse estas tendencias si se parte de la comprensión *formalística* del derecho, que con el pandectismo y la jurisprudencia conceptual prevalecía entonces en Alemania. Las cualidades formales del derecho, tan subrayadas en esta tradición, Weber las explica en general como resultado del trabajo realizado en dogmática jurídica por juristas especializados de formación académica. Los expertos en derecho velan por el «formalismo del derecho» por lo menos en tres aspectos. La configuración sistemática de un *corpus* de proposiciones jurídicas claramente ana-

4. M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 653.

5. G. Teubner, «Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en F. Kübler, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, pp. 289 ss.; Id. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986.

lizado introduce, primero, en el conjunto de las normas vigentes un orden por el que ese conjunto resulta abarcable y controlable. Segundo, la forma de la ley abstracta y general, ni cortada a la medida de contextos particulares, ni tampoco dirigida a determinados destinatarios, da al sistema jurídico una estructura unitaria. Y tercero, la vinculación de la justicia y la Administración a la ley garantiza una aplicación de ésta susceptible de cálculo, atendida a reglas procedimentales, y asimismo una implementación fiable de esas leyes. Las desviaciones respecto de este modelo liberal pueden entenderse entonces como merma de las cualidades formales del derecho. La ola de juridificación ligada al Estado social convierte en insostenible la imagen clásica del sistema de derecho privado, la idea de una clara separación entre derecho privado y público, así como la jerarquía de norma fundamental y ley simple. También se hace añicos la ficción de un sistema jurídico bien ordenado. La unidad de las normas jurídicas en conjunto sólo se abre de caso a caso a una precomprensión reconstructiva, dirigida por principios, precomprensión que como tal no está objetivada en el texto de las leyes⁶. Pues, en efecto, programas jurídicos orientados a obtener determinados objetivos vienen a sustituir la clara estructura de regla de las formas jurídicas anteriores en la medida en que la actividad legislativa pasa a programar intervenciones políticas tendentes a cumplir tareas de configuración, planificación o redistribución social, cuyos efectos son difícilmente pronosticables. Tanto materias demasiado concretas como objetivos demasiado abstractos tienen entrada en el lenguaje de la ley. Y lo que antes eran rasgos y elementos externos al derecho encuentran cabida, cada vez con más abundancia, en las determinaciones y disposiciones jurídicas. Este «ascenso de los objetivos o fines en el derecho» (Ihering) viene, finalmente, a aflojar la vinculación de la justicia y la Administración a la ley, que antaño se consideró aporoblemática. Los tribunales han de habérselas con cláusulas de tipo general y simultáneamente con un mayor espectro de variación de los contextos, a la vez que han de hacer justicia a una interdependencia cada vez mayor de proposiciones jurídicas desordenadas. Y otro tanto cabría decir de la actuación «situativa» a que se ve obligada la Administración.

Cuando antaño a las cualidades formales del derecho se las veía caracterizadas por la sistematización del *corpus* jurídico, por la forma de la ley abstracta y general y por procedimientos estrictos que restringían la discrecionalidad de jueces y funcionarios, esta manera de ver las cosas tenía sin duda su origen en una fuerte estilización; pese a lo cual, los cambios que se produjeron en el sistema jurídico al ponerse en marcha el Estado social, tuvieron que representar un *shock* para la autocomprensión liberal del derecho. En este aspecto

6. G. Teubner, «Verrechtlichung...», pp. 300 ss.

cabe hablar sin más, por lo menos en un sentido descriptivo, de una «materialización» del derecho. Pero Weber da también a esa expresión un sentido crítico al adjuntarle dos referencias que la definen: en las cualidades formales del derecho Weber veía también fundada la racionalidad del derecho; y materialización significaba para él moralización del derecho, a saber, la penetración de puntos de vista de justicia material en el derecho positivo. Y de ambas cosas se seguía la afirmación crítica de que en la medida en que se establece una conexión interna entre derecho y moral, queda destruida la racionalidad que es inmanente al medio que representa el derecho.

(2) Pero esta concatenación de ideas sólo puede ser de recibo si las cualidades del derecho, tal como Max Weber las toma de la comprensión formalista del derecho, pueden interpretarse como «racionales» en un sentido moralmente neutral. Recordemos los tres aspectos que en Weber tiene el uso del término «racional»⁷.

Weber parte, *primero*, de un concepto lato de técnica (también en el sentido de técnica para orar, de técnica pictórica, de técnica educativa, etc.) para aclarar que el aspecto de regularidad es en general importante para una cierta racionalidad de la acción. Los patrones de comportamiento reproducibles de forma fiable tienen la ventaja de su previsibilidad y calculabilidad. Pero tan pronto como se trata de reglas técnicas (susceptibles de mejorarse) concernientes a la dominación de la naturaleza o de un determinado material, el concepto general de *racionalidad* aneja a la atencencia a *reglas* cobra el significado más estrecho de racionalidad instrumental. Y cuando ya no se trata sólo de la utilización regulada de medios sino de la selección de fines en función de valores de los que se parte como dados, Weber habla (y ésta es la *segunda* acepción de racional) de *racionalidad con arreglo a fines*. Bajo este aspecto una acción puede ser racional en la medida en que no se vea gobernada por pasiones ciegas o por tradiciones de tipo cuasinatural, es decir, no transidas por la reflexión. Las orientaciones valorativas las considera Weber como preferencias de un determinado contenido, como preferencias orientadas por valores materiales, que anteceden, como algo ya no susceptible de ulterior fundamentación, a las decisiones de los sujetos que actúan de forma racional con arreglo a fines, como son, por ejemplo, los intereses que los sujetos de derecho privado persiguen en el tráfico económico. *Racional* llama también Weber, *finalmente*, a los resultados del trabajo intelectual de los expertos que configuran y articulan analíticamente los sistemas recibidos de símbolos, por ejemplo, las imágenes religiosas del mundo o las ideas morales y jurídicas. Estas realizaciones en el campo de la dogmática son expresiones de

7. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* I, Madrid, 1987, pp. 227 ss.

un pensamiento *científico-metódico*. Acrecientan la complejidad y simultáneamente la especificidad del saber enseñable.

En un primer repaso es fácil ver cómo bajo los tres aspectos de racionalidad de regla, racionalidad electiva y racionalidad científica las cualidades formales del derecho, arriba mencionadas, pueden describirse como «racionales» en un sentido estricto y todavía moralmente neutral. La configuración sistemática del *corpus iuris* se debe a la racionalidad científica de expertos en derecho, entregados al desarrollo de la dogmática jurídica; las leyes públicas, abstractas y generales aseguran ámbitos de autonomía privada para una persecución de intereses subjetivos, racional con arreglo a fines; y la institucionalización de procedimientos para la aplicación e implementación estricta de tales leyes posibilita una conexión regular, y por tanto calculable, entre acciones, tipos jurídicos y consecuencias jurídicas, sobre todo en el tráfico económico organizado en términos de derecho privado. Quedaría así demostrada la racionalidad del derecho formal burgués en un triple aspecto, sin atender a otra cosa que a sus cualidades formales. Pero, ¿son realmente estos aspectos de racionalidad los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad de una dominación ejercida en forma de derecho?

Basta considerar el movimiento obrero europeo y las luchas de clases del siglo XIX para percatarse de que sistemas políticos que respondían de forma bien aproximada a la idea-modelo de una dominación racionalizada en términos de derecho formal, en modo alguno fueron percibidos *per se* como legítimos, a no ser por las capas sociales que eran las beneficiarias de ellos y por los ideólogos liberales de esas capas sociales. Pero si con el fin de hacer una crítica immanente presuponemos ese modelo liberal, resulta que la legitimidad de ese derecho formal burgués, cuando se miran bien las cosas, no deriva en absoluto de las características «racionales» señaladas, sino de las implicaciones morales que pueden derivarse de esas características recurriendo a ulteriores supuestos empíricos auxiliares acerca de la estructura y funcionamiento del orden económico.

(3) Si recorremos en dirección inversa esos tres aspectos de racionalidad, lo dicho vale en primer lugar para la seguridad jurídica en cuanto que, sobre la base de leyes abstractas y generales, ésta viene garantizada mediante procedimientos estrictos a los que ha de atenerse la justicia y la Administración. Supongamos que se cumplen las condiciones empíricas necesarias para poder garantizar la seguridad jurídica de forma universal y para todos por igual. Pero entonces plantéase la cuestión de que la seguridad jurídica en el sentido de pronosticabilidad en las intervenciones en la vida, la libertad y la propiedad es un «valor» que compite con otros valores, por ejemplo, con una participación en las decisiones políticas, arti-

culada en términos de igualdad de oportunidades, o de una igual distribución de las ventajas y recompensas sociales. Ya Hobbes había tenido en mientes una maximización de la seguridad jurídica cuando impone a su soberano la obligación de canalizar sus mandatos a través del medio que representa el derecho. Pero el papel privilegiado de que este valor goza en el derecho formal burgués no puede quedar justificado por sólo la razón de que la calculabilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones resulte funcional para la organización del tráfico social sobre el eje de una economía de mercado. La cuestión, por ejemplo, de si se está dispuesto a introducir políticas de las del tipo del Estado social, que sólo pueden realizarse con ayuda de conceptos jurídicos más bien imprecisos e indeterminados, aun a costa de sacrificar un cierto grado de calculabilidad de las decisiones judiciales, es una cuestión de ponderación moral entre dos principios diversos. Pero tales colisiones hay que decidir las entonces desde el punto de vista moral de la susceptibilidad de universalización de intereses.

Pero con ello, y esto es lo segundo, queda afectada la calidad formal de las leyes. La forma clásica de la ley abstracta y general no legitima la dominación ejercida en tales formas por la sola razón de que semejante dominación cumpla determinados requisitos funcionales para la persecución «privado-autónoma» y la persecución «racional con arreglo a fines» de los propios intereses de cada uno. Desde Marx hasta Macpherson⁸ se ha venido insistiendo una y otra vez en que de ello sólo podría hablarse si cualquiera tuviese la posibilidad de acceder en términos de igualdad de oportunidades a las *opportunity-structures* de una sociedad de mercado, y, aun entonces, sólo bajo el supuesto de que no se pudiese encontrar una alternativa preferible a las formas de vida en las que se vuelven tan determinantes los mecanismos monetarios y burocráticos. Ciertamente, frente a los programas finalistas, los programas legislativos que tienen la estructura de reglas ofrecen la ventaja de que, en virtud de su propia generalidad o universalidad semántica, vienen a ajustarse al principio de igualdad ante la ley. Y en virtud de su carácter abstracto, en la medida en que las materias reguladas sean, en efecto, de carácter general y no se vean afectadas en su contenido esencial por el cambio de los contextos, responden incluso a un principio de más alcance, a saber, al principio de que lo igual ha de tratarse de forma igual y lo desigual de forma desigual. Frente a la argumentación funcionalista de Max Weber resulta, entonces, que la forma de leyes abstractas y generales sólo puede justificarse como racional a la luz de principios de contenido moral. (Mas de ello no cabe concluir que un orden jurídico, sólo en las formas de leyes públicas, abstractas y

8. C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, 1962.

generales, pudiese dar satisfacción a esos dos principios de igualdad en la aplicación del derecho e igualdad jurídico-material).

Tampoco la tercera cualidad formal, la de la estructura científico-metódica de un *corpus iuris* sistemáticamente configurado, puede explicar, considerada en sí misma, la eficacia legitimatoria de la legalidad. Pese a toda la autoridad que las ciencias puedan reclamar en las sociedades modernas, las normas jurídicas no cobran legitimidad por el solo hecho de que se precisen sus significados, se expliquen los conceptos que subyacen en ellas, se examine su consistencia y se reduzcan a unidad las ideas a que deben su existencia. El trabajo de los especialistas en dogmática jurídica sólo puede representar una aportación a la legitimación si, y en la medida en que, ayuda a satisfacer esa necesidad de fundamentación que surge en cuanto el derecho queda convertido en conjunto del derecho positivo. Pues la mutabilidad del derecho positivo sólo es compatible desde el punto de vista de sus destinatarios y de sus administradores con su (del derecho) pretensión de validez legítima, mientras pueda suponerse que los cambios en el derecho y los desarrollos en el derecho pueden fundamentarse (en sus respectivos contextos) partiendo de principios que resulten convincentes. Las tareas y operaciones de sistematización de los especialistas en derecho han hecho precisamente cobrar conciencia del modo de validez postradicional del derecho. En el derecho positivo las normas han perdido por principio el tipo de validez consagrada por la costumbre. Las distintas proposiciones jurídicas tienen, por tanto, que poder ser fundamentadas como ingredientes de un orden jurídico al que en conjunto quepa hacer convincente a partir de principios, pudiendo esos principios entrar en colisión unos con otros y debiendo en ese caso ser sometidos a un examen discursivo. Pero a su vez, lo que en el plano de esas discusiones normativas acaba haciéndose valer es una racionalidad que está más cerca de lo que Kant llamaba razón práctica que de una racionalidad puramente científica, y que en todo caso es una racionalidad que no es moralmente neutral.

Resumiendo podemos decir que las cualidades formales del derecho analizadas por Max Weber sólo hubieran podido, en condiciones sociales especiales, posibilitar la legitimidad de la legalidad en la medida en que hubieran podido ser consideradas «racionales» en un sentido práctico-moral. Weber no reconoció este núcleo moral del derecho formal burgués porque siempre entendió las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas. Los valores eran considerados por Weber como contenidos no susceptibles de ulterior racionalización, incompatibles con el carácter formal del derecho. Weber no distinguió entre *preferibilidad* de los valores que en el marco de determinadas formas culturales de vida y de determinadas tradiciones resultan, por así decir, *recomendables* frente a otros valores, y la

validez deontológica (o *deber-ser*) de normas que obligan por igual a todos los destinatarios. Weber no estableció una separación entre las estimaciones valorativas, que se dispersan a lo ancho de todo un espectro de contenidos valorativos que compiten unos con otros, y el aspecto formal de la obligatoriedad o validez de las normas, que no varía en modo alguno con los contenidos de esas normas. Con otras palabras, Weber no tomó en serio el formalismo ético.

(4) Muéstrase esto en la interpretación que Weber hace del derecho natural racional moderno, que Weber opone al «derecho formal» convertido en positivo. Weber piensa «que no puede haber un derecho natural puramente formal»: «criterio material de lo que es legítimo desde la perspectiva del derecho natural, son la naturaleza y la razón...»⁹. Hay que admitir que las teorías del derecho natural desde Hobbes hasta Rousseau y Kant mantienen todavía ciertas connotaciones metafísicas. Pero Rousseau y Kant, con sus modelos de un contrato social, a través del cual los miembros de una comunidad jurídica regulan democráticamente su convivencia como iguales y libres, dan ya plena satisfacción a la exigencia metodológica de una fundamentación procedimental del derecho. En esta tradición moderna expresiones tales como «naturaleza» y «razón» no se refieren propiamente a contenidos metafísicos; antes sirven a la explicación de los presupuestos bajo los que habría de producirse un acuerdo o convenio para poder tener fuerza legitimadora. De tal modelo contractualista pueden deducirse condiciones procedimentales para una formación racional de la voluntad. Y a su vez Weber no distingue suficientemente entre aspectos estructurales y aspectos de contenido. Sólo por eso puede confundir «naturaleza» y «razón» con contenidos valorativos de los que el derecho formal habría hecho muy bien en liberarse. Weber equipara falsamente las propiedades procedimentales de un nivel postconvencional de fundamentación con orientaciones valorativas materiales. Por eso no se percata de que la figura de pensamiento que representa el contrato social (al igual que el imperativo categórico) puede entenderse como propuesta de un procedimiento cuya racionalidad garantizaría la rectitud (legitimidad) de cualesquiera decisiones que se produjesen conforme a él.

En este lugar esta apelación a las teorías morales y a las teorías de la justicia planteadas en términos procedimentalistas sólo tiene por fin explicar por qué el derecho y la moral no pueden deslindarse entre sí recurriendo a conceptos tales como «formal» y «material». Antes las consideraciones que hemos hecho hasta aquí conducen al resultado de que la legitimidad de la legalidad no puede explicarse recurriendo a una racionalidad autónoma, a una racionalidad exenta de

9. M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 642.

moralidad, inherente, por así decir, a la forma jurídica; esa legitimidad ha de hacerse derivar más bien de una relación interna entre el derecho y la moral. Y lo dicho empieza siendo válido del modelo del derecho formal burgués, que cristaliza en torno a la forma semántica de la ley abstracta y general. Pues las cualidades formales de este tipo de derecho sólo ofrecen razones legitimantes a la luz de principios de contenido moral. Pues bien, es verdad que el cambio de forma del derecho, que Max Weber describe bajo el rótulo de «materialización», deja sin base precisamente esas razones. Pero con ello no queda dicho todavía en modo alguno que al derecho materializado le falten propiedades formales de las que de forma análoga puedan reducirse razones legitimantes. Antes el cambio de forma del derecho constituye un desafío que nos lleva a radicalizar la pregunta de Weber por la racionalidad inmanente al derecho. El derecho formal y el derecho desformalizado constituyen desde el principio variantes distintas en las que se expresa un mismo derecho positivo. El «formalismo» del derecho, que es común a estos tipos especiales de derecho, tiene por tanto que radicar en un nivel más abstracto. Nos conduciría a falacias concretistas el querer ver anclado el formalismo del derecho en propiedades de un determinado modelo histórico, justo en las propiedades del modelo que representa el derecho formal burgués.

Para los sistemas jurídicos modernos resulta por lo general central el concepto de *procedimiento* jurídicamente institucionalizado. Este concepto ha de manejarse de forma tolerante, o en todo caso no se lo puede asociar de antemano con una forma especial de ley. H. L. A. Hart y otros han mostrado que los sistemas jurídicos modernos no se componen solamente de normas comportamentales y normas penales directas, sino también de normas secundarias, de reglas de autorización y organización que sirven para institucionalizar procedimientos concernientes a la producción legislativa, a la administración de justicia y a la Administración¹⁰. De esta forma, la producción de normas queda a su vez normada. El que se tomen conforme a los plazos establecidos decisiones jurídicamente vinculantes viene posibilitado por una forma de actuación, procedimentalmente fijada, pero indeterminada en lo tocante a contenido. Además hay que tener presente que estos procedimientos establecen una conexión entre toma de decisiones y deberes de fundamentación. Lo que de esta forma se institucionaliza son discursos jurídicos que no sólo operan bajo las restricciones externas que les impone el procedimiento jurídico, sino también bajo las *restricciones internas* anejas a la generación argumentativa de buenas razones¹¹. Las reglas de argumentación anejas a los distintos tipos de discursos instituciona-

lizados no dejan la construcción y valoración de las razones al arbitrio de los participantes. Y esas reglas sólo pueden ser cambiadas a su vez razonando la necesidad de su cambio. Finalmente, hay que tener presente que los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios¹². Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales.

Pues bien, si las cualidades formales del derecho —aquende el umbral de una diferenciación del derecho en tipos de derecho más o menos materializados— hay que buscarlas en la dimensión de los procedimientos jurídicamente institucionalizados; y si estos procedimientos regulan discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral; si ello es así, digo, cabe tomar en consideración una hipótesis que resulta obvia, a saber, que es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico-moral y se pongan en práctica de forma racional. La legitimidad de la legalidad se debe a un entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral que a su vez obedece a su propia racionalidad procedimental.

II. DESFORMALIZACIÓN DEL DERECHO: TRES INTERPRETACIONES

(1) Max Weber se orientó todavía por una comprensión formalista del derecho que mientras tanto ha sido puesta en cuestión por la investigación histórica. El modelo liberal no tenía demasiado que ver con la realidad jurídica, ni en la Alemania de fines del siglo XIX, ni en ninguna otra parte. Por ejemplo, el funcionamiento automático de la vinculación de la justicia a la ley fue siempre una ficción¹³. Sin embargo, no es casual que el diagnóstico de Weber mantenga su actualidad. Pues como enunciado *comparativo* acerca de una tendencia en la autocomprensión y en la práctica de los expertos en

10. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1973.

11. R. Alexy, *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, 1994.

12. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1995, caps. 2 y 3.

13. R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, München, 1986.

derecho, ese diagnóstico no ha hecho sino confirmarse. Mientras tanto, fenómenos nuevos que Weber todavía no pudo observar, confirman también su diagnóstico.

(a) *Derecho reflexivo*. Lo que Weber tenía a la vista era el desplazamiento del derecho formal por programas jurídicos de tipo finalista. Pero junto a este tipo de derecho, como demuestra el caso del derecho relativo a convenios colectivos, apareció enseguida otro tipo de derecho desformalizado. Me refiero a la delegación de la facultad de tratar y tomar decisiones a las partes en litigio y el establecimiento de procedimientos cuasipolíticos de formación de la voluntad y formación de compromisos¹⁴. Con este tipo de regulación el legislador ya no trata de conseguir directamente fines concretos; antes esas normas tienen como fin el capacitar a los participantes para que regulen por su propia cuenta sus propios asuntos. Este modo reflexivo y, por así decir, de doble nivel, que la desformalización adopta aquí, tiene la ventaja de una mayor flexibilidad, a la vez que comporta una autonomización de los destinatarios del derecho. Mientras tanto este derecho reflexivo se está difundiendo a la sombra de desarrollos corporativistas.

(b) *Marginalización*. La investigación de los últimos decenios acerca de la implementación de las normas jurídicas ha mostrado los huecos que se producen entre la letra y los efectos de los programas jurídicos. En múltiples ámbitos de acción, el derecho goza de todo menos de un estricto carácter vinculante. La conciencia de la marginalidad deriva en parte de la investigación sociológica de hechos que hasta ahora no eran conocidos. Pero también se añaden otros fenómenos: el carácter crecientemente experimental de la regulación de procesos difícilmente abarcables, orientada a conseguir determinados fines; una creciente sensibilidad del legislador hacia problemas de practicabilidad y aceptación; así como la asimilación del derecho penal a formas de control social. También la sustitución de la persecución penal estatal por arreglos privados, como son por ejemplo los concernientes a indemnizaciones susceptibles de negociarse entre autor y víctima, y otros de tipo similar, refuerzan la «erosión de las normas» y el cambio hacia una cuestionable «orientación hacia el consenso»¹⁵. Todo esto quita al derecho actual algo de su carácter clásico de derecho coercitivo.

14. G. Teubner, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Law and Society Review* 17 (1983), pp. 239 ss.

15. W. Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985; Id., «Versuch über den aktuellen Stil des Rechts», en *Schriften der H. Ebler-Akademie*, Kiel, 1986.

(c) *Imperativos funcionales*. El proceso y tipo de juridificación ligados al Estado social lo entendemos, como ya muestra el concepto de derecho «regulativo», como la instrumentalización del derecho para fines del legislador político. Pero con esto estamos atribuyendo a las intenciones de los actores lo que a menudo éstos sólo ejecutan de forma más o menos inconsciente como agentes de un aparato estatal que se torna cada vez más complejo o bajo la presión de los imperativos sistémicos de una economía autonomizada y a la vez necesitada de estabilización. También en la administración de justicia puede observarse cómo los puntos de vista normativos quedan subordinados en términos de una «política de orden y buen gobierno» a puntos de vista concernientes a los imperativos de mantenimiento de las instituciones estatales o a los imperativos de regulación y control de los mercados. En la competencia entre derechos, por un lado, y bienes colectivos, por otro, acaban haciéndose valer imperativos funcionales de los subsistemas sociales regulados y controlados respectivamente por el dinero y el poder administrativo, subsistemas que por su parte no vienen integrados a través de normas y valores.

(d) *Moralidad vs. positividad del derecho*. Con la creciente movilización del derecho se agudiza la cuestión de las condiciones de legitimidad de la legalidad. Pues en cierto modo el derecho positivo, con su creciente velocidad de cambio, entierra sus propias bases de validez. Con cada cambio de gobierno se tornan susceptibles de mayoría intereses distintos que, por ejemplo, se hacen valer en el derecho relativo a arrendamientos urbanos, en el derecho de familia, y en el derecho fiscal. Pero, paradójicamente, con ello se asocia la tendencia contrapuesta, es decir, la tendencia a apelar bajo el signo de un derecho moralizado al derecho «correcto» (por ejemplo, en forma de desobediencia civil, o en las cuestiones relativas al aborto, a la separación, a la protección del entorno, etc.). También esto tiene razones sistemáticas. Los principios morales que provienen del derecho natural racional son hoy ingredientes del derecho positivo. La interpretación de la Constitución cobra, por tanto, una forma más o menos relacionada con la filosofía del derecho. W. Naucke habla irónicamente de una «administración del derecho natural por los juristas»¹⁶.

Todas estas tendencias caen bajo el rótulo de «desformalización del derecho». Simultáneamente bajo el rótulo peyorativo de «juridificación», se convierten en objeto de una crítica del derecho. También en este aspecto el debate actual toma a Weber como punto de partida: pues su pregunta por la racionalidad de la forma jurídica se enderezaba a obtener criterios para un derecho correcto a la vez que

16. *Ibid.*, p. 21.

funcional. En este aspecto esta discusión arroja luz sobre nuestra cuestión de cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad. En lo que sigue, y recurriendo sólo a ejemplos alemanes, caracterizaré tres posiciones, sin entrar con detalle en sus correspondencias americanas. A estas posiciones les es común la perspectiva de implicados, desde la que analizan el sistema jurídico desde dentro¹⁷. Implícitamente la discusión alemana viene determinada también por la disputa acerca de la deformación del derecho durante la época nazi. Según la interpretación que se haga de esa deformación, se acabará poniendo más confianza en la justicia y en la Administración, o en el legislador parlamentario. Esta polarización tiene la ventaja de dirigir la mirada a los tres poderes del Estado y de obligar de antemano a no limitarse a la administración de justicia a la hora de buscar las condiciones de legitimidad de la dominación legal.

(2) La valoración de las experiencias históricas que en Alemania se tuvieron con el régimen nazi dejó claras huellas en una controversia que a principios de los años 50 sostuvieron Ernst Forsthoff y Wolfgang Abendroth acerca del Estado de derecho y del Estado social¹⁸. En esa controversia se proseguían debates que Carl Schmitt, Hans Kelsen y Hermann Heller, entre otros, mantuvieron en la época de Weimar¹⁹. Pues bien, en nuestro contexto lo que importa es que las intervenciones de Forsthoff podían considerarse como una prosecución de la crítica formalista que Max Weber hacía del derecho, pero efectuada ahora con los medios de la dogmática jurídica. Forsthoff trataba de hacer frente a las tendencias a la desformalización exigiendo que las tareas de planificación y configuración social, de las que en el Estado social tienen que encargarse el legislador y la Administración, se canalizasen en las formas del Estado clásico de derecho. El principio de Estado social asumido en la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania no debía recibir rango constitucional y no debía afectar a la estructura formal del Estado de derecho. La lógica liberal del Estado de derecho vendría caracterizada, a su vez, por la forma de la ley pública, abstracta y general. Mientras el legislador político sólo persigua objetivos que puedan traducirse a programas jurídicos orientados conforme a tal estructura de reglas públicas, abstractas y generales, queda asegurada la previsibilidad y calculabilidad de una justicia independiente y de una Administración garantizadora del derecho. Un Estado activo que intervenga en el *statu quo* de la sociedad mediante una administración planifica-

17. La teoría sistémica del derecho la trato en la segunda lección. La interpretación económica del derecho (*law and economy*) la dejaré aquí de lado como una variante más del empirismo.

18. E. Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968.

19. I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München, 1980.

dora y encargada de hacer prestaciones, acabaría deformando el Estado de derecho. El que la legitimidad del Estado de derecho coincida con la forma semántica de la ley es, por lo demás, una premisa que Lon Fuller analizó como la «internal morality of law»²⁰.

La debilidad de esta posición radica en su carácter puramente defensivo. Forsthoff tenía muy claro que entre el Estado liberal de derecho y la sociedad liberal centrada en el orden económico se daba «una correspondencia estructural». En vista del cambio estructural de la sociedad registrado mientras tanto, Forsthoff no tenía más remedio que introducir la suposición poco realista de que las estructuras del Estado de derecho pueden desligarse de sus contextos sociales de nacimiento y autonomizarse en un «sistema constitucional de carácter técnico-jurídico». Forsthoff no podía explicar cómo la hornada de juridificación ligada al Estado social podría ser reconducida al formato de un tipo y forma de ley que mientras tanto había quedado desbordado por todas partes, sin afectar a la sustancia del compromiso que representa el Estado social, respecto del cual ya no era posible sin más dar marcha atrás²¹.

A esta realidad parecía acomodarse mejor el positivismo jurídico democrático de su oponente, de Wolfgang Abendroth. Bajo las premisas del formalismo jurídico de Weber y Forsthoff el derecho regulativo que caracteriza al Estado social no sería otra cosa que un cuerpo extraño; resultaría vano buscar fórmulas de compromiso²². En cambio, Abendroth trata de conciliar el principio de Estado social y las garantías del Estado de derecho bajo el techo de la autoterminación democrática. El orden social está en conjunto a disposición de la formación democrática de la voluntad del pueblo. El Estado democrático se considera centro de una sociedad que se determina a sí misma y se transforma a sí misma. La forma jurídica sirve simplemente a transformar políticas reformistas en decisiones vinculantes. El derecho no posee ninguna estructura *propia*, que pudiese ser deformada. En actitud positivista, el concepto de ley queda despojado de toda determinación interna concerniente a racionalidad. El mínimo ético pasa ahora de la forma semántica de la ley a la forma democrática de la producción legislativa. Las garantías propias del Estado de derecho las confía Abendroth a la esperanza roussoniana de que un legislador democrático que permanezca consistente consigo mismo no tomará ninguna resolución a la que no todos pudiesen asentir. Pero pese a todo este activismo legislativo, Abendroth permanece todavía peculiarmente ciego, tanto

20. R. S. Summers, *Lon L. Fuller*, Stanford, 1984, pp. 33 s.

21. C. Offe, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Madrid, 1994.

22. E. R. Huber, «Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft», en E. Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968, p. 589.

frente a las coerciones sistémicas del Estado y la economía, como también frente a las específicas formas que tiene de presentarse la juridificación ligada al Estado social.

(3) Pero mientras tanto se ha desarrollado una metacrítica de la crítica de la juridificación, metacrítica que se apoya en la posición de Abendroth. En el centro de esa crítica de la juridificación está la consideración de que la sustitución del derecho estrictamente formal por regulaciones elásticas, desformalizadas, abre el camino por el que la Justicia y la Administración se sustraen a la supremacía del poder legislativo y, por tanto, a la única fuerza legitimadora, a saber, a la que proviene del procedimiento democrático de producción legislativa. El derecho materializado y determinadas formas del derecho reflexivo destruyen, así argumenta por ejemplo Ingeborg Maus, la división clásica de poderes, porque con la penetración de cláusulas generales y de metas indeterminadas, por un lado, y con la delegación de competencias de decisión y de posiciones de negociación desde las que llegar a compromisos dotados de carácter jurídicamente vinculante, por otro, se disuelve la vinculación de la Justicia y la Administración a la ley democrática²³. Ese espacio de discrecionalidad ampliado, la Justicia lo llena con sus propios programas jurídicos y sus propias convicciones valorativas; la Administración opera en esa zona de oscuridad entre las propias decisiones programadoras y las decisiones programadas por el legislador y hace su propia política. La ley no es ya sino un «embalaje» para todo ello, una fina película superficial para legitimar el que la administración de justicia haga en realidad uso de valoraciones suprapositivas, por un lado, y las conexiones y arreglos corporativistas de la Administración con los intereses más poderosos, por otro. El cambio de la estructura del derecho en función de tal acción «situativa» por parte de la Administración no puede sino quedar fomentado por una Justicia que se orienta hacia el caso particular y se restringe a sopesar valores.

Esta crítica apunta, ciertamente, en la misma dirección que el formalismo jurídico liberal. Pero se distingue de él en sus puntos normativos de partida. Aun cuando I. Maus insiste en la necesidad de determinaciones legales bien definidas que limiten estrictamente el espacio de discrecionalidad de la Justicia y de la Administración, la racionalidad del Estado de derecho no puede tener ya su asiento en la forma semántica de la ley. Fuente de legitimación sólo puede ser ya el *procedimiento democrático* de la producción legislativa. Pero entonces la razón de que la Justicia y la Administración puedan

23. I. Maus, «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en G. Göhler (ed.), *Grundlagen einer Theorie der politischen Institutionen*, Köln, 1986.

sustraerse al control legislativo no puede radicar sólo en el cambio de forma que caracteriza al tipo de legislación ligado al Estado social; pues si así fuera, esa línea de argumentación articulada en términos de teoría de la democracia perdería su «punto» y, en última instancia, vendría a coincidir con la liberal. La supremacía de la actividad legislativa frente a las otras dos funciones del Estado tampoco puede analizarse en términos solamente sociológicos como una cuestión de poder. En el caso de Abendroth quedaba todavía en el trasfondo un análisis de clases y la idea de un compromiso de clases que en las formas del Estado social y democrático de derecho habría de poder desplazarse e inclinarse en favor de los partidos obreros. Hoy la confianza en los supuestos de fondo, tanto de la filosofía marxista de la historia, como de otras filosofías de la historia, se ha desvanecido en buena parte. De ahí que sea menester una justificación normativa de la postulada supremacía del Parlamento. Y para ello no basta el «positivismo democrático de la ley» de Abendroth. Si el lugar vacío que representa el concepto positivista de ley ya no puede llenarse normativamente apelando o recurriendo a un privilegiado interés de clase, las condiciones de legitimidad de la ley democrática han de buscarse en la racionalidad del propio proceso de producción legislativa.

De todo lo discutido hasta aquí síguese, pues, el interesante *desideratum* de investigar la racionalidad procedimental inscrita en el propio proceso democrático de producción legislativa para ver si de esa racionalidad procedimental pueden obtenerse razones para una legitimidad a través de la legalidad. Pero incluso en el caso de que ese *desideratum* pueda cumplirse plantéase al menos un problema ulterior. Pues en cuanto resulta que la ley abstracta y general, la ley que excluye toda determinación no puede ser ya la forma normal-ejemplar de los programas regulativos del Estado social, falta la correa de transmisión con la que transferir la racionalidad del procedimiento legislativo a los procedimientos de la Justicia y la Administración. Sin la eficacia automática de una estricta vinculación a la ley, tal como se supone en el modelo liberal y sólo en él, permanece abierta la cuestión de cómo la racionalidad procedimental de una parte puede quedar reflejada en la racionalidad experimental de la otra parte.

(4) Esta cuestión, por lo menos en lo concerniente a la racionalidad de la práctica de las decisiones judiciales, se convierte en punto de partida de una tercera línea argumentativa. Esta posición está bastante menos precisada que las que representan la crítica formalista del derecho y la crítica del derecho efectuada en términos de teoría de la democracia. La respuesta a la cuestión de cómo se las arregla la Justicia con el derecho desformalizado, aparece al menos en dos va-

riantes, la iusnaturalista y la contextualista. Pero hagamos antes una breve descripción de los fenómenos que vienen aquí al caso.

El análisis suele detenerse con preferencia en los ejemplos suministrados por la práctica de toma de decisiones del Tribunal Constitucional alemán, que tiene encomendada las tareas de control abstracto de las normas. También el derecho de familia, el derecho laboral y el derecho social confrontan a la jurisprudencia con materias que no pueden elaborarse conforme al patrón clásico que representa el procedimiento de los tribunales de derecho civil, es decir, el de subsumir el caso particular bajo una ley general²⁴. Pero es en las interpretaciones propias del derecho constitucional donde cabe reconocer muy bien tendencias hacia una práctica de toma de decisiones que no sólo llena huecos legales sino que representa un expreso desarrollo constructivo del derecho.

Aquí se muestra de forma particularmente clara que la apariencia que había hablado en favor del modelo liberal, se ha venido abajando. Ha quedado rota la barrera que establecía una separación entre la esfera estatal de la «realización del bien común» y el ámbito social de la persecución privada-autónoma del bienestar individual. La Constitución se presenta hoy como un todo dinámico, en el que en cada caso hay que establecer un equilibrio *ad hoc* entre el bien particular y el bien común a la luz de los principios constitucionales supremos y de una comprensión holista de la Constitución²⁵. La jerarquía entre norma fundamental y ley simple ha quedado tan disuelta como la estructura de regla de los derechos fundamentales²⁶. No hay en absoluto derecho alguno que no pueda restringirse en virtud de consideraciones concernientes a equilibrio entre principios. De ahí que el Tribunal Constitucional haya establecido el «principio de integración o de efecto recíproco», conforme al cual todo elemento del orden jurídico puede interpretarse de *modo distinto* según el contexto, a partir de una comprensión del «orden valorativo que la Constitución plasma» considerado en conjunto. Pero con esta anticipación del sentido reconstruido del todo, una anticipación que viene gobernada por principios, establécese no ciertamente en el plano de la letra del texto legal, pero sí metodológicamente, una estructura en dos niveles, la del orden legal y la de los principios legitimadores. Esta estructura en dos niveles tiene por consecuencia una considerable inseguridad jurídica. E. Denninger habla en este contexto de un desplazamiento de la dominación legal —de la do-

24. R. Salgo, «Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?»: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 31 (1984), pp. 221 ss.

25. E. Denninger, «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», en Ch. Broda (ed.), *Festschrift für R. Wassermann*, Darmstadt y Neuwied, 1985, pp. 279 ss.

26. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993.

minación de la legalidad de leyes y medidas— por una «dominación en virtud de una legitimidad sancionada por los jueces»²⁷.

Pero tanto más urgente se torna entonces para una crítica del derecho la cuestión de si la Justicia puede todavía confiar en llenar racionalmente esos espacios de discrecionalidad inevitablemente ampliados, es decir, en llenarlos con argumentos susceptibles de ser sometidos a comprobación intersubjetiva. Las reservas conservadoras vienen motivadas en general por la desconfianza contra un legislador parlamentario que puede dejarse arrastrar por la demagogia. En este punto esta actitud guarda una posición asimétrica con la línea de argumentación articulada en términos de teoría de la democracia. Pues también por el lado conservador resulta decisiva una especial valoración de la injusticia del régimen nacional-socialista. Una Justicia que pueda orientarse por principios jurídicos suprapositivos, constituiría un contrapeso contra «el positivismo de los fines o el positivismo del poder» «de mayorías carentes de pensamiento, ciegas al derecho, intimidadas o violentadas»²⁸. Como la fuerza legitimadora de la voluntad general democrática habría quedado enterrada por el positivismo jurídico, la producción legislativa tendría que venir sometida al control de una jurisprudencia que, ciertamente, quede vinculada a la ley, pero también «a las leyes supremas de una justicia material»²⁹. Ya se tomen esas leyes del derecho natural cristiano, ya se las tome de una ética material de los valores, ya se apele directamente en términos neoplatónicos al *ethos* en que se ha crecido, el caso es que con tal apelación a la «incondicionalidad» de un orden valorativo concreto se cumplen de hecho los temores de Max Weber de que la desformalización del derecho suponía abrir las puertas de par en par a una inundación de orientaciones valorativas materiales y, por tanto, controvertibles, y en el fondo irracionales³⁰.

Nota característica de los abogados de tal judicatura de los valores, ya se interprete ésta en términos iusnaturalistas, ya se interprete en términos contextualistas, es que comparten las *premisas filosóficas* de Max Weber, pero cambiándoles el signo. Ponen a un mismo nivel procedimientos, principios abstractos, y valores concretos. Como lo universal ético estaría ya siempre inserto en contextos de acción históricos y concretos, no podría haber una fundamentación o ponderación de principios conforme a un procedimiento general que garantizase la imparcialidad. Particularmente los neoplatónicos propenden a una ética de las instituciones que reduce o suspende la tensión entre norma y realidad, entre principio y regla, neutra-

27. E. Denninger, «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», p. 284.

28. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, p. 560.

29. *Ibid.*, p. 604.

30. U. K. Preuss, *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1973.

liza la diferencia que Kant establece entre cuestiones de fundamentación y cuestiones de aplicación y reduce las cuestiones morales a cuestiones prudenciales³¹. Y en este nivel de una «capacidad de juzgar» puramente pragmática se mezclan y confunden entonces de una forma un tanto opaca consideraciones pragmáticas y consideraciones de tipo funcional.

Tampoco el Tribunal Constitucional alemán, a la hora de proceder a sopesar valores concretos, dispone de criterios conforme a los que poder razonar la primacía de la que principios normativos (como el de trato igual o el de la dignidad humana) o importantes principios metodológicos (como el principio de proporcionalidad o el principio de adecuación) han de gozar sobre imperativos funcionales (como el de la paz laboral, el de la capacidad de funcionamiento del ejército o en general el de la reserva de posibilidad). Cuando los derechos individuales y los bienes colectivos quedan todos convertidos en valores, entre los que los primeros son tan particulares como los segundos, las consideraciones deontológicas y teleológicas, e incluso las consideraciones referentes a teoría de sistemas, se mezclan unas con otras de forma confusa y revuelta. Y la sospecha de que en el choque de tales preferencias valorativas ya no susceptibles de ulterior racionalización se impone también de hecho el interés más capaz de imponerse, es una sospecha más que fundada. Esta circunstancia explica entonces también por qué el resultado de los procesos judiciales puede predecirse relativamente bien recurriendo a un enfoque de teoría de intereses o teoría del poder.

Esta línea de argumentación es de interés sólo en cuanto que llama la atención sobre un problema no resuelto. Analizando el ejemplo del trato de la Justicia con el derecho desformalizado muestra que no puede negarse una moralización del derecho, la cual aparece ahora también de forma manifiesta, y que tampoco se la puede eliminar, pues va internamente asociada con la hornada de juridificación ligada al Estado social. Sin embargo, el derecho natural renovado en términos cristianos o en términos de ética de los valores, o el neoaristotelismo, se enfrentan a todo ello sin saber bien qué hacer porque el tipo de interpretación que representan no resulta adecuada para dar razón del núcleo racional de la práctica procedimental de los tribunales. Las éticas de los valores y las éticas de los bienes privilegian en cada caso *contenidos* normativos particulares: sus premisas normativas son demasiado fuertes como para poder servir de base a decisiones vinculantes para todos en una sociedad moderna caracterizada por el pluralismo de convicciones últimas. Sólo las teorías morales y las teorías de la justicia planteadas en términos

31. H. Schnädelbach, «Was ist Neoaristotelismus?», en W. Kuhlmann (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt a. M., 1986, pp. 38 ss.

procedimentalistas prometen un procedimiento *imparcial* para la fundamentación y ponderación de principios.

III. LA RACIONALIDAD DE PROCEDIMIENTOS JURÍDICAMENTE INSTITUCIONALIZADOS: CUESTIONES PREVIAS

(1) Si en las sociedades de nuestro tipo ha de ser posible una legitimidad a través de la legalidad, la fe en la legitimidad, la cual ya no puede contar con las certezas colectivas suministradas antaño por la religión y la metafísica, en algún sentido habrá de poder apoyarse en la racionalidad del derecho. Pero no se ha confirmado la suposición de Max Weber de que la base de la fuerza legitimadora de la legalidad sea una racionalidad autónoma, es decir, exenta de moralidad, inmanente al derecho como tal. Una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligado siempre a dar razones y fundamentaciones, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. Pero el formalismo del derecho no debe pensarse en términos concretistas ligándolo a determinados rasgos semánticos. La fuerza legitimadora la tienen más bien los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación y las vías por las que ha de procederse al desempeño argumentativo de tales exigencias. Además la fuente de legitimación no debe buscarse unilateralmente, no debe buscarse en un solo lugar, o bien en el de la producción legislativa, o bien en el de la administración de justicia. Pues bajo las condiciones de una política ligada a las obligaciones del Estado social, ni siquiera el legislador democrático más cuidadoso puede vincular a la Justicia y a la Administración mediante la forma semántica de la ley; pues no es posible prescindir del tipo de derecho regulativo ligado al Estado social. En los procedimientos jurídicos sólo cabe señalar un núcleo racional en el sentido práctico-moral de «racional», cuando se analiza cómo a través de la idea de imparcialidad (de imparcialidad tanto en la fundamentación de normas como en la aplicación de regulaciones vinculantes) se establece una conexión constructiva entre derecho vigente, procedimientos legislativos y procedimientos de aplicación del derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica. Si dejamos por un momento de lado el problema de la aplicación imparcial de las normas, la idea de imparcialidad, en el aspecto sobre todo de fundamentación de las normas, es desarrollada en aquellas teorías morales y en aquellas teorías de la justicia que proponen un procedimiento relativo a cómo pueden tratarse las cuestiones prácticas desde un punto de vista moral. La racionalidad de tal procedimiento puro, que antecede a toda institucionalización, se mide atendiendo a si en él queda articulado de forma adecuada el *moral point of view*.

En la actualidad veo *tres candidatos serios* a tal teoría procedimental de la justicia. Los tres provienen de la tradición kantiana, pero se distinguen por los modelos a que recurren para explicar el procedimiento de formación imparcial de la voluntad común³². John Rawls sigue partiendo del modelo de un convenio de tipo contractual e inserta en la descripción de la «posición original» las restricciones normativas bajo las que el egoísmo racional de las partes libres e iguales tiene que acabar conduciendo a la elección de principios normativamente correctos. La *fairness* de los resultados viene asegurada por el procedimiento mediante el que esos resultados se obtienen³³. Lawrence Kohlberg utiliza, en cambio, el modelo de G. H. Mead de la reciprocidad general de perspectivas entrelazadas unas con otras. En vez de una «posición original» idealizada, tenemos una asunción ideal de rol (*ideal role-taking*) que exige del sujeto que juzga moralmente ponerse en lugar de todos aquellos que se verían afectados por la entrada en vigor de la norma en cuestión³⁴. A mi juicio, ambos modelos tienen la desventaja de que no hacen del todo justicia a la pretensión cognitiva de los juicios morales. En el modelo del contrato nuestras convicciones morales quedan asimiladas a decisiones atenuadas a principios de elección racional, y en el modelo de la «asunción de rol» a ejercicios empáticos de comprensión del prójimo. Por eso K.-O. Apel y yo hemos propuesto entender la argumentación moral misma como el procedimiento adecuado de formación racional de la voluntad. El examen de pretensiones de validez hipotéticas representa tal procedimiento, porque quien quiere argumentar seriamente ha de empezar asumiendo (y estribando en) las suposiciones idealizadoras que comporta una forma de comunicación tan exigente como es el discurso práctico. Pues todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que es lícito ejercer es la que ejercen los mejores argumentos³⁵.

No voy a entrar aquí en discusiones concernientes a teoría moral. En nuestro contexto nos basta con constatar que existen candidatos serios para una teoría procedimental de la justicia. Porque si ello no fuera así, quedaría en el aire mi tesis de que derecho procedimental y fundamentación moral de principios son cosas que se remiten la una a la otra. La legalidad sólo puede engendrar legiti-

32. J. Habermas, «Gerechtigkeit und Solidarität», en W. Edelstein y G. Nunner-Winkler (eds.), *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt a. M., 1986.

33. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, México, 1979.

34. L. Kohlberg, *Filosofía del desarrollo moral*, Bilbao, 1992.

35. J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M., 1983; K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988.

midad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean *permeables* a los discursos morales.

(2) Sin embargo, no deben confundirse los límites entre derecho y moral. Los procedimientos que las teorías de la justicia ofrecen para explicar cómo puede enjuiciarse algo desde un punto de vista moral sólo tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el que la racionalidad del procedimiento habría de garantizar la «validez» de los resultados obtenidos conforme a ese procedimiento. Pero los procedimientos jurídicos se aproximan a las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta o completa porque llevan asociados criterios institucionales y, por tanto, criterios independientes, en virtud de los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a derecho. El procedimiento que representan los discursos morales, es decir, los discursos no jurídicamente regulados, no cumple esta condición, en este caso la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta. La cuestión de si tal o cual problema se ha enjuiciado desde un punto de vista moral, es algo que sólo puede decidirse desde la perspectiva de los participantes mismos; pues aquí no hay criterios externos o previos. Ninguno de estos procedimientos puede prescindir de idealizaciones, si bien éstas —como ocurre en el caso de los supuestos de la práctica de la argumentación— no tienen alternativa alguna, es decir, resultan inevitables o ineludibles en el sentido de una necesidad transcendental débil. Por otro lado, son precisamente las debilidades de una racionalidad procedimental incompleta o imperfecta de este tipo las que desde puntos de vista funcionales explican por qué determinadas materias necesitan de una regulación jurídica y no pueden dejarse a reglas morales de corte postradicional. Sea cual fuere el procedimiento conforme al cual hemos de juzgar si una norma podría encontrar el asentimiento no coercitivo, es decir, racionalmente motivado, de todos los posibles afectados, tal procedimiento no garantiza ni la infalibilidad ni la univocidad del resultado, ni tampoco que éste se obtenga en el plazo deseado. Una moral autónoma sólo dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de normas. Este alto grado de indeterminación cognitiva se ve además reforzado porque una aplicación (que resulte sensible al contexto) de reglas sumamente abstractas a situaciones complejas —descritas de la forma más adecuada posible y también de la forma más completa posible en lo que se refiere a sus aspectos relevantes— entraña además una incertidumbre estructural adicio-

nal³⁶. A esta debilidad cognitiva responde una debilidad motivacional. Toda moral postradicional exige un distanciamiento respecto de las evidencias y autoevidencias de las formas de vida en las que uno ha crecido sin hacerse problema de ellas. Y tales convicciones morales desconectadas de la eticidad concreta de la vida cotidiana no comportan sin más la fuerza motivacional necesaria para hacer también prácticamente eficaces los juicios morales. Cuanto más se interioriza la moral y cuanto más autónoma se vuelve, más se retira al ámbito de lo privado.

De ahí que en todos aquellos ámbitos de acción en que conflictos, problemas funcionalmente importantes y materias de importancia social exigen tanto una regulación unívoca, como a plazo fijo, y vinculante, sean las normas jurídicas las encargadas de resolver las inseguridades que se presentarían si todos esos problemas se dejasen a una regulación puramente moral del comportamiento. La *complementación* de la moral por un derecho coercitivo puede justificarse, pues, moralmente. K.-O. Apel habla a este propósito del problema de qué puede en definitiva exigirse en el contexto de una moral universalista que como tal ha de ser por fuerza una moral bien exigente³⁷. Pues incluso las normas moralmente bien fundadas sólo son exigibles en la medida en que aquellos que ajusten a ellas su comportamiento puedan esperar que también los otros se comporten de conformidad con esas normas. Pues sólo bajo la condición de una observancia de las normas practicada por todos, cuentan las razones que pueden aducirse para la justificación de tales normas. Pues bien, como de las convicciones morales no cabe esperar que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad que en todos los casos, es decir, con carácter general, las haga efectivas en la práctica, la observancia de tales normas sólo es exigible (si nos situamos en la perspectiva de lo que Weber llamaba una ética de la responsabilidad) si cobran obligatoriedad jurídica.

Rasgos importantes del derecho positivo se tornan comprensibles si entendemos el derecho desde este punto de vista de una compensación de las debilidades de una moral autónoma. Las expectativas de comportamiento jurídicamente institucionalizadas cobran *fuerza vinculante* mediante su conexión o acoplamiento con el poder de sanción estatal. Se extienden a aquello que Kant llamaba *aspecto externo* de la acción, no a los motivos e intenciones, en relación con los cuales no cabe forzar a nadie. La *administración profesional* del derecho fijado por escrito, público y sistemáticamente configurado,

36. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988.

37. K.-O. Apel, «Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?», ahora en Id., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 103 ss.

exonera a las personas jurídicas privadas del esfuerzo que ha de hacer el individuo mismo cuando se trata de la solución moral de los conflictos de acción. Finalmente, el derecho positivo debe sus rasgos *convencionales* a la circunstancia de que es puesto en vigor por las decisiones de un legislador político y de que, en principio, puede cambiarse a voluntad.

Esta dependencia del derecho respecto de la política explica también el aspecto instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son en todo momento fines en sí, las normas jurídicas valen *también* como medios para conseguir objetivos políticos. Pues no sólo están ahí, como ocurre en el caso de la moral, para la solución imparcial de conflictos de acción, sino también para la puesta en práctica de programas políticos. Los objetivos políticos y las medidas políticas que traducen esos objetivos a la práctica sólo cobran fuerza vinculante merced a su forma jurídica. En este aspecto el derecho se sitúa entre la política y la moral; y correspondientemente, como ha mostrado Dworkin, en el discurso jurídico los argumentos relativos a interpretación de las leyes, cuando se trata de aplicar éstas, se unen, así con argumentos relativos a objetivos políticos, como con argumentos que pertenecen al campo de las justificaciones morales.

(3) Hasta ahora las consideraciones que hemos venido haciendo acerca de la cuestión de la legitimidad de la legalidad nos han puesto en primer plano el tema «derecho y moral». Hemos aclarado cómo se complementan mutuamente un derecho exteriorizado en términos convencionales (en el sentido que a esta expresión da L. Kohlberg) y una moral interiorizada. Pero más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo *entrelazamiento* de derecho y moral. Éste se produce porque en los órdenes e instituciones del Estado de derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que quedan abiertas a argumentaciones morales. La moral ya no se cierne por *encima del* derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas); emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Pero esa moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también se instala en el derecho mismo, es de naturaleza procedimental; se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación y aplicación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse mutuamente. En los discursos jurídicos el tratamiento argumentativo de cuestiones práctico-morales queda, por así decir, domesticado por vía de institucionalización jurídica; ese tratamien-

to viene limitado, en lo que se refiere a método, por la vinculación al derecho vigente; en la dimensión objetiva viene limitado en lo que respecta a temas y cargas de la prueba; en la dimensión social, en lo que respecta a condiciones de participación, a inmunidades y a distribución de papeles; y en la dimensión del tiempo, en lo que respecta a plazos de decisión. Pero, a la inversa, también la argumentación moral queda institucionalizada como un procedimiento abierto, que obedece a su propia lógica interna y controla así su propia racionalidad. La estructuración jurídica no penetra en el interior de la argumentación hasta el punto de que ésta hubiera de detenerse o tuviera que quedar atascada en los límites del derecho positivo. El derecho mismo deja en franquía y estimula una dinámica de fundamentación y justificación, que también puede llegar a trascender la letra del derecho positivo, de forma no determinada ni prevista por éste.

Naturalmente, esta concepción habría de matizarse y diferenciarse atendiendo a los contextos diversos que son los discursos propios de las ciencias jurídicas, o los discursos que en la administración de justicia se producen por parte de los fiscales y abogados y por parte de los jueces, y también atendiendo a los diversos ámbitos temáticos (desde cuestiones próximas a la moral hasta cuestiones puramente técnicas). Y entonces esta concepción podría servir al objetivo crítico de reconstruir la correspondiente práctica de toma de decisiones desde el punto de vista de en qué medida los procedimientos jurídicos dejan espacio para la lógica de la argumentación o distorsionan sistemáticamente el juego argumentativo mediante restricciones en que implícitamente se hacen valer coerciones externas. Naturalmente, tales efectos no solamente se reflejan en las regulaciones jurídicas mismas de tipo procedimental, sino también en el modo como tales regulaciones se llevan a la práctica. A veces se da una clase especial de argumentos que se presta muy bien a tal reconstrucción; en la práctica de las decisiones judiciales es fácil, por ejemplo, someter a este tipo de reconstrucción las fundamentaciones de las sentencias que ponen entre paréntesis puntos de vista normativos para sustituirlos por argumentos relativos a imperativos funcionales que se dan por obvios. Precisamente en tales ejemplos queda claro que la justicia y el sistema jurídico reaccionan ciertamente a la sociedad, pero que no son autónomos frente a ella. Pues la cuestión de si hay que someterse a imperativos sistémicos, bien sea de la economía, bien sea del aparato estatal mismo, incluso cuando tales imperativos quebrantan o merman principios bien fundados, no es algo que en última instancia se decida en los tribunales de justicia, tampoco en el espacio público-jurídico, sino en las luchas políticas acerca del trazado de límites entre sistema y mundo de la vida.

Ahora bien, hemos visto que la fuerza legitimadora que tiene su sede en la racionalidad de los procedimientos jurídicos, se comunica a la dominación legal no sólo a través de las normas procedimentales de la administración de justicia, sino en mayor grado aún a través del procedimiento democrático de producción de normas. Pero el que los procedimientos parlamentarios puedan tener un núcleo racional en sentido práctico-moral, no es algo que a primera vista resulte tan plausible. Pues en este caso todo parece reducirse a la adquisición de poder político y a una competición (regida, regulada y controlada por ese poder) de intereses divergentes y contrapuestos, de suerte que las discusiones parlamentarias serían accesibles a lo sumo a un análisis empírico, pero no a una reconstrucción crítica conforme al modelo de una negociación *fair* de compromisos, ni mucho menos conforme al modelo de una formación discursiva de la voluntad común. En este lugar no puedo ofrecer ningún modelo satisfactorio, pero sí quiero subrayar la existencia de teorías de la Constitución centradas en la idea del proceso político-democrático que la Constitución regula, las cuales responden a un planteamiento crítico-reconstrutivo³⁸. La regla de la mayoría, las normas de procedimiento parlamentario, la ley electoral, etc., se analizan desde el punto de vista de cómo y hasta qué punto puede asegurarse que en los procesos parlamentarios de decisión se tomen en consideración todos los intereses afectados y todos los aspectos relevantes de la materia de que se trate. Una debilidad de estas teorías la veo, no tanto en ese enfoque como tal, centrado en la idea de proceso político, sino en que no desarrollan sus puntos de vista normativos desde una lógica de la argumentación moral, ni los aplican a las condiciones comunicativas para una formación discursiva de la voluntad. Por lo demás, la formación intraparlamentaria de la voluntad sólo constituye un pequeño segmento de la vida pública. La calidad racional del proceso de producción legislativa no sólo depende de cómo trabajan en el Parlamento las mayorías elegidas y las minorías elegidas. Depende también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad y nitidez con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate, en una palabra: del carácter discursivo de la formación no institucionalizada de la opinión en el espacio público político. La calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abra el espacio de la opinión pública política con sus medios de comunicación y sus estructuras³⁹. Pero todos estos enfoques se exponen a la

38. J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., 1980.

39. F. Michelman, «Justification (and Justifiability) of Law»: *Nomos*, t. XVIII (1986), pp. 71 ss.

duda de si en vista del vertiginoso crecimiento de la complejidad de la sociedad, este tipo de planteamientos no tienen que resultar irremediabilmente ingenuos. Si tenemos presente la crítica de la escuela realista, que hoy vienen siendo radicalizadas por los *Critical Legal Studies*, toda investigación normativa que considera al Estado democrático de derecho desde su propia perspectiva interna y, por así decir, le tome la palabra, cae víctima de un impotente idealismo. En la próxima lección cambiaré de perspectiva y pasaré a un tipo de consideración, no tanto normativo, como de teoría de la sociedad.

Segunda lección

SOBRE LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO

Con la pregunta de Max Weber de cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad, implícitamente he aceptado de entrada una teoría que describe la evolución del derecho desde el punto de vista de una racionalización del derecho. Este enfoque exige un entrelazamiento nada habitual de estrategias de investigación de tipo descriptivo y de tipo normativo. La historia de la ciencia nos ofrece casos de interacción similar entre la explicación externa de un cambio de paradigma y la reconstrucción interna de aquellos problemas no resueltos que acabaron haciendo degenerar un programa de investigación que ya no lograba ofrecer más impulsos. El tránsito de la dominación tradicional a la legal es un fenómeno complejo que exige ante todo una investigación empírica en conexión con otros procesos de modernización; por otro lado, Weber interpreta las cualidades formales del derecho desde la perspectiva interna de la evolución jurídica como resultado de un proceso de racionalización.

Hasta aquí hemos seguido a Max Weber por esta vía de una reconstrucción interna, pero no de forma acrítica. Hemos visto *primero* que la forma del derecho moderno, aunque se la describa bajo premisas del formalismo jurídico, de ningún modo se la puede describir como «racional» en un sentido moralmente neutral. Hemos mostrado, *segundo*, que el cambio de forma del derecho, que se produce en el Estado social, en modo alguno tiene por qué destruir las cualidades formales del derecho, entendidas éstas en un sentido lato. Las cualidades formales pueden ser objeto de una versión más abstracta atendiendo a la relación de complementariedad entre derecho positivo y una justicia entendida en términos procedimentalistas. Pero este resultado nos ha dejado, *tercero*, con el problema de que criterios de una racionalidad procedimental extraordinariamente exigente emigran al medio que es el derecho. En cuanto se vuelve explícita de este modo la cuestión implícita de cómo es posible un derecho justo

a la vez que funcional, que es la que subyace en casi toda la crítica jurídica desde Max Weber, plantéase la contrapregunta realista de si el sistema jurídico, en una sociedad que se torna cada vez más compleja, puede soportar una tensión hasta tal punto agudizada entre exigencias normativas y requisitos funcionales. Impónese la duda de si para un derecho que tiene que funcionar en tal entorno la autocomprensión idealista de una justificación moral a partir de principios puede consistir en otra cosa que en un puro y huero ornamento.

Muchos entienden esa cuestión como una simple escaramuza retórica, propia de una posición en retirada y, abandonando la perspectiva normativa, pasan a una perspectiva de observador articulada en términos, bien de sociología del derecho, bien de teoría económica del derecho. Pues para el observador sociológico aquello que para los participantes *es* normativamente vinculante, se presenta como algo que los participantes *tienen por* correcto. Desde este punto de vista la fe en la legalidad pierde también su relación interna con las buenas razones. Y en todo caso pierden su significado y relevancia las estructuras de racionalidad traídas a luz con intención reconstructiva. Pero en este cambio de perspectiva metodológica los problemas normativos quedan sólo neutralizados por pura decisión. Quedan desplazados a los márgenes, pero desde allí pueden volver a irrumpir en cualquier momento. De ahí que resulte más prometedor una reformulación funcionalista de los problemas normativos. Esos problemas no se dejan de antemano de lado, sino que se los hace desaparecer por vía de una descripción que los interpreta.

En primer lugar (I) entraré en algunos aspectos básicos de la teoría del derecho que Luhmann articula en términos de funcionalismo sistémico y llamaré la atención sobre algunos fenómenos en los que esa estrategia de explicación labora en vano. Partiendo del resultado de que la autonomía del sistema jurídico no puede aprehenderse satisfactoriamente en conceptos de la teoría de sistemas, investigaré en una segunda parte (II) en qué sentido el derecho moderno se diferenció, con ayuda del derecho natural racional, del complejo que en la tradición formaban la política, el derecho y la moral. Finalmente (III), nos ocuparemos de la cuestión de si del hundimiento del derecho natural racional surge una idea de Estado de derecho, que no se limita a enfrentarse impotente a una sociedad de elevada complejidad y acelerado cambio estructural, sino que tiene sus raíces en esa misma sociedad.

I. ¿AUTONOMÍA SISTÉMICA DEL DERECHO?

(1) Luhmann entiende el derecho como un sistema autopoiético y desarrolla sobre esta base una teoría de altos vuelos, utilizable tam-

bién en la perspectiva de una crítica del derecho⁴⁰. Lo que desde la perspectiva interna de la dogmática jurídica aparece en forma de una práctica normativa de toma de decisiones, Luhmann lo explica en términos funcionalistas como resultado de procesos fácticos de mantenimiento autocontrolado de la propia consistencia por parte de un determinado subsistema social. La teoría sistémica del derecho podemos caracterizarla brevemente señalando tres de sus aspectos claves en lo que respecta a estrategia conceptual. En primer lugar, la cualidad deontológica de las normas jurídicas queda redefinida de suerte que resulta accesible a un análisis puramente funcional (a). A continuación esta concepción positivista del derecho es objeto de una redesccripción funcionalista, quedando traducida al modelo de un sistema jurídico diferenciado, que funcionaría con plena autonomía (b). Finalmente, la legitimidad a través de la legalidad es explicada como un autoengaño estabilizador del sistema, que viene impuesto por el propio código con que opera el derecho y que el propio sistema jurídico se encarga de absorber y neutralizar (c).

ad (a) Lo primero que Luhmann hace es desnudar a las expectativas generalizadas de comportamiento de su carácter deontológico, es decir, de su carácter normativamente vinculante⁴¹. Luhmann hace desaparecer el sentido ilocucionario de los preceptos (o de las prohibiciones y permisos) y, por tanto, el efecto de establecer vínculos, que tienen esos actos de habla. Pues reinterpreta en términos de teoría del aprendizaje las expectativas normativas de comportamiento convirtiéndolas en una variante de las expectativas cognitivas, de las expectativas que no descansan en títulos o autorizaciones, sino en pronósticos. Conforme a esta lectura las normas sólo pueden estabilizar expectativas e inmunizarlas contra los desengaños a costa de un déficit cognitivo. Bajo esta descripción empirista las expectativas normativas aparecen como expectativas cognitivas dogmatizadas, como expectativas cognitivas sostenidas por la voluntad de no aprender. Y como el negarse a una adaptación guiada por el aprendizaje es arriesgado, las expectativas normativas han de venir respaldadas por una autoridad especial, entre otras cosas han de venir aseguradas por institucionalización estatal y por la amenaza de sanciones, con otras palabras: han de ser transformadas en derecho. Cuanto más complejas se tornan las sociedades, tanto mayor es también la presión que se ejerce sobre el sistema jurídico para que se someta a cambios. Ha de adaptarse de forma acelerada a los cambios del entorno.

40. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983; Id., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981.

41. *Ibid.*, pp. 73 ss.

ad (b) Y así, en el siguiente paso Luhmann describe el derecho positivo como una inteligente combinación de no disponibilidad al aprendizaje, es decir, de negativa a aprender —en el sentido de una normatividad reinterpretada en términos empiristas— y de capacidad de aprendizaje. Esta capacidad la adquiere el derecho mediante diferenciación, en la medida en que, por una parte, se desliga de las normas morales extrañas al derecho o de las normas morales fundamentadas en términos de derecho natural y, por otra parte, se vuelve independiente de la política, es decir, de las instancias legislativas y de la Administración. Pues es entonces cuando se establece como un sistema funcionalmente especificado, que opera en términos autorreferenciales, que elabora informaciones externas ateniéndose solamente a su propio código y que se reproduce a sí mismo *junto a* otros subsistemas sociales. Este tipo de autonomía sistémica el sistema jurídico la paga, empero, con esa paradoja de la que también adolecía ya la «regla de reconocimiento» de Hart: lo que visto desde fuera es un hecho social, o una propiedad emergente o una práctica a la que se está habituado, y en todo caso algo que se presenta de forma contingente, ha de poder ser aceptado desde dentro como un convincente criterio de validez. En ello no hace sino reflejarse la paradoja inscrita en los propios fundamentos de validez del derecho positivo: si la función del derecho consiste en estabilizar expectativas de comportamiento normativamente generalizadas, ¿cómo puede ser cumplida todavía esta función por un derecho cambiante a voluntad que sólo es válido en virtud de la decisión de un legislador político? También Luhmann se ve obligado a dar respuesta a la cuestión de cómo es posible la legitimidad por medio de la legalidad.

ad (c) Un sistema jurídico diferenciado no puede romper esa circularidad con que se presenta el código jurídico al volverse autónomo, a saber, la circularidad que consiste en que sólo puede considerarse derecho aquello que ha sido establecido como derecho mediante los procedimientos jurídicamente estatuidos, recurriendo para romperla a razones legitimantes de tipo extrajurídico. Si el derecho, aun con independencia del hecho de que en tanto que derecho positivo sólo es válido mientras no sea revocado, ha de ser aceptado como válido, ha de poder al menos mantener la ficción de ser un derecho justo o correcto, y ello tanto entre los destinatarios del derecho, que tienen la obligación de obedecerlo, como también entre los expertos que administran el derecho sin cinismo.

En este punto Luhmann da a la legitimación mediante procedimiento una interesante interpretación⁴². Los procedimientos institucionalizados de aplicación del derecho vigente están ahí, en lo que

42. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969.

a los destinatarios concierne, para domesticar la disponibilidad al conflicto de los clientes en inferioridad de condiciones, absorbiendo desengaños. En el curso de un proceso las posiciones quedan hasta tal punto especificadas en orden al resultado abierto, los temas de conflicto quedan hasta tal punto despojados de las relevancias de que están revestidos en el mundo de la vida y reducidos de tal suerte a pretensiones puramente subjetivas, «que el obstinado queda aislado como individuo y despolitizado»⁴³. No se trata, pues, de generación de consenso, sino sólo de que surja la apariencia externa (o la probabilidad de la suposición) de una aceptación general. Consideradas las cosas desde un punto de vista de psicología social, el verse implicado en procedimientos jurídicos tiene algo que desarma a uno, pues tal implicación fomenta la impresión de que aquellos a quienes ha ido mal «no pueden apelar a un consenso institucionalizado, sino que deben aprender».

Pero, naturalmente, esta explicación sólo puede ser válida para los legos, pero no para los expertos en derecho que, en tanto que jueces, abogados o fiscales, administran el derecho. Los juristas que elaboran los casos y que, para hacerlo, se orientan cada vez más por las consecuencias, conocen el espacio de discrecionalidad de que disponen y saben que los pronósticos son inseguros y los principios multívocos. Pero si, a pesar de ello, este empleo, digamos, oficial del derecho no ha de destruir la legitimidad del derecho, los procedimientos jurídicos han de ser interpretados por parte de los iniciados de forma distinta que por parte de los clientes, a saber, como la institucionalización de deberes de fundamentación y de cargas de argumentación. Los argumentos están para que los juristas, en tanto que implicados en el procedimiento, puedan entregarse a la ilusión de no estar decidiendo a voluntad y conforme al propio arbitrio: «Todo argumento disminuye el valor de sorpresa de los argumentos que le siguen y, en último término, el valor de sorpresa de las decisiones»⁴⁴. Desde puntos de vista funcionalistas una argumentación puede, desde luego, describirse también así; pero Luhmann tiene por suficiente la descripción que da porque no atribuye a las razones una fuerza racionalmente motivadora. Pues conforme a su concepción no hay ningún buen argumento en favor de que los malos argumentos son malos argumentos; por fortuna, mediante la argumentación surge, empero, la apariencia «de que fuesen las razones las que justificasen las decisiones y no (la necesidad de tomar) decisiones las razones»⁴⁵.

43. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, p. 264.

44. N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 35.

45. *Ibid.*, p. 33 (el paréntesis es mío).

(2) Bajo estas tres premisas el cambio de forma del derecho, que ha venido diagnosticándose desde Max Weber, puede entonces interpretarse como consecuencia de un proceso de diferenciación lograda del sistema jurídico. Las operaciones de adaptación que una sociedad que se vuelve cada vez más compleja exige del sistema jurídico, imponen pasar a un estilo cognitivo, es decir, a una práctica de toma de decisiones, sensible al contexto, dispuesta a aprender y flexible. Sin embargo, este desplazamiento del centro de gravedad desde las tareas específicas de un aseguramiento normativo de expectativas generalizadas de comportamiento a tareas de control o regulación sistémica no puede ir tan lejos que se vea amenazada la identidad del derecho mismo⁴⁶. Estaríamos ante tal caso límite si, por ejemplo, el sistema jurídico, mostrándose demasiado dispuesto a aprender, sustituyese la autocomprensión que le suministra la dogmática jurídica, por un análisis sistémico tomado desde fuera. Por ejemplo, la internalización del tipo de descripción que desde fuera hace Luhmann, conduciría a una disolución cínica de la conciencia normativa entre los expertos en derecho y pondría en peligro la autonomía del código que el derecho representa.

El concepto de autonomía sistémica del derecho tiene también un valor crítico. Luhmann, al igual que Max Weber, ve en las tendencias a la desformalización del derecho el peligro de una mediación del derecho por la política; pero Luhmann tiene que percibir esa «sobrepolitización» como el peligro de una desdiferenciación que se produce cuando el formalismo del derecho cede a cálculos de poder y de utilidad y finalmente queda engullido por esos cálculos. La autonomía del sistema jurídico coincide con la capacidad de éste de controlarse y regularse a sí mismo en términos reflexivos y deslindarse de la política y de la moral. Por esta vía Luhmann se ve devuelto a la cuestión de Max Weber de la racionalidad del derecho, cuestión que Luhmann creía haber dejado ya tras de sí. Pues para definir, por lo menos analíticamente, la autonomía del sistema jurídico, Luhmann tiene que señalar el principio estructurador que, por ejemplo, distingue específicamente el derecho del poder o del dinero. Luhmann necesita un equivalente de la racionalidad inmanente a la forma jurídica. Primero, con Weber y Forsthoff había considerado la forma de las leyes abstractas y generales, es decir, los programas jurídicos condicionales, como elemento constitutivo del derecho en general. Pero mientras tanto tampoco Luhmann puede dejar ya de lado como simples desviaciones el derecho material y el derecho reflexivo. De ahí que Luhmann haya introducido una tajante distinción entre el código jurídico o código con que opera el derecho y los programas jurídicos, de suerte que la autonomía del siste-

46. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 388 ss.

ma jurídico sólo dependería del mantenimiento de un código jurídico diferenciado. Pero acerca de este código sólo se nos dice que permite la distinción binaria entre derecho y no-derecho entre el «justo» y el «injusto» jurídicos. Pero de esta forma tautológica no pueden obtenerse determinaciones formales más detalladas. No es casual que Luhmann llene el espacio en que habría de explicarse la unidad del código, con un signo de interrogación⁴⁷. En ello yo veo algo distinto que sólo el *desideratum* de una explicación conceptual de la que, por el momento, no se dispone.

Pues Luhmann ya no puede entender como racionalidad las determinaciones formales de ese derecho que se ha vuelto autónomo, una vez que sólo concede ya a las argumentaciones jurídicas el papel de una autoilusión funcionalmente necesaria, suscitada mediante el aparato fabricado por la dogmática jurídica. Es incluso una condición necesaria de la autonomía del sistema jurídico el que estas argumentaciones permanezcan referidas a los casos particulares y concretos; pues no deben autonomizarse en términos de filosofía del derecho convirtiéndose en una tematización de los inevitablemente paradójicos fundamentos de validez del derecho positivo. Pues las argumentaciones jurídicas sólo pueden resultar funcionales mientras mantengan esa paradoja lejos de la conciencia del «uso oficial del derecho». Esas argumentaciones no deben dar paso a reflexiones sobre fundamentos. El código no debe ser analizado *simultáneamente* desde dentro y desde fuera; tiene que permanecer aporético. Pero a lo que en realidad estamos asistiendo es precisamente a lo contrario. El debate sobre juridificación muestra que la desformalización del derecho provoca discusiones que acaban en una crítica del derecho, suscitando una problematización del derecho mismo, que se extiende a todo el espectro de cuestiones posibles sobre él.

(3) También en Estado Unidos, con el movimiento de los *Critical Legal Studies*, ha irrumpido desde el centro de la dogmática jurídica misma una discusión que pone bajo la lupa la comprensión formalista del derecho y la desmonta sin misericordia⁴⁸. La crítica, desarrollada aquí en términos de casuística, queda resumida en la tesis de la indeterminación del derecho. Esa tesis no dice que el resultado de los procesos judiciales sea sin más indeterminado. Todo práctico experimentado es capaz de hacer pronósticos con una alta probabilidad de acierto. Indeterminado es el resultado de los procesos judiciales sólo en el sentido de que no puede predecirse en virtud de supuestos jurídicos unívocos. No es el texto de la ley el que determi-

na la sentencia. Antes en el ámbito de decisión del juez, a éste le vienen adelantados y sugeridos los argumentos; a través de supuestos básicos de fondo, sobre los que no se reflexiona, y de prejuicios sociales que se condensan en ideologías profesionales, se imponen más bien como buenas razones intereses no confesados.

Este tipo de crítica, habida cuenta de las ásperas reacciones que provoca, para lo que parece hecha es para conmover la conciencia normativa de los juristas. Pero contra el análisis sistémico de Luhmann y también contra la autocomprensión del movimiento de los *Critical Legal Studies* hay que insistir en que esta clase de autorreflexión «disfuncional» del sistema jurídico sólo puede desarrollarse desde el interior de la propia práctica de la argumentación jurídica precisamente porque ésta trabaja con suposiciones de racionalidad a las que se puede tomar la palabra y volverlas contra las propias prácticas vigentes. Manifiestamente, junto con las cargas argumentativas u obligaciones argumentativas que los procedimientos distribuyen queda institucionalizado también un aguijón autocrítico que es capaz también de horadar y romper ese autoengaño o esa autoilusión que Luhmann eleva falsamente a necesidad sistémica.

Ciertamente, la amplia bibliografía acerca de la indeterminación de la práctica de las decisiones de los tribunales⁴⁹ contradice a esa sabiduría convencional a la que, por ejemplo, apela M. Kriele contra la lectura funcionalista que Luhmann hace de la argumentación jurídica: «Luhmann parece desconocer la razón fundamental de la función legitimante de los procedimientos: ...esos procedimientos aumentan la probabilidad de que se hagan valer todos los puntos de vista relevantes y de que se discuta detalladamente el orden de prioridades temporales y objetivas que se establecen; y acrecientan, por tanto, la oportunidad de que la decisión venga justificada racionalmente. La institucionalización duradera de procedimientos aumenta la probabilidad de que las decisiones del poder estatal estuviesen también justificadas en el pasado y de que lo estén en el futuro...»⁵⁰. Pero esta sabiduría es también convencional en un sentido distinto; expresa las suposiciones de racionalidad que, en tanto que presuposiciones contrafácticas, sólo pueden ser eficaces en la medida en que actúen de estándares a los que pueda apelar la crítica y la autocrítica de los participantes. Estas suposiciones de racionalidad perderían su significado operativo en el instante en que fuesen suprimidas como criterios⁵¹.

Contra la teoría de Luhmann habla no solamente el hecho de ese tipo de crítica que desde la aparición de las escuelas realistas se viene

47. N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, Opladen, 1986, pp. 95 ss.

48. R. W. Gordon, «Critical Legal Histories»: *Stanford Law Review* (1984), pp. 57 ss.; R. M. Unger, *Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass., 1986.

49. A. Altman, «Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin»: *Philosophical and Public Affairs* 15 (1986), pp. 205 ss.

50. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen, 1981, pp. 38 s.

51. F. J. Michelman, «Justification (and Justifiability) of Law»: *Nomos*, t. XVIII (1986).

ejerciendo una y otra vez. También los resultados de esa crítica muestran que eso de la autonomía del derecho no las tiene todas consigo. Pues la autonomía del sistema jurídico no puede quedar sólo garantizada porque todos los argumentos de procedencia extrajurídica queden conectados con los textos legales y revestidos del lenguaje del derecho positivo. Esto es exactamente lo que afirma Luhmann: «El sistema jurídico cobra su clausura o completud operativa porque tiene como código la diferencia entre “justo” e “injusto” jurídicos y ningún otro sistema opera con este código. Mediante este código bivalente (“justo”/“injusto”) se genera la seguridad de que, cuando se está en lo “justo” se está en lo “justo” y no en lo “injusto”»⁵². La crítica immanente a las concepciones del positivismo jurídico, tal como esa crítica se ha venido haciendo desde Fuller hasta Dworkin contra Austin, Kelsen y Hart, permite ver que la aplicación del derecho, y ello de forma cada vez más explícita, no tiene más remedio que recurrir a consideraciones concernientes a objetivos políticos, así como a fundamentaciones morales y a la ponderación de principios. Pero esto, en conceptos de Luhmann, significa que en el código con que opera el derecho penetran contenidos provenientes de los códigos con que opera la moral y con que opera el poder; por tanto, el sistema jurídico no es un sistema «cerrado».

Además, la autorreferencialidad lingüística del sistema jurídico, asegurada por el código con que opera el derecho, no puede excluir que se impongan estructuras latentes de poder, sea a través de los programas jurídicos que el legislador político dicta, sea en forma de argumentos que los jueces dan de antemano por obvios, a través de los cuales penetran en la administración de justicia intereses jurídicamente espurios.

Manifiestamente, el concepto de autonomía sistémica, aun en caso de que tenga una referencia empírica, no atina con la intuición normativa que vinculamos con la idea de «autonomía del derecho». La práctica de las decisiones judiciales sólo la consideramos independiente en la medida en que, *primero*, los programas jurídicos del legislador no vulneran el núcleo moral del formalismo jurídico; y en la medida en que, *segundo*, las consideraciones de tipo político y de tipo moral que inevitablemente penetran en la administración de justicia estén fundamentadas y no se impongan simplemente como racionalización de intereses jurídicamente espurios. Max Weber tenía ya razón: sólo la cuidadosa preocupación por la racionalidad immanente al derecho mismo puede asegurar la independencia del sistema jurídico. Pero porque el derecho guarda una relación interna con la política, por un lado, y con la moral, por otro, la racionalidad del derecho no puede ser sólo asunto del derecho.

52. N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 26.

II. RAZÓN Y POSITIVIDAD: SOBRE EL ENTRELAZAMIENTO DE DERECHO, POLÍTICA Y MORAL

(1) Si queremos entender por qué la diferenciación del derecho de ningún modo disuelve por completo el interno entrelazamiento de éste con la política y con la moral, lo más adecuado es echar una mirada retrospectiva sobre el nacimiento del derecho positivo. Este proceso abarca en Europa desde fines de la Edad Media hasta las grandes codificaciones del siglo XVIII. También en los países de la *Common Law* el derecho consuetudinario queda recubierto y rearticulado por el derecho romano mediante el influjo ejercido por juristas de formación académica; en ese proceso el derecho va quedando sucesivamente adaptado a las condiciones de tráfico de la economía capitalista emergente y a la dominación burocratizada de los Estados territoriales que entonces nacen. Este complicado proceso, rico en variantes y difícil de abarcar, me limitaré aquí a focalizarlo hacia un punto que reviste especial importancia en el contexto de nuestras consideraciones relativas a filosofía del derecho. Pues lo que la positivación del derecho filosóficamente significa puede entenderse mejor sobre el trasfondo de la estructura trimembre del sistema jurídico medieval, que entonces se derrumba.

Desde una cierta distancia cabe reconocer en nuestras propias tradiciones jurídicas correspondencias con aquellos tres elementos que, según los planteamientos de sociología jurídica comparada, habrían conformado la cultura jurídica de los imperios antiguos⁵³. El sistema jurídico queda situado en esas culturas premodernas bajo la cúpula de un derecho sacro que se encargan de administrar e interpretar especialistas en teología y en derecho. La pieza nuclear de ese sistema jurídico la constituye el derecho burocrático, «puesto» por el rey o emperador (quien es al mismo tiempo juez supremo) en concordancia con esas tradiciones de derecho sacro, es decir, en concordancia con las tradiciones jurídicas santificadas. Y ambos tipos de derecho se encargan de envolver, organizar y dar forma a un derecho consuetudinario, por lo general no escrito, que en última instancia proviene de las tradiciones jurídicas de cada etnia. En el medioevo europeo las cosas fueron algo distintas, por cuanto que el derecho canónico de la Iglesia católica supuso el mantenimiento ininterrumpido de la alta técnica jurídica y conceptual del derecho romano *clásico*, mientras que el derecho burocrático que representaban los edictos y capitulares imperiales, incluso antes del redescubrimiento del *corpus justinianum*, conectaba al menos con la idea romana de *imperium*. Incluso el derecho consuetudinario se debía a la cultura jurídica mixta romano-germánica de las provincias occi-

53. R. Unger, *Law and Society*, New York, 1976.

dentales del imperio y desde el siglo XII fue objeto de transmisión escrita. Pero en los rasgos esenciales se repite la estructura que nos es conocida por todas las culturas superiores o civilizaciones: la ramificación en derecho sacro y derecho profano, quedando el derecho sacro integrado en el orden del cosmos o en una historia de salvación, desde la perspectiva de una de las grandes religiones universales. Este derecho divino o «natural» no está a disposición del príncipe, sino que representa más bien el marco legitimador dentro del cual el príncipe, mediante sus funciones de administración de justicia y de «posición» (producción) burocrática del derecho, ejerce su dominación profana. En este contexto, Max Weber habla del «doble reino de la dominación tradicional»⁵⁴.

También en el medievo se conserva este carácter tradicional del derecho. Todo derecho debe su modo de validez al origen divino del derecho «natural» interpretado en términos cristianos. No puede crearse nuevo derecho si no es en nombre de la reforma o restauración del buen derecho antiguo. Pero esta comprensión tradicional del derecho contiene ya una interesante tensión que se da entre los dos momentos del derecho del príncipe. Como juez supremo, el príncipe está sometido al derecho sacro. Pues sólo así puede transmitirse la legitimidad de ese derecho al poder profano. De este respeto transido de *pietas* hacia un orden jurídico intangible recibe su legitimación el ejercicio del poder político. Pero al mismo tiempo, el príncipe, que está situado en la cúspide de una administración organizada conforme a una jerarquía de cargos, hace también uso del derecho como un medio que otorga a sus mandatos (por ejemplo, en forma de edictos y decretos) un carácter vinculante para todos. Por este lado, el derecho, como medio del ejercicio de poder burocrático, sólo puede cumplir, empero, funciones de orden mientras mantenga, por el otro, en forma de tradiciones jurídicas sacras, su carácter no instrumental, ese carácter que lo pone por encima del príncipe y que éste ha de respetar cuando administra justicia. Entre estos dos momentos, el del carácter no instrumental del derecho presupuesto en la regulación judicial de los conflictos, y el carácter instrumental del derecho puesto al servicio del ejercicio de la dominación, se da una tensión irresoluble. Esa tensión permanece oculta mientras no se ataquen los fundamentos sacros del derecho y el pedestal que representa el derecho consuetudinario consagrado por la tradición se mantenga firmemente anclado en la práctica cotidiana⁵⁵.

(2) Pues bien, si se parte de que en las sociedades modernas cada vez pueden cumplirse menos estas dos condiciones, puede uno ex-

54. Cf. sobre ello W. Schluchter, *Okzidentaler Rationalismus*, Tübingen, 1979.

55. H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, 1982.

plicarse la positivación del derecho como una reacción a tales cambios. A medida que las imágenes religiosas del mundo se disuelven en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado y las tradiciones de derecho consuetudinario quedan absorbidas por el derecho de especialistas, que hacen un *usus modernus* de él, queda rota la estructura trimembre del sistema jurídico. El derecho se reduce a una sola dimensión y sólo ocupa ya el lugar que hasta entonces había ocupado el derecho del príncipe. El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación al derecho sacro y se torna soberano. A él le compete la tarea de llenar por su propia fuerza mediante una producción política de normas el vacío que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. Finalmente todo derecho habrá de tener su fuente en la voluntad soberana del legislador político. Producción, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, regulado y controlado políticamente; y lo siguen siendo, aun después de diferenciarse institucionalmente y constituirse en poderes del Estado.

Con ello cambia la relación que guardaban entre sí aquellos dos momentos que eran el carácter sacro del derecho, por un lado, y la instrumentalidad del derecho, por otro. Cuando se han diferenciado suficientemente los papeles, y en ello radica el significado de la división de poderes, las leyes anteceden a la administración de justicia; pero, ¿puede un derecho político, que es susceptible de cambiarse a voluntad, irradiar todavía ese tipo de autoridad que irradiaba antaño el derecho sacro?, ¿conserva todavía el derecho positivo un carácter obligatorio, es decir, el carácter de un «deber-ser», cuando ya no puede recibir su autoridad de un derecho previo y superior, como sucedía antaño con el derecho del príncipe en el sistema jurídico tradicional? A estas preguntas el positivismo jurídico ha dado siempre respuestas insatisfactorias⁵⁶. En una variante del positivismo jurídico, el derecho en general queda despojado de su carácter normativo y queda definido exclusivamente en términos instrumentales: el derecho se considera exclusivamente como mandato de un soberano (Austin). Desaparece así el momento de no-instrumentalidad o de no-instrumentalizabilidad como un residuo metafísico. La otra variante del positivismo jurídico se atiene a la premisa de que el derecho sólo puede cumplir su función nuclear de regulación judicial de los conflictos mientras las leyes que se aplican sigan conservando un momento de aquella incondicionalidad que tenían antaño, es decir, sigan poseyendo normatividad en el sentido de una validez deontológica, no susceptible de quedar reducida a una interpretación imperativista. Pero ese momento sólo puede radicar ya en la propia forma del derecho positivo, no en contenidos recibidos del derecho natural

56. N. Hoerster (ed.), *Recht und Moral*, Göttingen, 1972.

(Kelsen). Desde este punto de vista, el sistema jurídico, separado de la política y de la moral, con la administración de justicia como núcleo institucional, es el único lugar que queda, en donde el derecho puede por su propia fuerza mantener su forma y con ella su autonomía. (Ya conocemos esta tesis en la versión que le da Luhmann.) En ambos casos el resultado es que de la garantía metasocial de validez jurídica que antaño había representado el derecho sacro, puede prescindirse sin necesidad de buscar sustituto.

Pero los orígenes históricos, así del derecho tradicional como del derecho moderno, hablan en contra de esta tesis. Como sabemos por la Antropología, el derecho antecede al nacimiento de la dominación políticamente organizada, es decir, de la dominación estatalmente organizada, mientras que el derecho sancionado estatalmente y el poder estatal organizado jurídicamente surgen simultáneamente en forma de dominación política⁵⁷. Según todas las apariencias, es la evolución arcaica del derecho la que empieza posibilitando el surgimiento de un poder político, en el que el poder estatal y el derecho estatal se constituyen recíprocamente. Habida cuenta de esta constelación, es difícil imaginar que alguna vez el derecho pudiera ser absorbido totalmente por la política o quedar escindido por completo del sistema político. Además, puede mostrarse que determinadas estructuras de la conciencia moral desempeñaron un papel importante en la aparición de la simbiosis entre derecho y poder estatal. Un papel similar es el que desempeña la conciencia moral en la transición desde el derecho tradicional al derecho positivo de carácter enteramente profano, es decir, al derecho positivo asegurado por el monopolio estatal del poder y puesto a disposición del legislador político. Ese momento de incondicionalidad, que incluso en el derecho moderno constituye un contrapeso a la instrumentalización política del medio que es el derecho, se debe al entrelazamiento y simbiosis de la política y del derecho con la moral.

(3) Esta constelación se establece por primera vez en las primeras grandes culturas con la simbiosis entre derecho y poder estatal. En las sociedades tribales neolíticas operan típicamente tres mecanismos de regulación de los conflictos internos: las prácticas de autoauxilio (alianzas y venganzas de sangre), la apelación ritual a poderes mágicos (oráculos y duelos rituales) y la mediación arbitral como equivalente pacífico de la violencia y la magia⁵⁸. Pero tales mediadores carecen todavía de facultades para decidir de forma vinculante y autoritativa las disputas de las partes o para imponer sus decisiones incluso contra las lealtades dictadas por el sistema de parentesco.

57. U. Wesel, *Frühformen des Rechts*, Frankfurt a. M., 1985.

58. *Ibid.*, pp. 329 ss.

Junto con esta característica de coercibilidad, se echan también en falta los tribunales de justicia y los procesos y procedimientos judiciales. Además, el derecho permanece todavía estrechamente hermanado con la costumbre y las representaciones religiosas, de suerte que apenas puede distinguirse entre fenómenos genuinamente jurídicos y otros fenómenos. La concepción de la justicia subyacente en todas las formas de regulación de los conflictos está entrelazada con la interpretación mítica del mundo. La venganza, la represalia, la compensación y la indemnización sirven al restablecimiento de un orden perturbado. Este orden, construido de simetrías y reciprocidades, se extiende por igual, así a las personas particulares y a los grupos de parentesco, como a la naturaleza y a la sociedad en conjunto. La gravedad de un delito se mide por las consecuencias del hecho, no por las intenciones del agente. Una sanción tiene el sentido de una compensación del daño causado, de un restablecimiento del *statu quo ante*, no el sentido de un castigo infligido a un malhechor que se ha hecho culpable de la vulneración de una norma.

Estas ideas concretistas de justicia no permiten todavía una separación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. En los procedimientos jurídicos arcaicos confluyen juicios normativos, ponderación inteligente de intereses y afirmaciones concernientes a hechos. Faltan conceptos como el de imputabilidad y el de culpa; no se distingue entre el propósito, intención o designio, y el comportamiento descuidado. Lo que cuenta es el perjuicio objetivamente causado. No hay separación entre el derecho privado y el derecho penal; todas las transgresiones jurídicas son en cierto modo delitos que exigen indemnizaciones. Tales distinciones sólo resultan posibles cuando surge un nuevo concepto que revoluciona el mundo de representaciones morales. Me refiero al concepto de norma jurídica, independiente de la situación, que queda por encima tanto de las partes litigantes como del juez imparcial, es decir, de una norma jurídica previa y que se considera vinculante para todos. En torno a este núcleo cristaliza lo que L. Kohlberg llama conciencia moral «convencional». Sin tal concepción de la norma y sin tal concepto de norma, el juez arbitral sólo puede tratar de convencer a las partes de que lleguen a un compromiso. Para ello puede hacer valer como *influencia* el prestigio personal que debe a su *status*, a su riqueza o a su edad, pero le falta todavía *poder político*; no puede apelar todavía a la autoridad de una ley que de forma impersonal obligue a todos, ni a la conciencia moral de los implicados⁵⁹.

Propongo el siguiente experimento mental: supongamos que antes de haber surgido algo así como una autoridad estatal, se desarrollan ideas jurídicas y morales «convencionales» (en el sentido de

59. L. Pospöcil, *Anthropologie des Rechts*, München, 1982.

L. Kohlberg). Entonces un jefe, a la hora (por ejemplo) de resolver un conflicto, puede apoyarse ya en el carácter vinculante de normas jurídicas reconocidas; pero al carácter moralmente vinculante de su juicio no puede añadir todavía el carácter fácticamente coercitivo de un potencial de sanción estatal. Y, sin embargo, su papel de jefe, que hasta ese momento descansaba sobre su influencia y prestigio fácticos, debió sufrir un cambio importante al introducirse en la actividad judicial el concepto de norma moralmente obligatoria. Tal jefe, en tanto que protector de normas intersubjetivamente reconocidas, participa, en primer lugar, del aura del derecho que él administra. La autoridad normativa del derecho se transferiría de la competencia del juez al poder de mando del jefe, poder de mando ligado a la competencia del juez por vía de identidad personal. El poder fáctico del influyente se transformaría entonces gradualmente, y casi sin notarse, en el poder dorado de autoridad normativa de alguien que puede dar órdenes y tomar decisiones colectivamente vinculantes. Pero a consecuencia de ello transformarse también, en segundo lugar, la cualidad de las decisiones judiciales. Tras las normas jurídicas moralmente obligatorias, no estaría ya sólo la presión que en la vida cotidiana de una tribu se ejerce sobre los individuos para que éstos se conformen a las normas, o el poder fáctico de una persona prominente, sino la sanción con que amenaza un príncipe dotado de poder político legítimo. Habría surgido así el modo de validez ambivalente que caracteriza al derecho estatal, un modo de validez en que se funden reconocimiento y coerción. Pero con ello, y en tercer lugar, el príncipe se habría hecho con un medio con cuya ayuda puede crear una organización de cargos y ejercer burocráticamente su dominación. Como medio de organización el derecho recibe entonces, junto a su aspecto de incondicionalidad de derecho objetivo, también un aspecto instrumental.

Aun cuando estas consideraciones tienen también un contenido empírico⁶⁰, lo que ante todo me importa es la aclaración de relaciones conceptuales. Sólo en las imágenes del mundo que se vuelven más complejas se forma una conciencia moral de nivel convencional (siempre en el sentido de L. Kohlberg); sólo una conciencia de, y ligada a, normas ancladas en la tradición y moralmente obligatorias introduce un cambio en la administración de justicia y hace posible la transformación del poder fáctico en un poder normativo; y sólo cuando se dispone de poder legítimo cabe imponer políticamente normas jurídicas; sólo el derecho coercitivo puede utilizarse para la organización del poder estatal. Si se analiza en detalle este entrelazamiento de moral inserta en una imagen religiosa del mundo, po-

60. K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1976; J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, 1992.

der jurídicamente legitimado y administración estatal organizada en forma jurídica, resulta clara la insostenibilidad de los dos conceptos positivistas de derecho a los que me he referido anteriormente.

(4) La reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decir, en política. Pero con ello se descompone el concepto mismo de lo político. En todo caso, bajo esta premisa la dominación política ya no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente; pues un derecho que queda a completa disposición del sistema político pierde su fuerza legitimadora. En cuanto la legitimación se entiende como operación propia del sistema político, como algo que el *propio* sistema político se encarga de producir y operar, estamos abandonando *nuestros* conceptos de derecho y política. La misma consecuencia se sigue de la otra idea, a saber, de que el derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, es decir, mediante las continuas aportaciones que la dogmática jurídica se encargaría de hacer a un sistema judicial fiel a la ley y autonomizado frente a la política y frente a la moral. En cuanto la validez jurídica quedase privada de toda referencia moral a los aspectos de justicia, en cuanto quedase privada de toda referencia moral que trascendiese la pura decisión del legislador, el derecho acabaría perdiendo su propia identidad. Pues entonces faltarían los puntos de vista legitimadores, desde los que el sistema jurídico pudiera ser obligado a conservar una determinada estructura del *medio* que representa el derecho.

Si damos por sentado que las sociedades modernas no pueden renunciar al derecho (ni con el pseudónimo de «derecho» pueden sustituirlo por otro equivalente funcional, es decir, por una práctica de *tipo completamente distinto*) la positivación del derecho plantea un problema, incluso ya por razones conceptuales. Pues al derecho sacro desencantado —y a un derecho consuetudinario vaciado, que ha perdido su sustancia— hay que buscarle un equivalente que permita al derecho positivo mantener *un momento de incondicionalidad*. Y en efecto, tal equivalente empezó presentándose en el mundo moderno en forma de «Derecho natural racional», el cual no sólo fue importante para la filosofía del derecho, sino que, en lo que a aspectos de dogmática jurídica se refiere, tuvo una importancia directa para las grandes codificaciones y para el desarrollo del derecho por parte de los jueces⁶¹. Pero en nuestro contexto quisiera llamar la atención sobre dos puntos: (a) En el derecho natural racional se articula una etapa nueva, postradicional, de la conciencia moral, en la que el derecho se hace depender de principios y queda asentado sobre el

61. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, pp. 249 ss.

terreno de una racionalidad procedimental. (b) Unas veces fue la positivación del derecho como tal y otras la necesidad de fundamentación nacida de esa positivación lo que quedó en primer plano como fenómeno necesitado de explicación; correspondientemente, las teorías del «contrato social» se desarrollaron en dos direcciones opuestas. Pero en ninguno de los dos casos lograron establecer una relación plausible entre los momentos de incondicionalidad e instrumentalidad, que caracterizan al derecho.

ad (a) El derecho natural reacciona al hundimiento del derecho natural basado en la religión y en la metafísica y a la «desmoralización» de una política interpretada crecientemente en términos naturalistas y guiada principalmente por intereses de autoafirmación. En cuanto el Estado monopolizador de la violencia, logra, en su papel de legislador soberano, convertirse en fuente exclusiva del derecho, este derecho rebajado a medio de organización corre el riesgo de perder toda relación con la justicia y con ello su genuino carácter de derecho. Con la positividad de un derecho que se vuelve dependiente del soberano estatal, no desaparece la problemática de la fundamentación, sino que no hace más que desplazarse hacia la base ahora mucho más estrecha que representa una ética profana, de tipo postmetafísico, y desligada de las imágenes religiosas del mundo. La figura fundamental del derecho privado burgués es el contrato. La autonomía de contrato o autonomía contractual capacita a las personas jurídicas privadas para generar derechos subjetivos. Pues bien, en la idea de contrato social, esa figura de pensamiento es objeto de una interesante interpretación, destinada a justificar moralmente el poder ejercido en forma de derecho positivo, es decir, destinada a justificar moralmente la «dominación legal racional» (en el sentido de Weber). Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que todos puedan racionalmente querer por ser de interés de todos y de cada uno. Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que puedan contar con el asentimiento no forzado de todos. Esta idea básica delata que la razón del derecho natural moderno es esencialmente razón práctica, la razón de una moral autónoma. Ésta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos conforme a los cuales podamos examinar si las normas, a la luz de principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos. Como con la idea de contrato social se pone en juego un procedimiento de ese tipo para la fundamentación de las formas de dominación política organizadas jurídicamente, el derecho positivo queda sometido a principios morales. Desde la perspectiva de una lógica evolutiva (en el sentido de J. Piaget) viene a quedar confirmada la hipótesis de que en el tránsito a la modernidad es de nuevo un

cambio de la conciencia moral el que marca la pauta de la evolución del derecho.

ad (b) El derecho natural racional aparece en versiones distintas. Autores como Hobbes se sienten más bien fascinados por el fenómeno de que el derecho puede cambiarse a voluntad. Autores como Kant se sienten fascinados por el déficit de fundamentación de ese nuevo derecho que se ha vuelto positivo. Como es sabido, Hobbes desarrolla su teoría bajo premisas que despojan, así al derecho positivo, como al poder político, de todas sus connotaciones morales; el derecho establecido por el soberano ha de arreglárselas sin un equivalente racional del derecho sacro desencantado. Pero, naturalmente, al desarrollar una teoría que no hace sino ofrecer a sus destinatarios un equivalente racional de aquel derecho sacro, Hobbes se ve envuelto en una contradicción realizativa (en el sentido que da a esta expresión K.-O. Apel). El contenido manifiesto de su teoría, la cual explica cómo el derecho totalmente positivado funciona de forma ajena a toda moral, que trata de explicar a sus lectores por qué podrían tener buenas razones como ciudadanos libres e iguales para decidir someterse a un poder estatal absoluto.

Kant hace después explícitos los supuestos normativos que la teoría de Hobbes lleva implícitos y desarrolla desde el principio su teoría del derecho en el marco de una teoría moral. El principio general del derecho, que objetivamente subyace en toda legislación, resulta para Kant del imperativo categórico. De este principio supremo de la legislación se sigue a su vez el derecho subjetivo original de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que esa libertad sea compatible con la igual libertad de todos conforme a leyes generales. Mientras que para Hobbes el derecho positivo es, en última instancia, un medio de organización del poder político, para Kant cobra un carácter esencialmente moral. Pero tampoco en estas versiones más maduras logra el derecho natural racional resolver la tarea que él mismo se propone de explicar racionalmente las condiciones de legitimidad de la dominación legal. Hobbes sacrifica la incondicionalidad del derecho a su positividad. En Kant el derecho natural o moral, deducido *a priori* de la razón práctica, cobra tal predominio que el derecho amenaza con disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral.

Kant inserta de tal suerte el momento de incondicionalidad en los fundamentos morales del derecho, que el derecho positivo queda subsumido bajo el derecho natural racional. En este derecho, integralmente prejuzgado por el derecho natural racional, no queda espacio alguno para el aspecto instrumental de un derecho del que el

legislador político ha de servirse en las tareas de dirección y planificación que le competen. Tras hundirse el baldaquino del derecho natural cristiano, quedaron como ruinas las columnas que eran una política interpretada en términos naturalistas, por un lado, y un derecho sustentado por el poder de decisión política, por otro. Kant reconstruyó el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el derecho natural racional, fundamentado ahora en términos de autonomía, fue el encargado de ocupar el puesto vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico. Con ello, en comparación con la estructura trimembre del derecho tradicional, cambia, ciertamente, la función mediadora de la administración de justicia, que había transmitido la legitimación sacra al príncipe y a su dominación burocrática; ahora la administración de justicia queda por debajo del legislador político y se limita a administrar los programas de éste. Pero ahora los poderes del Estado, en sí diferenciados, quedan bajo la sombra de una *res publica noumenon* deducida de la razón, que debe encontrar en la *res publica phaenomenon* una reproducción lo más fiel posible. La positivación del derecho, en tanto que realización de principios del derecho natural racional, queda sometida a los imperativos de la razón.

Pero si la política y el derecho pasan a desempeñar el papel subordinado de órganos ejecutores de las leyes de la razón práctica, la política pierde su competencia legislativa y el derecho su positividad. De ahí que Kant tenga que recurrir a las premisas metafísicas de su doctrina de los «dos reinos» para distinguir entre sí, de forma altamente contradictoria, legalidad y moralidad⁶².

III. LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO NATURAL POR LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO

(1) El derecho natural racional clásico no sólo se abandonó por razones filosóficas; la situación que ese derecho trataba de interpretar se hizo tan compleja que le resultó inabarcable. Muy pronto quedó claro que la dinámica de una sociedad integrada a través de mercados ya no podía quedar apresada en los conceptos normativos del derecho, ni mucho menos podía *detenérsela* en el marco de un sistema jurídico proyectado *a priori*. Toda tentativa de deducir de principios supremos, de una vez por todas, los fundamentos del derecho privado y del derecho público, tenía que fracasar ante la complejidad de la sociedad y de la historia. Las teorías del contrato social —y no solamente las idealistas entre ellas— estaban planteadas en términos demasiado abstractos. No habían reflexionado sobre los supuestos

62. W. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, Berlin, 1984, pp. 16 ss.

sociales de su «individualismo posesivo». No se habían confesado a sí mismas que las instituciones básicas del derecho privado que son la propiedad y el contrato, así como los derechos subjetivo-públicos de protección frente al Estado burocrático, sólo podían prometer la realización de la justicia en el contexto de una economía de pequeños propietarios. Pero a la vez, las teorías del contrato social —y no solamente las que procedían en términos apriorísticos— estaban planteadas en términos demasiado concretistas. No se habían dado cuenta de, ni sometido a examen, la alta movilidad de la vida social y habían subestimado la presión adaptativa que el crecimiento capitalista y, en general, la modernización social ejercen.

En Alemania el contenido moral del derecho natural racional kantiano quedó escindido y desdoblado en el contexto de la propia teoría del derecho, sometiénoselo primero a desarrollo por las dos vías paralelas que representan la dogmática del derecho privado, por un lado, y la idea de Estado de derecho, por otro, para quedar después vaciado en términos positivistas en el curso del siglo XIX. Desde el punto de vista del pandectismo, el derecho se agotaba en lo esencial en el Código Civil administrado por juristas. Era aquí, en el sistema del derecho privado mismo, y no por parte de un legislador democrático, en donde habrían de quedar asegurados los contenidos morales del derecho⁶³. F. C. von Savigny, que construyó la totalidad del derecho privado como un edificio de derechos subjetivos opinaba, siguiendo a Kant, que la forma del derecho subjetivo es en sí misma moral. Derechos subjetivos universales delimitan ámbitos de autonomía privada y garantizan la libertad individual por vía de conferir facultades individuales de acción. La moralidad del derecho consiste en que «a la voluntad se le señala un ámbito en el que puede ejercitar su dominio con independencia de toda voluntad extraña»⁶⁴. Pero en el curso de la evolución fáctica del derecho quedó enseguida claro que los derechos subjetivos son algo secundario frente al derecho objetivo y que ni siquiera son capaces de ofrecer una base conceptual sobre la que reconstruir el sistema del derecho privado en conjunto. El concepto de derecho subjetivo fue objeto entonces de una reinterpretación positivista, quedando purificado de todas sus asociaciones normativas. Según la definición de B. Windscheid los derechos subjetivos no tienen ya otro papel que traducir los mandatos del orden jurídico objetivo a potestades o facultades de los sujetos jurídicos individuales.

Una evolución paralela puede proyectarse para el caso de la idea de Estado de derecho, que Kant, notémoslo bien, sólo había intro-

63. H. Coing, «Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert», en J. Blühdorn y J. Ritter (eds.), *Recht und Ethik*, Frankfurt a. M., 1970, pp. 11 ss.

64. F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* I, Berlin, 1840, p. 333.

ducido bajo reservas hipotéticas. Los teóricos alemanes del siglo XIX estaban interesados ante todo en domesticar en términos constitucionales el poder administrativo de los monarcas. Mohl y Welcker todavía defienden en el *Vormärz* que las leyes abstractas y generales son el medio apropiado para fomentar por igual en todos los ciudadanos «el desarrollo más multilateral posible y racional de la totalidad de sus fuerzas y facultades espirituales y corporales»⁶⁵. Pero tras la fundación del *Reich*, Gerber y Laband desarrollan ya la teoría de la ley como mandato de un legislador soberano, de una instancia legislativa no ligada en lo que a contenidos se refiere. Es a este concepto positivista de ley al que, finalmente, los constitucionalistas progresistas de la República de Weimar, tales como Hermann Heller, recurren al referirse al legislador parlamentario: «En el Estado de derecho se llaman leyes sólo las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa y todas las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa»⁶⁶.

Me he detenido a recordar este desarrollo, que no es un desarrollo del que pueda decirse que sea típicamente alemán, porque en él la erosión que experimenta ese concepto de ley moralizado en términos de derecho natural racional, puede explicarse desde la doble perspectiva del especialista en dogmática jurídica y del juez, por un lado, y del legislador, gradualmente parlamentarizado, por otro. En los países anglosajones, en los que la idea de Estado de derecho, en su forma de *rule of law*, fue objeto de un desarrollo que desde el principio estuvo en consonancia con los desarrollos democráticos, el proceso judicial equitativo (*fair and due process*) fue el modelo de interpretación unitaria que se aplicó, así a la producción legislativa, como a la administración de justicia. En Alemania, la destrucción positivista del derecho natural racional se efectuó por dos vías separadas. Ciertamente, tanto en la dogmática del derecho privado como en la teoría del derecho constitucional queda desmentida la construcción de Kant, conforme a la cual política y derecho quedaban sometidos a los imperativos morales del derecho natural racional; pero ello ocurre por una doble vía, a saber: desde el punto de vista de la administración de justicia, por un lado, y desde el punto de vista del legislador político, por otro. De ahí que aquellos que, tras el hundimiento de la construcción que representó el derecho natural racional kantiano, les resultaba menos convincente aún ese positivismo jurídico puro y duro, *el mismo* problema se les presentara de forma distinta por cada uno de esos dos lados. Al problema se le

65. Citado por I. Maus, «Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates», en M. Tohidipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat I*, Frankfurt a. M., 1978, pp. 13 ss.

66. H. Heller, *Gesammelte Schriften II*, Leiden, 1971, p. 226.

puede dar en términos generales la siguiente versión. Por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho natural racional superior. Por otro, tampoco se los puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente necesita. Pero entonces hay que mostrar cómo en el interior del derecho positivo mismo puede estabilizarse el punto de vista moral de una formación imparcial del juicio y de la voluntad. Para satisfacer a esta exigencia no basta con que determinados principios morales del derecho natural racional queden positivados como *contenidos* del derecho constitucional. Pues de lo que se trata es precisamente de la contingencia de los contenidos de un derecho que puede cambiarse a voluntad. Por eso retornaré a la tesis desarrollada en la primera lección de que la moralidad inserta en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendadora de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad.

Bajo la presión de este problema aquellos sucesores de Savigny que no querían darse por contentos con la interpretación positivista de los derechos subjetivos trataron de convertir en fuente de legitimación el derecho científico de los juristas. Savigny, en su teoría de las fuentes del derecho, había asignado aún a la Justicia y a la dogmática jurídica la tarea todavía derivada y modesta «de elaborar de forma consciente y científica y de exponer de forma científica» el derecho positivo procedente de la costumbre y de la legislación⁶⁷. En cambio, G. F. Puchta sostiene a fines del siglo XIX la idea de que la producción del derecho no ha de ser sólo asunto del legislador político, pues de otro modo el Estado no se fundaría en derecho legítimo, es decir, no podría ser Estado de derecho. Antes bien, la Justicia, yendo más allá del derecho vigente, habría de asumir la tarea productiva de una prosecución y complementación constructivas del derecho vigente, dirigidas por principios. Este derecho de jueces obtendría de su *método científico de fundamentación*, es decir, de los argumentos de una jurisprudencia que procede científicamente, esa autoridad independiente que Puchta busca. Ya Puchta ofrece, pues, un punto de arranque para una teoría que, desde la perspectiva de la administración de justicia, hace derivar de una racionalidad procedimental inserta en el propio discurso jurídico los fundamentos legitimadores de la legalidad.

Desde la perspectiva del legislador cabría hacer una interpretación enteramente análoga, aun cuando la discusión parlamentaria se endereza en buena medida a la formación de compromisos y no, como el discurso jurídico, a una fundamentación científicamente

67. Citado por W. Maihofer (ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, 1973, pp. 52 ss.

disciplinada de las sentencias. También por este lado, para aquellos que no podían conformarse con el positivismo democrático de la ley, planteóse la cuestión de con base en qué razones pueden pretender legitimidad las leyes producidas por mayorías parlamentarias. Ya Kant, partiendo del concepto de autonomía de Rousseau, había dado un paso decisivo al situar en el procedimiento mismo de producción democrática de normas el punto de vista moral de la imparcialidad. Como es sabido, Kant convierte en piedra de toque de la juridicidad de cada ley pública el criterio de si podría haber surgido de la «voluntad unida de todo el pueblo»⁶⁸. Ciertamente, el propio Kant contribuyó a que enseguida se confundieran dos significados distintos de «universalidad» o «generalidad» de la ley: la generalidad como universalidad semántica de la ley abstractamente general viene a sustituir a esa otra generalidad o universalidad procedimental que caracteriza a la ley producida democráticamente, en tanto que expresión de la «voluntad unida del pueblo».

En Alemania, en donde, por lo demás, la discusión sobre teoría de la democracia sólo revivió en los años 20 de este siglo, esta confusión tuvo dos desafortunadas consecuencias. Por un lado, se pasó por alto (por considerarlo quizá cosa simple) el considerable *onus probandi* que asume una teoría de la democracia planteada en términos procedimentales, *onus probandi* que aún hoy está por desempeñar. Pues en primer lugar, habría que mostrar en términos de una teoría de la argumentación cómo en la formación de la voluntad parlamentaria del legislador se compenetraban entre sí discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a fundamentaciones morales con el control jurídico de las normas. En segundo lugar, habría que aclarar en qué se distingue un acuerdo alcanzado argumentativamente de un compromiso negociado y cómo el punto de vista moral se hace valer a su vez en las condiciones que han de cumplir los compromisos para poder ser considerados *fair*. Y en tercer lugar, y sobre todo, habría que reconstruir cómo habría de institucionalizarse por vía de procedimientos jurídicos la imparcialidad de las decisiones del poder legislativo, empezando por la regla de la mayoría, pasando por las reglas que rigen las discusiones parlamentarias, hasta el derecho electoral y la formación de la opinión pública en el espacio público-político. Este análisis habría de dejarse guiar por un modelo que expusiese la conexión que se da entre los presupuestos necesarios de la comunicación, relativos a la formación discursiva de la opinión y la voluntad y una negociación de intereses que quepa considerar *fair*. Sólo sobre este reverso podrían analizarse críticamente el sentido normativo y la práctica efectiva de tales procedimientos⁶⁹.

68. I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, 11 1995, § 46.

69. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, pág. 70 ss.;

Pero además esa confusión de generalidad procedimental y generalidad semántica de las leyes dictadas por el Parlamento tuvo por consecuencia el que se pasara por alto la problemática autónoma que la aplicación del derecho comporta. Aun cuando la racionalidad procedimental (una racionalidad llena de contenidos morales) del Legislativo quedara suficientemente asegurada institucionalmente, las leyes (se trate o no del derecho regulador que caracteriza al Estado social) no tienen nunca una forma semántica tal ni tampoco una determinación tal, que al juez no le quede otra tarea que la de aplicar esas leyes de forma algorítmica. Como demuestra la hermenéutica filosófica, las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el derecho⁷⁰. De ahí que el problema de la racionalidad procedimental se plantee de nuevo en relación con la práctica de las decisiones judiciales y con la dogmática jurídica.

En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al derecho positivo puede hacerse efectiva mediante el siguiente mecanicismo, a saber, el de hacer que los discursos sobre objetivos políticos queden sometidos a las restricciones impuestas por el principio de que los resultados de esos discursos puedan ser susceptibles de asentimiento general, es decir, a las restricciones impuestas por el punto de vista moral, que hemos de respetar cuando se trata de fundamentar normas. Pero en una *aplicación* de normas que resulte sensible al contexto, la imparcialidad del juicio no queda asegurada sólo porque nos preguntemos qué es lo que todos podrían querer, sino preguntándonos si se han tenido adecuadamente en cuenta todos los aspectos relevantes de una situación dada. Antes de poder decidir qué normas, que a veces pueden colisionar entre sí y por tanto han de jerarquizarse a la luz de principios, han de aplicarse a un caso, hay que aclarar si la descripción de la situación es adecuada y completa en lo que respecta a todos los intereses afectados. Como ha demostrado Klaus Günther⁷¹, en los contextos de fundamentación de normas la razón práctica se hace valer examinando si los intereses son susceptibles de universalización, y en los contextos de aplicación de normas examinando si se han tenido en cuenta de forma adecuada y completa todos los aspectos relevantes a la luz de normas que pueden colisionar entre sí. Y esto es lo que han de materializar los procedimientos jurídicos que hayan de institucionalizar la imparcialidad de la administración de justicia.

A. Kaufmann, «Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986), pp. 425 ss.

70. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung*, Frankfurt a. M., 1972.

71. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988.

(2) A lo que apunto con estas consideraciones es a la idea de un Estado de derecho con división de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Esa idea no representaría otra cosa que un estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional. Y sin embargo, esa idea no se limita a oponerse abstractamente (como un impotente deber-ser) a una realidad que tan poco se corresponde con ella. Antes bien, la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo, constituye (tras el hundimiento del derecho natural racional) la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques y manipulaciones contingentes.

Sólo teniendo presente este entrelazamiento de procedimientos jurídicos y de argumentaciones que se autorregulan a sí mismas a tenor de los principios de universalización (para el caso de la fundamentación de normas) y de adecuación (para el caso de aplicación de normas), se explica esa excitante ambivalencia de la pretensión de validez con que el derecho positivo se presenta. La validez jurídica garantizada por ser las instancias competentes quienes toman las decisiones ha de distinguirse de la validez social del derecho efectivamente aceptado o impuesto. Pero en el complejo sentido que tiene la validez jurídica misma exprésase otra ambivalencia que el derecho moderno debe a su doble base de validez, a una validez que descansa en el principio de positivación, por un lado, y en el principio de fundamentación, por otro. En la pretensión de validez de las normas morales, cuando se consideran éstas en la perspectiva de un constructivismo como el de Rawls, conforme al cual las normas morales, a la vez que se las construye, se las *descubre*, predomina el lado cognitivo, es decir, las normas morales se presentan con una pretensión de validez análoga a la pretensión de validez «verdad». En la pretensión de validez del derecho positivo se añade la contingencia que el establecerlas positivamente implica, y la facticidad que la amenaza de sanción representa⁷². Pese a ello, la positividad de las normas jurídicas generadas conforme a los correspondientes procedimientos y susceptibles de imponerse coercitivamente, se halla acompañada y recubierta de una pretensión de legitimidad. El modo de validez del derecho remite a la sumisión (que políticamente se espera) frente a la decisión y la coerción, a la vez que a la expectativa moral de reconocimiento racionalmente motivado de una pretensión de validez normativa, que, llegado el caso, puede ser desempeñada, puede ser resuelta, mediante argumentación. En los casos límites que representan la resistencia legítima y la desobediencia

72. R. Dreier, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Frankfurt a. M., 1986.

civil muéstrase que tales argumentaciones son capaces de hacer añicos incluso la propia forma jurídica en la que están institucionalizadas⁷³.

La idea de Estado de derecho a la que he tratado de dar una lectura articulada en términos de teoría del discurso, aunque apunte un poco alto, no por ello resulta delirante, sino que brota del suelo mismo de la realidad jurídica. Para convencerse de ello basta tener presente que esa idea es el único criterio de que disponemos para medir la autonomía del sistema jurídico. Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya qué otra cosa podría significar eso de autonomía del derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí sólo para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y el juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo moral. No puede haber autonomía del derecho sin democracia realizada.

73. Sobre la desobediencia civil, cf. J. Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985, pp. 79-117.

II

LA SOBERANÍA POPULAR COMO PROCEDIMIENTO (1988)*

En lo referente a su imponente historia de influencias y afectos la Revolución Francesa «apenas si puede compararse con otro acontecimiento histórico»¹. Esa afirmación, que nadie discute, explica por qué casi todo lo demás es objeto de controversia. En nuestros días se ha desarrollado una nueva controversia: la controversia acerca del fin de la actualidad de la gran Revolución.

Bajo el signo de las despedidas postmodernas, por fin ha llegado también la hora de tomar distancias respecto de ese acontecimiento ejemplar, en cuya resaca hemos vivido doscientos años. Walter Markov, el importante historiador de la Revolución, había afirmado todavía en 1967: «La Revolución Francesa nunca ha sido vista por ninguna de las generaciones siguientes como algo ya cerrado, ni, por tanto, como un episodio maduro para ser colocado en un museo»². Pero en esa fecha había aparecido ya el libro con el que François Furet y Denis Richet habían hecho valer un modo de considerar la Revolución, articulado en términos de una historia de las mentalidades³. Un decenio después, cuando en París la autocrítica de la izquierda se había convertido ya en crítica postestructuralista de la razón, Furet puede constatar ya lacónicamente: «La Revolución Francesa ha llegado a su fin»⁴. Furet trata de escapar del círculo

* Esta conferencia, pronunciada en diciembre de 1988, se publicó por primera vez en Forum für Philosophie Bad Homburg (ed.), *Die Ideen von 1789*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 7-36.

1. E. Schulin, *Die Französische Revolution*, München, 1988, p. 11.

2. W. Markov, *Die Jakobinerfrage heute*, Berlin, 1967, p. 3.

3. F. Furet y D. Richet, *La Révolution française*, Paris, 1965; versión alemana: *Die Französische Revolution*, Frankfurt a. M., 1968, p. 84.

4. F. Furet, *Penser la Révolution française*, Paris 1978; versión alemana, por la que se cita: *1789 - Vom Ereignis zum Gegenstand der Geschichtswissenschaft*, Frankfurt a. M., 1980.

mágico de esa historiografía caracterizada por la conciencia de estar administrando un legado, y que considera a la Revolución Francesa como origen del presente, pero como un origen capaz de orientar todavía la acción. Furet da por acabada la Revolución Francesa para que cese por fin «la contaminación del pasado» por esa referencia narcisista a la actualidad.

Este impulso tendente a enfriar y a «cientifizar» la Revolución Francesa, no debe confundirse con esa otra alternativa reciente que se registra en Alemania de curar a la presente supuestamente contaminado recurriendo para ello a la normalización de un pasado distinto, de un pasado cargado *negativamente*. Los relojes que marcan el compás de la memoria colectiva funcionan en Francia y Alemania de forma distinta. Mientras que allí fueron las interpretaciones liberales y socialistas de la Revolución las que determinaron la autocomprensión de la nación, en el caso de Alemania «las ideas de 1789», tras el primer entusiasmo de los contemporáneos, quedaron siempre sujetas a la sospecha de sus consecuencias terroristas. Y esto no sólo fue así en el caso de la autocomprensión prusiano-alemana de nuestra nación. A este lado del Rin, los hilos de una historiografía no sólo conservadora, sino incluso agresivamente hostil a la Revolución, sólo quedaron rotos tras 1945⁵. Ahora bien, las diferencias internacionales en la historia de una recepción, nada dicen todavía acerca de la verdad de una tesis; pero la misma tesis cobra un significado distinto en los distintos contextos. Furet está dando una respuesta a la tradición de aquellos que, a la luz de la Revolución bolchevique, atribuyen a la Revolución Francesa el papel de modelo. Esta referencia dialéctica da su razón de ser a su tesis del fin de la Revolución Francesa, a la vez que la relativiza⁶.

Un no-historiador no puede aportar mucho a esta controversia. En vez de eso la cuestión de si la fuerza de orientación de la Revolución Francesa está agotada, voy a abordarla en el plano de la teoría política. Lo que me importa es la cuestión normativa de si ese cambio de mentalidad que se produjo en los años de la Revolución Francesa, contiene aún para nosotros aspectos a los que todavía no hemos dado cobro. ¿Permite esa revolución de las ideas que se produjo en 1789 una lectura que todavía resulte informativa para nuestra propia necesidad de orientación?

5. E. Schulz, *Die Französische Revolution*, München, 1988, pp. 9 ss.

6. Esta relativización la ha emprendido mientras tanto el propio Furet: *La Révolution, 1780-1880*, Paris, 1988; Id., «La France Unie», en *La République du Centre*, Paris, 1988; cf. A. I. Hartig, «Das Bicentenaire - eine Auferstehung?»: *Merkur*, marzo 1989, pp. 258 ss.

(1) La cuestión de lo aún pendiente o aún no consumado de la Revolución Francesa puede discutirse desde distintos puntos de vista.

(a) En Francia la Revolución en parte posibilitó, y en parte aceleró, el despliegue de una sociedad civil móvil y de un sistema económico capitalista. Fomentó procesos que en otros lugares se produjeron sin necesidad de una transformación revolucionaria de la dominación política y del sistema jurídico. Esta modernización económica y social ha cobrado mientras tanto una continuidad que, aunque afectada por crisis cíclicas, resulta ya enteramente profana y carente de todo misterio. Hoy esa modernización, con sus efectos laterales disfuncionales, nos trae más bien a la conciencia sus riesgos; el incontenible despliegue de las fuerzas productivas y la difusión de la civilización occidental por todo el globo, son experimentados más bien como una amenaza. Apenas cabe pensar que el proyecto capitalista-productivista pueda sacarse todavía de la manga alguna promesa que cumplir. La utopía de la sociedad del trabajo está agotada.

(b) Lo mismo cabe decir en lo concerniente al nacimiento del moderno aparato estatal. En el proceso de formación de los Estados modernos y en el proceso moderno de burocratización la Revolución Francesa significó a lo sumo una aceleración de continuidades que venían de muy lejos, como ya vio Tocqueville, y en modo alguno un impulso innovador. Pero el plano de integración que representa el Estado está perdiendo hoy cada vez más competencias bajo la presión de los movimientos regionales, por un lado, y de las empresas y organizaciones supraestatales que operan a nivel mundial, por otro. En los casos en que aún sobrevive el *ethos* de la «racionalidad con arreglo a fines», apenas si puede encontrar ya apoyo en las incalculables, impredecibles, poco fiables aportaciones y operaciones organizativas de una administración estatal que se programa a sí misma.

(c) Un producto genuino de la Revolución Francesa fue, en cambio, ese Estado nacional que pudo exigir del patriotismo de sus ciudadanos el cumplimiento de la obligación general de servir a las armas. La conciencia nacional significaba una nueva forma de integración social para los ciudadanos liberados de las ligaduras estatales-corporativas. Conforme a este modelo francés se orientó todavía la última generación de Estados, la surgida de la descolonización. Pero las potencias mundiales que representan Estados Unidos y la URSS, con sus sociedades multinacionales, nunca se ajustaron al esquema del Estado nacional. Y para los herederos actuales del sistema de Estados europeos el nacionalismo ha perdido atractivo y se encuentran en vías de convertirse en sociedades postnacionales.

(d) Para una respuesta afirmativa acerca de la actualidad de la Revolución Francesa sólo parece quedar un candidato: aquellas ideas que inspiraron el Estado democrático de derecho. Democracia y derechos humanos constituyen el núcleo universalista del Estado constitucional que, en variantes distintas, nació de la Revolución Americana y de la Revolución Francesa. Este universalismo ha conservado su fuerza explosiva, no sólo en los países del Tercer Mundo y en el ámbito de la dominación soviética, sino también en las naciones europeas, en donde en el curso de un cambio de las identidades colectivas, el «patriotismo de la Constitución» cobra un nuevo significado. A esto en todo caso es a lo que recientemente se refería R. v. Thadden en un encuentro germano-francés celebrado en Belfort: «Con una proporción del siete al ocho por ciento de inmigrantes las naciones corren el riesgo de sufrir un cambio en su identidad; muy pronto ya no podrán entenderse como sociedades monoculturales si no ofrecen puntos de integración que vayan más allá de la simple procedencia étnica. En esta circunstancia resulta urgente retornar a la idea de *citoyen* que es mucho más abierta y mucho menos rígida que la tradicional idea de nacionalidad en el sentido de pertenencia a una nación»⁷.

Pero si la institucionalización de iguales libertades fuese la única idea que aún queda en pie, sería suficiente (así piensan muchos) con nutrirse de la herencia de la Revolución Americana: podríamos salir finalmente de la sombra del *terreur*.

Thadden no saca esta consecuencia; y no se debe sólo a la ocasión de su discurso, a saber, la inauguración de las celebraciones del doscientos aniversario de la Gran Revolución, el que el orador recurra a ideas específicamente francesas. En el sentido de Rousseau, von Thadden opone el ciudadano al burgués; y en el sentido de la tradición republicana asocia derechos ciudadanos y participación con hermandad o solidaridad. Incluso en el gesto cabe reconocer todavía el eco debilitado de las viejas consignas revolucionarias: «La Europa de los ciudadanos que hay que construir necesita las fuerzas de la hermandad, del mutuo auxilio, de la mutua ayuda y de la solidaridad, para que también los débiles, los necesitados de ayuda, los parados puedan ver en la Comunidad Europea un progreso en comparación con la situación actual. Esta llamada a fomentar la hermandad, junto con la idea de ciudadano, debe ser el mensaje central de las celebraciones del doscientos aniversario de la Revolución Francesa».

A diferencia de la Revolución Americana que, por así decir, fue *resultado* de los acontecimientos, la Revolución Francesa la hicieron los protagonistas con plena conciencia de *estar haciendo* una

7. R. v. Thadden, «Die Botschaft der Brüderlichkeit», en *Süddeutsche Zeitung* de 26.27 de noviembre 1988.

revolución. El propio F. Furet reconoce en esta conciencia de la práctica revolucionaria «una nueva modalidad de acción histórica». Podría también decirse que las revoluciones burguesas, la holandesa, la inglesa y la americana, sólo llegaron a reconocerse a sí mismas como tales revoluciones en el espejo de la Revolución Francesa. Ni el tráfico económico capitalista (a), ni la forma burocrática de la dominación legal (b), ni siquiera la conciencia nacional (c) y el moderno Estado constitucional (d) hubieran necesitado surgir de una convulsión vivida como una revolución, «pero Francia es el país que mediante la Revolución inventa la cultura democrática y que revela al mundo uno de los estados fundamentales de conciencia de la acción histórica»⁸. Nuestro estado de conciencia viene caracterizado por ambas cosas: seguimos apelando a la disponibilidad a la acción y a la orientación político-moral hacia el futuro por parte de aquellos que tienen voluntad de transformar el orden vigente; pero simultáneamente hemos perdido toda confianza en la posibilidad de cambio revolucionario de las circunstancias vigentes.

(2) La conciencia revolucionaria fue el lugar de nacimiento de una nueva mentalidad que se caracteriza por una nueva conciencia del tiempo, un nuevo concepto de práctica política y una nueva idea de legitimación. Específicamente modernas son la conciencia histórica que rompe con el tradicionalismo de continuidades consideradas cuasinaturales; la comprensión de la práctica política que se halla bajo el signo de la autodeterminación y de la autorrealización; y la confianza en la discusión racional, en cuyo medio ha de poder legitimarse toda dominación política. Bajo estos tres aspectos un concepto radicalmente intramundano, postmetafísico, de lo político penetra en la conciencia de toda una población, caracterizada, por lo demás, por su movilidad.

Pero echando una mirada retrospectiva sobre los últimos doscientos años surge la duda de si esta comprensión de la política no se ha alejado tanto de sus orígenes mentales, que ya no cabe atribuir actualidad alguna a la conciencia revolucionaria. ¿No está totalmente desgastada ya esa peculiar impronta revolucionaria que caracteriza al periodo que va entre 1789 y 1794?

(a) La conciencia revolucionaria se expresa en la convicción de que hay que empezar sentando bases nuevas. En ello se refleja un cambio de la conciencia histórica⁹. La historia universal, que es ahora cuando se convierte en tal historia universal, es decir, en un singular, sirve como sistema de referencia abstracto para una acción

8. F. Furet, 1789..., p. 34.

9. R. Koselleck, *Vergangene Zukunft*, Frankfurt a. M., 1979; J. Habermas, *El discurso filosófico de la Modernidad*, Madrid, 1993, pp. 9 ss.

orientada hacia el futuro que trata de desconectar el presente del pasado. Tras ello se oculta la experiencia de una ruptura en la tradición: se ha superado un determinado umbral tras el cual el trato con las tradiciones culturales y con las instituciones sociales ha de ser un trato reflexivo. El proceso de modernización es experimentado como aceleración de acontecimientos que, por así decir, se abren a una intervención colectiva orientada por determinadas metas. La generación presente se siente responsable del destino de las generaciones futuras, mientras que el modelo que pudieron representar las generaciones pasadas pierde su carácter vinculante. En el horizonte ampliado de posibilidades futuras la actualidad del instante cobra prominencia y pregnancia frente a la normatividad de lo puramente vigente, que no hace más que trasladar su peso del pasado al presente. Esta confianza enfática H. Arendt la puso en relación con nuestra «natalidad», con esa honda y emotiva expectativa o esperanza de un futuro mejor que nos embarga cada vez que miramos a un recién nacido.

Pero esta vitalidad hace ya mucho tiempo que perdió la forma de una conciencia revolucionaria. Pues la fluidificación reflexiva de tradiciones hace mucho tiempo que se ha estabilizado en forma de un proceso, por así decir, trivial. La actitud hipotética frente a las instituciones vigentes y a las formas de vida con que nos encontramos, se ha vuelto normalidad. La revolución se ha solidificado ella misma en tradición: 1815, 1830, 1848, 1871, 1917 constituyen las cesuras de una historia de luchas revolucionarias, pero también de una historia de desengaños. La revolución libera sus propios disidentes que ya no se rebelan contra otra cosa que contra la revolución misma. Esta dinámica autodestructiva tiene también sus raíces en una concepción del progreso, que Walter Benjamin se encargó de poner en la picota, concepción del progreso que se apunta al futuro sin guardar memoria de las víctimas de las generaciones pasadas; por otro lado, los efectos de las revueltas juveniles y de los nuevos movimientos sociales sugieren a las sociedades de nuestro tipo la sospecha de que la dinámica cultural puesta en marcha por la Revolución Francesa sigue dejando su poso de forma algo menos llamativa en el cambio de valores que se produce en anchas capas de la población, mientras que la conciencia esotérica de actualidad enfática, de continuidad dañada y gastada y de normatividad vulnerada parece haberse retraído a los ámbitos del arte postvanguardista.

(b) La conciencia revolucionaria se expresa también en la convicción de que los individuos emancipados están llamados a convertirse en común en autores de su destino. En sus manos está el poder de decidir sobre las reglas y modo de su convivencia. Al darse ellos mismos las leyes a las que quieren obedecer, son ellos los que establecen su propia forma de convivencia. Esta forma de convivencia

es entendida como resultado de una práctica cooperativa que tiene como centro la formación pública y consciente de la voluntad política. Una política radicalmente intramundana se entiende como expresión y confirmación de la libertad que brota de la subjetividad del individuo a la vez que de la soberanía del pueblo. En el plano de la teoría política compiten entre sí, ciertamente, desde el principio planteamientos individualistas y planteamientos colectivistas que dan en cada caso la primacía al individuo o a la nación. Pero en todos los casos la libertad es entendida como libertad de un sujeto que se determina a sí mismo y se realiza a sí mismo. Autonomía y autorrealización son los conceptos claves de una práctica que tiene en sí misma su propio fin, a saber, la producción y reproducción de una vida digna del hombre¹⁰.

También este concepto holista de práctica política ha perdido su brillo y su fuerza motivadora. En el trabajoso camino hacia la institucionalización (en términos de Estado de derecho) de la igual participación de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad política, han ido quedando de manifiesto las contradicciones que el propio concepto de soberanía popular comporta. El pueblo, del que habría de provenir todo poder organizado estatalmente, no es ningún sujeto singular dotado de voluntad y conciencia. El pueblo sólo aparece en plural; como pueblo, es decir, considerado en conjunto no es ni capaz de tomar decisiones ni tampoco capaz de acción. En las sociedades complejas, incluso los esfuerzos más serios que se dedican a una auto-organización política que merezca ese nombre, chocan además con resistencias que provienen de la lógica sistémica interna del mercado y de la lógica sistémica interna del poder administrativo. Antaño se trataba de imponer la democracia contra el despotismo que se veía encarnado en el rey, en partes de la nobleza y en las capas superiores del clero. Mientras tanto la dominación política se ha despersonalizado; la democratización ni siquiera ha de pugnar ya contra genuinas resistencias políticas, sino contra los imperativos sistémicos de un sistema económico y un sistema administrativo diferenciados.

(c) La conciencia revolucionaria se expresa finalmente en la convicción de que el ejercicio de la dominación política no puede legitimarse ni en términos religiosos (apelando a la autoridad divina) ni en términos metafísicos (apelando a un derecho natural de fundamentación ontológica). Una política radicalmente intramundana tendrá que justificarse de ahora en adelante sólo a partir de la razón, y ello con los medios de una teoría planteada en términos postmetafísicos. Para este propósito ofrecieron las teorías del derecho natural racional. Éstas habían asentado el concepto aristotélico de do-

10. Ch. Taylor, «Legitimation crisis?», en *Id.*, *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers 2*, Cambridge, 1985.

minación política —de una dominación de libres e iguales sobre sí mismos— sobre el suelo que representaban los conceptos básicos desarrollados por la filosofía del sujeto, logrando así dar satisfacción tanto a una comprensión de la libertad agudizada en términos individualistas, como a una comprensión universalista de la justicia. Así, la práctica revolucionaria pudo entenderse como una realización de los derechos del hombre, introducida y guiada por una elaboración teórica; la revolución misma parecía deducirse de los principios de la razón práctica. Esta autocomprensión explica también la influencia de las *sociétés de penser* y el papel activo de los *ideologues*.

Este intelectualismo no sólo provocó las iras de los oponentes conservadores; pues la suposición de que la formación de la voluntad política sea directamente susceptible de teoría y de que pueda orientarse por una moral racional sobre la que se da un consenso previo, tuvo para la teoría de la democracia consecuencias desafortunadas y para la práctica política consecuencias realmente devastadoras. La teoría tiene que acabar con la tensión entre formación soberana de la voluntad y teoremas apodícticos de la razón; la praxis tiene que acabar con esa falsa auratización o santificación de la razón, tal como cuajó en el culto del Ser supremo y en los emblemas de la Revolución Francesa¹¹. En nombre de una razón autoritaria, de una razón antecedente a todo efectivo entendimiento intersubjetivo, pudo desarrollarse una dialéctica por parte de los presuntos portavoces de esa razón, que eliminaba la diferencia entre moralidad y táctica y que desembocó en la justificación del terror practicado por la virtud. Desde C. Schmitt hasta Lübke, desde Cochin a Furet se ha venido denunciando este tipo de discurso que cobija al poder en la palabra, se lo ha denunciado presentándolo como un mecanismo que provoca inevitablemente la dominación (eso sí, orlada de un supuesto consenso) de los portavoces intelectuales, es decir, de las sedicentes vanguardias¹².

(3) La mentalidad creada por la Revolución Francesa —es lo que parece mostrar nuestra consideración retrospectiva— a la vez que se ha estabilizado, también se ha trivializado: hoy ya no pervive en forma de una conciencia revolucionaria y ha perdido fuerza explosiva y pregnancia. Pero, ¿con este cambio de forma se han paralizado también sus energías? Manifiestamente, la dinámica *cultural*, puesta en marcha por la Revolución Francesa, no se ha parado. Sólo hoy parece haber logrado esa dinámica crear las condiciones para un activismo cultural despojado de todos los privilegios debidos a educación,

11. J. Starobinski, *Los emblemas de la razón*, Madrid, 1988.

12. En sorprendente coincidencia con C. Schmitt, cf. F. Furet, *1789...*, pp. 197 ss.

que, atenido a su propia lógica, escapa a las intervenciones administrativas; el multiforme pluralismo de estas actividades que escapan a los límites de clase se opone, ciertamente, a la autocomprensión revolucionaria de una nación más o menos homogénea; y, sin embargo, la movilización cultural de las masas proviene precisamente de ese origen. En los centros urbanos se dibujan los rasgos de un tráfico social que viene caracterizado por formas de expresión socialmente desdiferenciadas a la vez que por estilos de vida individualizados. No resulta fácil descifrar la ambivalente fisonomía de este fenómeno. Es difícil decir si esta «sociedad de cultura» sólo refleja el mal uso que en términos comerciales y de estrategia electoral se hace de la «fuerza de lo bello», es decir, una cultura de masas semánticamente descolorida y de tipo privatista, o si podría representar la caja de resonancia de un espacio público revitalizado, en el que pudiese propiamente fructificar la siembra de las ideas de 1789.

Dejaré abierta esta cuestión y en lo que sigue me limitaré a argumentos normativos, tendentes a averiguar cómo habría que pensar hoy una república demócrata-radical, de poder contar con el cuerpo de resonancia suministrado por el tipo de cultura política al que me acabo de referir, una república que no podemos limitarnos a dar por supuesta desde la perspectiva retrospectiva de unos herederos afortunados, sino que hemos de impulsarla como un proyecto, con la conciencia de una revolución permanente pero que a la vez se ha vuelto cotidiana. No se trata de proseguir trivialmente la Revolución, sólo que con otros medios. Ya la obra de teatro *Danton* de Büchner nos enseña lo pronto que la conciencia revolucionaria se ve atrapada por las aporías del instrumentalismo revolucionario. La conciencia revolucionaria lleva inscrita una buena dosis de melancolía, la tristeza por el fracaso de un proyecto que, sin embargo, *no se puede abandonar*. Tanto el fracaso como la imposibilidad de abandono se explican porque el proyecto revolucionario apunta más allá de la Revolución, escapa a los propios conceptos en que se articuló ésta. Por tanto, trataré de traducir el contenido normativo de esa Revolución, que fue realmente única, a nuestros propios conceptos; se trata de una empresa que un intelectual de izquierdas que vive en la República Federal de Alemania no puede eludir cuando considera el doble jubileo que representan los años 1789 y 1949 —y el aguijón de otros «jubileos» que está viviendo en su propia carne—: los principios de la Constitución no pueden echar raíces en nuestro ánimo si la razón no se asegura de sus contenidos orientadores, de sus contenidos que apuntan al futuro. Sólo como proyecto histórico puede mantener el Estado democrático de derecho un sentido normativo que vaya más allá de lo jurídico —es decir, su fuerza explosiva y su capacidad de alumbrar estructuras.

Desde el punto de vista de la teoría política la historia se con-

vierte en un laboratorio de argumentos. La Revolución Francesa constituye, por lo demás, una cadena de acontecimientos que vienen provistos de argumentos: la Revolución se envolvió a sí misma en los ropajes de discursos ateniados a los principios del derecho natural racional. Y dejó tras de sí bien locuaces estetas en las ideologías políticas de los siglos XIX y XX. Cuando miramos las cosas desde la distancia que por sí misma se impone a los nacidos después, esas disputas cosmovisionales entre demócratas y liberales, entre socialistas y anarquistas, entre conservadores y progresistas —si asumimos el desamor hacia el detalle, que caracteriza a todo este tipo de esquematizaciones— se convierten en patrones básicos de tipos de argumentación que aún hoy siguen siendo instructivos.

II

(1) La *dialéctica entre liberalismo y democracia radical*, puesta en marcha por la Revolución Francesa, ha estallado a nivel mundial. La disputa versa acerca de cómo puede compatibilizarse la igualdad con la libertad, la unidad con la pluralidad, o el derecho de la mayoría con el derecho de la minoría. Los liberales empiezan con la institucionalización jurídica de iguales libertades y entienden éstas como derechos subjetivos. Para ellos los derechos del hombre gozan de primacía normativa sobre la democracia, y la división constitucional de poderes goza de primacía sobre la voluntad del legislador democrático. Los abogados del igualitarismo entienden, por otro lado, la práctica colectiva de los sujetos iguales y libres como formación soberana de la voluntad común. Entienden los derechos humanos como manifestación de la voluntad popular soberana. Y la Constitución que establece la división de poderes nace de la voluntad ilustrada del legislador democrático.

Así, la constelación de partida viene ya caracterizada por la respuesta que Rousseau dio a Locke. Rousseau, el precursor de la Revolución Francesa, entiende la libertad como autonomía del pueblo, como igual participación de todos en la práctica de la autolegislación. Kant, el filósofo contemporáneo de la Revolución Francesa, quien confiesa que fue Rousseau quien le puso la cabeza en orden, lo formula así: «El poder legislativo sólo puede ser competencia de la voluntad unida del pueblo. Pues, como todo derecho ha de provenir del poder legislativo, éste tiene que poder no hacer injusticia absolutamente a nadie mediante sus leyes. Porque ocurre que cuando alguien dispone algo respecto a otro, siempre es posible que le haga injusticia, pero nunca en lo que uno dispone sobre uno mismo (pues *volenti non fit iniuria*). Así pues, sólo la voluntad concordante y unida de todos, en cuanto que cada uno sobre todos y todos sobre cada uno deciden

exactamente lo mismo, por tanto sólo la voluntad unida del pueblo en este sentido general, puede ser legisladora» (*Rechtslehre* § 46).

El *quid* de esta consideración está en la unión de razón práctica y voluntad soberana, de derechos del hombre y democracia. Si la razón legitimadora de la dominación no ha de anteceder, como sucede en Locke, a la voluntad soberana del pueblo y si los derechos del hombre no han de quedar anclados en un ficticio estado de naturaleza, la propia autonomía de la actividad legislativa habrá de llevar inscrita en su seno una estructura racional. La voluntad unida de los ciudadanos, al no poder manifestarse sino en la forma de leyes abstractas y generales, se ve obligada *per se* a una operación que excluye todos los intereses no susceptibles de universalización, permitiendo sólo aquellas regulaciones que garantizan a todos iguales libertades. El ejercicio de la soberanía popular asegura a la vez los derechos del hombre.

A través de los discípulos jacobinos de Rousseau este pensamiento prendió en la práctica provocando la reacción de los oponentes liberales. Los críticos hacen valer que la ficción de una voluntad popular unitaria sólo puede realizarse a costa de ocultar o reprimir la heterogeneidad de voluntades particulares. Y, en efecto, Rousseau había entendido ya la constitución del pueblo soberano como una especie de acto existencial de «sociación» por el que los individuos aislados se convierten en ciudadanos orientados al bien común. Éstos se constituyen entonces en miembros de un *corpo* colectivo y son el sujeto portador de una práctica legislativa que se ha desligado de los intereses particulares de las personas privadas, las cuales, por tanto, no son más que los simples destinatarios que han de someterse a esas leyes. La sobrecarga moral a que queda sometido el ciudadano virtuoso arroja una larga sombra sobre todas las modalidades radicales de rousseauismo. Tal suposición de virtudes republicanas sólo es realista para una comunidad con un consenso normativo previamente asegurado por la tradición y con un *ethos* compartido: «Cuanto menos las voluntades particulares se refieren a la voluntad general, es decir, las costumbres a las leyes, tanto más ha de aumentar la fuerza represiva»¹³. Así, las objeciones liberales contra el rousseauismo pueden apoyarse en el propio Rousseau: las sociedades modernas no son homogéneas.

(2) Los oponentes acentúan la pluralidad de intereses que hay que llevar a un punto de equilibrio, el pluralismo de las opiniones que hay que tratar de concertar en un consenso mayoritario. La crítica de la «tiranía de la mayoría» se presenta, sin embargo, en dos versiones distintas. El liberalismo clásico de un Alexis de Tocqueville-

13. J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, libro III, cap. I.

lle entiende la soberanía popular como principio de igualdad que ha menester restricciones. Es el miedo del *bourgeois* de verse avasallado por el *citoyen*: si la estructura de división de poderes del Estado de derecho *no pone límites* a la democracia del pueblo, peligran las libertades prepolíticas del individuo. Pero con ello la teoría vuelve a verse lanzada hacia atrás: la razón práctica que se encarna en la Constitución, cae de nuevo en contradicción con la voluntad soberana de las masas políticas. El problema que Rousseau había tratado de solucionar con su concepto de autolegislación, retorna de nuevo. Un liberalismo democráticamente ilustrado tiene, por tanto, que atenerse a la intención de Rousseau.

Por este lado la crítica no conduce a una restricción, sino a una reinterpretación del principio de soberanía popular; ésta sólo ha de poder expresarse bajo las condiciones discursivas de un proceso de formación de la opinión y de la voluntad diferenciado en sí mismo. Incluso antes de que John Stuart Mill en su escrito *On Liberty* (1859) uniese igualdad y libertad en la idea de un espacio público discursivo, Julius Fröbel, un demócrata del sur de Alemania, desarrollaba en un panfleto que vio la luz en 1848 la idea de una voluntad común o global, *pensada* en términos absolutamente *no utilitaristas*, que habría de poder formarse a través de la discusión y de la armonización de las voluntades libres de todos los ciudadanos: «Queremos una República social, es decir, un Estado en el que la felicidad, la libertad y la dignidad de cada uno sean reconocidas como fin común de todos y la plenitud del derecho y del poder de la sociedad broten del entendimiento y acuerdo de todos sus miembros»¹⁴.

Un año antes Fröbel había publicado un *Sistema de política social*¹⁵ en el que de un modo bien interesante une el principio de la discusión libre con el principio de la mayoría. Atribuye a la discusión pública el papel que Rousseau atribuye a la fuerza supuestamente universalizadora que, a su juicio, tiene la simple *forma* de la ley. El sentido normativo de la validez de las leyes que merecen el asentimiento general no puede explicarse recurriendo sólo a las propiedades lógico-semánticas de leyes abstractas y generales. En vez de eso, Fröbel recurre a las condiciones comunicativas bajo las que la formación de la opinión, orientada a la verdad, puede combinarse con la formación de una voluntad mayoritaria. Simultáneamente, Fröbel se atiene al concepto de autonomía de Rousseau: «Una ley sólo puede haberla para aquel que la ha hecho o que le ha prestado su asentimiento; pues para cualquier otro la ley es una prohibición o una orden» (p. 97). Por eso las leyes exigen el asentimiento fundado de

14. J. Fröbel, *Monarchie oder Republik*, Mannheim, 1848, p. 6.

15. J. Fröbel, *System der sozialen Politik*, Mannheim, 1847 (reimpresión, Aalen, 1975; cito conforme a esta edición).

todos. Pero el legislador democrático decide por mayoría. Lo uno sólo es compatible con lo otro si la regla de la mayoría mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad: la discusión pública ha de mediar entre razón y voluntad, entre la formación de la opinión de todos y la formación de la voluntad mayoritaria de los representantes del pueblo.

Una decisión mayoritaria sólo debe tomarse de forma que su contenido pueda considerarse el resultado racionalmente motivado, pero *fallible*, de una discusión acerca de lo que es correcto, *provisionalmente* cerrada por imponerle así la necesidad de decidir: «La discusión hace que las convicciones, tal como se han desarrollado en el espíritu de los distintos individuos, obren unas sobre otras, las clarifica, y amplía el círculo de su reconocimiento. La forma práctica concreta que cobra el derecho es consecuencia de la evolución y reconocimiento de la conciencia jurídica teórica previa de la sociedad, pero esa forma concreta sólo puede producirse de una manera, a saber, mediante votación y decisión por mayoría de votos» (p. 96). La decisión por mayoría la interpreta Fröbel como acuerdo *condicionado*, como asentimiento de la minoría a una práctica que se orienta por la voluntad de la mayoría: «No se exige en modo alguno de la minoría, al resignar ésta su voluntad, que declare errónea su opinión, ni siquiera se exige que abandone sus propios fines, sino que renuncie a la aplicación práctica de su convicción mientras no logre hacer valer mejor sus razones y conseguir el necesario número de votos» (pp. 108 s.).

(3) La posición de Fröbel muestra que la tensión normativa entre igualdad y libertad puede disolverse en cuanto se renuncia a una *lectura concretista del principio de soberanía popular*. Fröbel, a diferencia de Rousseau, no injerta la razón práctica en la voluntad soberana recurriendo como único medio a la pura forma de la ley general, sino que la ancla en un procedimiento de formación de la opinión y la voluntad que fija cuándo una voluntad política, que no es idéntica a la razón, tiene a su favor la presunción de razón. Esto preserva a Fröbel de una devaluación normativa del pluralismo. La discusión pública es la instancia mediadora entre razón y voluntad: «La unidad de convicciones representaría una verdadera desgracia para el progreso del conocimiento. La unidad de objetivo en los asuntos de la sociedad es una necesidad» (p. 108). Pero la producción mayoritaria de una voluntad unitaria sólo es compatible con el «principio de igual validez de la voluntad personal de todos» si va unida con el principio de «reducir el error por vía de convicción» (p. 105). Y sólo en los discursos públicos puede afirmarse este principio contra las mayorías tiránicas.

Fröbel postula, por tanto, formación escolar, un alto nivel de formación y educación para todos, así como libertad de propaganda

y de expresión de opiniones teóricas. Es el primero en percatarse de la importancia que en términos de política constitucional tienen los partidos políticos y la lucha que con los medios de la «propaganda teórica» los partidos efectúan con la finalidad de obtener una mayoría de votos. Sólo estructuras de comunicación abiertas pueden impedir que se impongan partidos que dogmáticamente se entienden a sí mismos como vanguardias. Pues debe haber sólo «partidos» pero no «sectas»: «El partido quiere realizar sus objetivos en el Estado, la secta quiere superar al Estado con los fines que (ella) se propone. El partido trata de llegar al poder dentro del Estado, la secta trata de someter el Estado a su (de ella) forma de existencia. Al tratar de dominar en el Estado, la finalidad del partido sería disolverse en el Estado, en cambio la finalidad de la secta es llegar a dominar disolviendo al Estado en ella» (p. 277). Fröbel estiliza y convierte los partidos, los partidos de su tiempo, bastante menos organizados que los nuestros, en asociaciones libres que se especializan en ejercer influencia sobre el proceso de formación de la opinión y voluntad públicas, primariamente mediante argumentos. Representan el núcleo organizativo de un público de ciudadanos, que discute con múltiples voces y toma decisiones por mayoría, el cual desempeña el papel del soberano.

Mientras que en Rousseau el soberano *encarnaba* o daba *cuerpo* al poder y al monopolio legal del poder, el público de Fröbel ya no es un *cuerpo*, sino sólo el proceso de múltiples voces de una formación de la opinión y la voluntad comunes, que disuelve el poder y la violencia mediante entendimiento intersubjetivo y que conduce a decisiones mayoritarias racionalmente motivadas. Así, los partidos políticos y la contienda entre los partidos en el espacio público-político tienen por fin dar continuidad al acto rousseauniano del contrato social en forma de una, como Fröbel dice, «revolución permanente y legal». Los principios constitucionales de Fröbel despojan al orden constitucional de todo lo «sustancial» en el sentido de Rousseau o de Hegel; al proceder en términos estrictamente postmetafísicos, no se perfilan ningunos «derechos naturales», sino sólo el procedimiento de la formación de la opinión y de la voluntad que asegura iguales libertades a través de derechos universales de comunicación y participación: «Con el pacto constitucional los partidos acuerdan no hacer que sus opiniones influyan unas sobre otras si no es a través de la discusión libre y renunciar a la puesta en práctica de toda teoría hasta que ésta consiga la mayoría de los votos de los miembros del Estado. Con el pacto constitucional los partidos acuerdan definir la unidad de objetivo, fin o propósito conforme a la teoría que resulte mayoritaria, pero acuerdan también dejar la propaganda de la teoría a la libertad de cada individuo y desarrollar su constitución y legislación conforme al resultado de todos los esfuer-

zos individuales, el cual sale a la luz en las votaciones» (p. 113). Mientras que los tres primeros artículos de esta constitución postulada establecen las condiciones y procedimientos de una formación democrática racional de la voluntad, el cuarto artículo prohíbe la inmutabilidad de la Constitución y toda restricción impuesta *desde fuera* a la soberanía popular interpretada en términos procedimentales. Los derechos del hombre no *compiten* con la soberanía popular; son idénticos a las condiciones constitutivas de una práctica de formación discursivo-pública de la opinión y la voluntad que se restringe a sí misma. La división de poderes se explica entonces por la lógica de la aplicación y de la ejecución controlada de las leyes producidas por esa vía.

III

(1) La discusión sobre libertad e igualdad es proseguida a un nivel distinto en la *disputa entre socialismo y liberalismo*. También esta dialéctica la vemos prefigurada en la Revolución Francesa cuando Marat se vuelve contra el formalismo de las leyes y habla de «tiranía legal», cuando Jacques Roux se queja de que la igualdad de las leyes se dirija contra los pobres y cuando Babeuf critica la institucionalización de iguales libertades en nombre de una satisfacción igual de las necesidades de cada uno¹⁶. Pero esta dialéctica sólo cobra contornos claros en el primer socialismo.

En el siglo XVIII la crítica de la desigualdad social había tenido por blanco las consecuencias sociales de la desigualdad política. Bastaban argumentos jurídicos, es decir, argumentos basados en el derecho natural, para defender contra el *Ancien Régime* las iguales libertades del Estado constitucional democrático y del orden del derecho privado burgués. Pero a medida que se impusieron la monarquía constitucional y el código de Napoleón, se cobró conciencia de desigualdades sociales de *otro* tipo. El lugar de las desigualdades causadas por los privilegios políticos vinieron a ocuparlo desigualdades que sólo comenzaron a desarrollarse en el marco de la institucionalización de iguales libertades en términos de derecho privado. Se trataba ahora de las consecuencias sociales de la desigual distribución de un poder de disposición económica ejercido ahora apolíticamente. Marx y Engels toman de la economía política los argumentos con que denuncian el orden jurídico burgués como expresión jurídica de relaciones de producción injustas, ampliando así el concepto mismo de lo político. No era sólo la organización del

16. H. Dippel, «Die politischen Ideen der französischen Revolution», en *Pipers Handbuch der Politischen Ideen* IV, München, 1986, pp. 21 ss.

Estado sobre lo que había que discutir y decidir, sino también sobre la organización de la sociedad en conjunto¹⁷.

Con este cambio de perspectiva queda a la vista una conexión funcional entre estructura de clases y sistema jurídico, que permite una crítica al formalismo jurídico, es decir, a la desigualdad material de derechos que formalmente, es decir, según la letra, son iguales. Pero el mismo cambio de perspectiva distorsiona a la vez la discusión del problema que a la formación de la opinión y la voluntad políticas se le plantea con la politización de lo social. Marx y Engels se contentaron con referencias a la Comuna de París y dejaron más o menos de lado cuestiones relativas a teoría de la democracia. Cuando se toma en consideración el trasfondo de formación filosófica de ambos autores, quizá su sumario rechazo del formalismo jurídico e incluso de la esfera del derecho en general, se deba a que leyeron a Rousseau y a Hegel con ojos demasiado aristotélicos, desconocieron la sustancia normativa del universalismo de Kant y del universalismo de la Ilustración y malentendieron en términos concretistas la idea de una sociedad liberada. El socialismo lo entendieron como una forma históricamente privilegiada de eticidad concreta y no como conjunto de las condiciones necesarias para formas de vida emancipadas, formas de vida sobre las que habrían de entenderse los implicados *mismos*.

Al concepto ampliado de lo político no respondía una comprensión profundizada del modo de funcionar, de las formas de comunicación y de las condiciones de institucionalización de una formación igualitaria de la opinión y la voluntad comunes. El elemento rector lo sigue siendo la representación holista de una «sociedad del trabajo» politizada. Los primeros socialistas confiaban todavía en que de una producción correctamente organizada surgirían por sí mismas las formas de vida «convivenciales» de trabajadores libremente asociados. Esta idea de una autoadministración de los trabajadores tenía que fracasar ante la complejidad de las sociedades desarrolladas, funcionalmente diferenciadas; y ello aun cuando, con Marx, la utopía de la sociedad del trabajo fuese pensada como un reino de la libertad que habría de erigirse sobre la base de un permanente y sistémicamente regulado reino de la necesidad. Tampoco la estrategia de Lenin de la toma del poder por parte de revolucionarios de profesión pudo sustituir la falta de teoría política. Las consecuencias prácticas de este déficit muéstranse en aquellas aporías en que hasta hoy se halla envuelto el socialismo burocrático con una vanguardia política petrificada en nomenclatura.

17. O. Negt y E. Th. Mohl, «Marx und Engels - der unaufgehobene Widerspruch von Theorie und Praxis», en *Pipers Handbuch der Politischen Ideen* IV, pp. 449 ss.

(2) Por otra parte los sindicatos y partidos de tipo reformista que han operado en el marco del Estado democrático de derecho, durante la realización del compromiso que ha representado el Estado social han hecho la decepcionante experiencia de que tenían que contentarse con una adaptación de la herencia liberal-burguesa y renunciar al desempeño de las promesas de democracia radical. La afinidad espiritual entre el reformismo y el liberalismo de izquierdas (entre E. Bernstein y F. Naumann, los padrinos de la coalición social-liberal) se funda en el objetivo común de la universalización de los derechos ciudadanos en términos de Estado social¹⁸. Normalizando el *status* trabajador dependiente mediante derechos de participación política y derechos concernientes a la recepción de prestaciones sociales, la masa de la población recibiría la oportunidad de vivir en seguridad, justicia social y creciente bienestar. Los partidos, una vez llegados al gobierno, habrían de utilizar la palanca del poder administrativo para imponer por medios intervencionistas estas metas sobre la base de un crecimiento capitalista promovido por la Administración a la vez que disciplinado por ella. Conforme a la idea ortodoxa, la emancipación social habría de conseguirse por vía de una revolución política que habría de tomar posesión del aparato estatal con la sola finalidad de destruirlo. El reformismo tiene que contentarse con producir la pacificación social por vía de la intervención y el control del Estado social. Pero en esta tarea los partidos quedan absorbidos por un aparato estatal en expansión. Con el proceso de estatalización de los partidos se desplaza la formación de la voluntad política a un sistema político que crecientemente se programa a sí mismo. Ese sistema político se torna independiente de las fuentes democráticas de su legitimación en la medida en que logra *extraer* del espacio de la opinión pública política la lealtad de la población. Y así, el reverso de ese Estado social con ese su doble rostro de éxito a la vez que de fracaso, es esa democracia de masas que adopta los rasgos de un proceso de legitimación administrativamente *dirigido y controlado*. Y en el plano programático todo ello tiene como única respuesta la resignación, el convivir con el escándalo de ese destino cuasinatural (el desempleo) que el mercado de trabajo hace pender como una espada de Damocles sobre las cabezas de los individuos, así como la renuncia a la democracia radical.

Esto explica la actualidad de esa *discusión* que surgió bien pronto en el siglo XIX y que desde el principio el *anarquismo* sostuvo *con el socialismo*. Lo que en la revolución pequeño-burguesa de los *sans-culottes* se practicó ya, sólo quedó provisto de razones y convertido a medias en una teoría en la crítica anarquista de la sociedad y en la discusión de (y sobre) los Consejos. En esa teoría las técnicas de au-

18. O. Kallscheuer, «Revisionismus und Reformismus», en *ibid.* IV, pp. 545 ss.

toorganización (como la deliberación permanente, el mandato imperativo, la rotación de los cargos, el entrelazamiento de los poderes, etc.) son quizá menos importantes que la *forma de organización* misma, a saber, el tipo de organización que representan las asociaciones voluntarias¹⁹. Éstas sólo ofrecen un grado mínimo de institucionalización. Los contactos horizontales de que se compone el nivel de las interacciones simples habrían de adensarse y generar una práctica de deliberación intersubjetiva de toma de decisiones que habría de ser lo suficientemente fuerte como para mantener a todas *las demás* instituciones en ese estado líquido de la fase de fundación y, por así decir, protegerlas del anquilosamiento. Este anti-institucionalismo viene a coincidir con las ideas viejo-liberales de un espacio de la opinión pública, sostenido por asociaciones, en el que se pudiera poner por obra la práctica comunicativa de una formación de la opinión y la voluntad gobernada por la argumentación. Cuando Donoso Cortés acusa al liberalismo de convertir falsamente la discusión en principio de decisión política y cuando C. Schmitt, siguiendo a Donoso Cortés, denuncia a la burguesía liberal como la «clase discutidora», tienen ambos a la vista las consecuencias anarquistas, *disolutorias del poder*, que la discusión pública tiene. Y este mismo motivo sigue moviendo todavía a numerosos discípulos de Carl Schmitt en su fantasmal batalla contra los causantes intelectuales de la «guerra civil europea».

A diferencia de la construcción del «estado de naturaleza», la cual es una construcción articulada en términos de un derecho natural racional de cuño individualista, la forma de organización de asociaciones voluntarias es un concepto *sociológico* que permite pensar en términos no contractualistas relaciones exentas de dominio que surgen espontáneamente. La sociedad exenta de dominio ya no necesita entonces ser concebida como el orden instrumental y, por tanto, prepolítico, que surge de contratos, es decir, de los acuerdos gobernados por intereses de personas privadas que actúan orientándose a su propio éxito. Una sociedad integrada a través de asociaciones en lugar de a través de mercados sería un orden político y, sin embargo, exento de dominio. Los anarquistas hacen derivar la socialización y «sociación» espontáneas de un impulso distinto que el moderno derecho natural racional, no del interés por el intercambio provechoso de bienes, sino de la disponibilidad al entendimiento a la hora de solucionar los problemas y coordinar la acción. Las asociaciones se distinguen de las organizaciones formales porque el objetivo de la unión no se ha autonomizado funcionalmente todavía frente a las orientaciones valorativas y a las metas de los miembros asociados.

19. P. Lösche, «Anarchismus», en *ibid.*, pp. 415 ss.

(3) Pues bien, este proyecto anarquista de una sociedad que se agotase en una concatenación horizontal de asociaciones, fue siempre ya algo utópico; pero sobre todo hoy está condenado al fracaso habida cuenta de la necesidad de regulación, control y organización de las sociedades modernas. Las interacciones regidas y controladas por medios de control sistémico, como son las que tienen lugar en la economía y en el sistema administrativo, vienen precisamente definidas por la desconexión de las funciones de la organización respecto de las orientaciones de sus miembros; desde la perspectiva de la acción tal desconexión se presenta como una inversión de la relación medios-fines, como la dinámica fetichista del proceso de realización del capital y del proceso administrativo. Pero a los recelos y suspicacias anarquistas puede dárseles un giro metodológico, y utilizarlos críticamente hacia ambos lados: tanto contra la ceguera sistémica de una teoría normativa de la democracia que sigue sin enterarse de la expropiación burocrática de la base sobre la que opera, como contra el extrañamiento fetichizador de una teoría de sistemas que liquida todo lo normativo y que excluye, incluso analíticamente, la posibilidad de una comunicación en la que la sociedad pueda focalizar su atención sobre sí misma como conjunto²⁰.

Las teorías clásicas de la democracia parten de que la sociedad opera sobre sí misma a través del legislador soberano. El pueblo programa las leyes y éstas a su vez programan la ejecución y la aplicación de las leyes, de suerte que los miembros de la sociedad, a través de las decisiones colectivamente vinculantes de la Administración y de la Justicia, son los destinatarios de operaciones y regulaciones que ellos mismos, en su papel de ciudadanos, han programado. Esta *idea de una actuación de la sociedad sobre sí misma, programada a través de las leyes*, sólo obtiene su plausibilidad de la suposición de que la sociedad en conjunto podemos representárnosla como una asociación en gran formato, que se determina a sí misma a través de los medios que representan el derecho y el poder político. Ahora bien, la ilustración sociológica nos ha enseñado algo más sobre la circulación fáctica del poder; también sabemos que la forma que la asociación representa es demasiado poco compleja como para poder estructurar en conjunto el contexto de la vida social. Pero no es esto lo que me interesa aquí. Ya el análisis conceptual de la recíproca constitución de derecho y poder político muestra que en el medio a través del cual habría de discurrir esa actuación de la sociedad sobre sí misma, programada por vía de leyes, viene ya inscrito o bosquejado también un *sentido inverso o opuesto*, a saber, el de *una circulación autoprogramada del poder*.

El derecho y el poder político han de poder cumplir funciones el

20. N. Luhmann, *Teoría política del Estado de Bienestar*, Madrid, 1993, p. 66.

uno para el otro antes de poder asumir sus *propias* funciones, a saber, la de estabilización de expectativas de comportamiento y la de toma de decisiones colectivamente vinculantes. Así, el derecho otorga a ese poder que le (al derecho) presta su carácter coercitivo la forma jurídica a la que éste (el poder) debe a su vez su carácter vinculante, y a la inversa. Ahora bien, cada uno de estos dos códigos exige su propia perspectiva: el derecho una perspectiva normativa, y el poder una perspectiva instrumental. Desde la perspectiva del derecho, tanto las políticas como las leyes y medidas han menester de una fundamentación normativa; mientras que éstas, desde la perspectiva del poder, funcionan como medios y restricciones (para la reproducción del poder). Desde la perspectiva de la actividad legislativa y de la administración de justicia, el trato con el derecho es un trato normativo; desde la perspectiva del mantenimiento del poder, a ello responde un trato instrumental con el derecho. Desde la perspectiva del poder la circulación de la actuación normativa de la sociedad sobre sí misma, programada por vía de leyes, cobra el sentido opuesto, a saber, el de una circulación autoprogramada del poder: la Administración se programa a sí misma al gobernar el comportamiento del público elector, preprogramar al gobierno y al poder legislativo y funcionalizar a la administración de justicia.

Ese movimiento de sentido contrario, implícito ya, o inscrito ya conceptualmente en el propio medio a través del cual la sociedad habría de operar sobre sí misma en términos jurídico-administrativos, no ha hecho sino volverse cada vez más visible en el curso de la evolución del Estado social, e incluso de forma bien tangible empíricamente. Pues mientras tanto ha quedado claro que los instrumentos administrativos con que se ponen en práctica los programas del Estado social no representan en modo alguno un medio pasivo, un medio, por así decir, sin propiedades. Porque, en efecto, el Estado intervencionista se ha cerrado hasta tal punto sobre sí como un subsistema centrado en sí mismo y regido por el medio poder y ha logrado desplazar hasta tal punto hacia su (del subsistema político) entorno los procesos de legitimación, que lo mejor es introducir también una modificación en la idea normativa de autoorganización de la sociedad. Por eso propongo, ateniéndome a la doble perspectiva normativo-instrumental que acabo de mencionar, proceder a una distinción en el concepto mismo de lo político²¹.

Podemos distinguir entre un poder *comunicativamente generado* y un poder *empleado administrativamente*. En el espacio público político se encuentran y entrecruzan entonces dos procesos que discurren en sentidos contrarios: la generación comunicativa de poder legítimo, de la que H. Arendt proyectó un modelo normativo, y ese

21. J. Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985.

buscarse, ese procurarse, ese crearse legitimación el sistema político, con el que el poder administrativo se torna reflexivo. La cuestión de cómo se entrecruzan y se compenetran esos dos procesos, el de formación espontánea de la opinión en los espacios públicos autónomos y el de la búsqueda organizada de lealtad de la población por parte del sistema político, y la cuestión de quién vence a quién, son cuestiones empíricas. A mí me interesa sobre todo el que en la medida en que esta diferenciación se torna empíricamente relevante, también ha de cambiar la comprensión normativa de una autoorganización democrática de la comunidad jurídica.

VI

(1) Por de pronto plantéase la cuestión del modo como puede efectuarse esa actuación sobre sí. Cómo puede ser programado el sistema administrativo mediante políticas y leyes surgidas de procesos públicos de formación de la opinión y la voluntad, se convierte en todo un problema habida cuenta de que el sistema administrativo ha de traducir a su propio lenguaje los datos normativos que recibe. La Administración, que opera en el marco de las leyes, obedece a sus propios criterios de racionalidad; desde la perspectiva del empleo de poder administrativo no cuenta la «razón práctica» de la aplicación de normas sino la eficacia de la implementación de un programa dado. Así, el sistema administrativo se comporta con el derecho principalmente en términos instrumentales; las razones normativas que en el lenguaje del derecho justifican las políticas elegidas y las normas establecidas, en el lenguaje del poder administrativo se consideran racionalizaciones suministradas para justificar *a posteriori* decisiones inducidas con anterioridad. Sin embargo, el poder político permanece remitido a razones normativas; esto se explica por el carácter y forma jurídica que tiene ese poder. Las razones normativas constituyen, por tanto, la moneda en que se hace valer el poder comunicativo. Por la relación entre la Administración y la economía nos resulta conocido el patrón de la regulación o control indirectos, es decir, del ejercicio de influencia sobre mecanismos de autorregulación o autocontrol (por ejemplo, «Ayuda a la autoayuda»). Quizá este modelo pueda transferirse a la relación entre espacio público democrático y Administración. El poder legítimo generado comunicativamente puede operar sobre el sistema político tomando a su propio cargo el *pool* de razones a las que ha de recurrir el poder administrativo para racionalizar sus decisiones. Pues no «vale» todo, ni es «posible» todo lo que sería factible para el sistema político si el espacio público político y la comunicación política que se le (al sistema político) anteponen y a los que ha de remitirse han devaluado

discursivamente mediante contrarrazones las razones normativas que él aduce a la hora de justificar sus decisiones.

Además plantéase la cuestión de la posibilidad de una democratización de los procesos mismos de formación de la opinión y la voluntad. Las razones normativas sólo pueden alcanzar una eficacia reguladora de tipo indirecto en la medida en que la producción de estas razones no venga regida, por su parte, por el sistema político. Pues bien, los procedimientos democráticos del Estado de derecho tienen el sentido de institucionalizar formas de comunicación necesarias para la formación de una voluntad racional. O en todo caso, bajo este punto de vista puede ser sometido a una evaluación crítica el marco institucional en el que hoy se desarrolla el proceso de legitimación. Con fantasía institucional puede considerarse además cómo habría que complementar las instancias parlamentarias existentes con instituciones que expusiesen al Ejecutivo, e incluso a la Justicia, a una más fuerte coerción legitimatoria (a una mayor necesidad de dar justificaciones) por parte, respectivamente, de la «clientela» afectada y del espacio público jurídico. Pero el problema más difícil consiste en cómo autonomizar la formación ya institucionalizada de la opinión y la voluntad. Pues tal formación de la opinión y la voluntad sólo genera poder comunicativo en la medida en que las decisiones mayoritarias satisfagan a las condiciones señaladas por Fröbel, es decir, se produzcan discursivamente.

La conexión interna que hemos supuesto entre formación de la voluntad política y formación de la opinión sólo puede asegurar la esperada racionalidad de las decisiones si dentro de los organismos parlamentarios las deliberaciones no discurren bajo premisas que le vengan dadas o impuestas de antemano ideológicamente. A esto se ha reaccionado en el sentido de una interpretación liberal-conservadora del principio de representación, a saber, proponiendo un cierto encapsulamiento y protección de la política organizada frente a la opinión popular, siempre seducible. Pero consideradas las cosas normativamente, esta defensa de la racionalidad contra la soberanía popular es contradictoria: si la opinión de los electores es irracional, entonces la elección de los representantes no lo es menos. Este dilema conduce la atención hacia la relación, no tematizada por Fröbel, entre la formación de la voluntad política, institucionalizada, que conduce a la toma de decisiones (en este nivel hay que incluir también las elecciones generales) y el entorno que constituyen esos procesos informales de formación de opinión, no institucionalizados porque no se ven sometidos a la coerción de acabar en decisiones. Los propios supuestos de Fröbel obligan a sacar la conclusión de que los procedimientos democráticos jurídicamente estatuidos sólo pueden conducir a una formación racional de la voluntad, en la medida en

que la formación organizada de la opinión, que dentro del marco de los organismos estatales conduce a decisiones de las que las respectivas instancias se responsabilizan, permanezca permeable a los valores, temas y argumentos, libremente flotantes, de una comunicación política de tipo envolvente y ambiental, que, como tal, no puede *organizarse* en conjunto.

En última instancia la expectativa normativa de resultados racionales se funda, pues, en la interacción entre la formación institucionalmente organizada de la voluntad política y las corrientes de comunicación espontáneas de un espacio público no distorsionado por relaciones de poder, de un espacio público no programado para la toma de decisiones y en este sentido «no organizado». «Espacio público» opera en este contexto como un concepto normativo. Las asociaciones libres constituyen los nudos de una red de comunicación que surge del entretrejimiento de espacios públicos autónomos. Tales asociaciones están especializadas en la generación y difusión de convicciones prácticas, es decir, en descubrir temas que sean relevantes para la sociedad global, en hacer contribuciones a las posibles soluciones de los problemas, en interpretar valores, en producir buenas razones, en devaluar otras. Sólo pueden resultar eficaces de forma indirecta, es decir, introduciendo desplazamientos en los parámetros de la formación organizada de la opinión y la voluntad a través de un cambio de actitudes y valores que pueda acabar afectando a mayorías. El que este tipo de consideraciones no han perdido del todo el contacto con la realidad social muéstrase en la creciente relevancia que para el comportamiento electoral de la población tienen esos súbitos cambios de opinión, un tanto opacos, de tipo político y cultural. Pero aquí sólo van a interesarnos las implicaciones normativas de esta descripción.

(2) Partiendo de H. Arendt, A. Wellmer ha descrito la estructura autorreferencial de esa práctica pública de la que surge el poder comunicativo²². Esta praxis comunicativa ha de encargarse de la tarea de estabilizarse a sí misma; con toda contribución central el discurso público ha de mantener presente el sentido de un espacio público político no distorsionado a la vez que la meta de una formación democrática de la voluntad. Continuamente, pues, el espacio público se tematiza a sí mismo en lo concerniente a sus funciones. Pues las presuposiciones de existencia de una práctica no organizable no pueden venir aseguradas, si no es por esa misma práctica. Las instituciones de la libertad pública descansan sobre el vacilante suelo de

22. H. Arendt, «Sobre la violencia», en Id., *Crisis de la República*, Madrid, 1973; J. Habermas, «El concepto de poder de Hannah Arendt», en Id., *Perfiles filosófico-políticos*, Madrid, 1975, pp. 205-223.

la comunicación política de aquellos que, al hacer uso de ellas, las interpretan a la vez que las defienden. Este modo de una *reproducción autorreferencial* del espacio público político delata el lugar al que se ha retraído, es decir, en el que hoy se cifra, la expectativa o esperanza de una autoorganización soberana de la sociedad. La idea de soberanía popular queda así «des-sustancializada». Aunque habría que añadir que todavía resulta quizá demasiado concretista la idea de que una red de asociaciones pudiera ocupar (como sede vacante de la soberanía, por así decir) el lugar de ese «pueblo» en persona, del que nos hemos despedido.

La soberanía, enteramente dispersa, ni siquiera se encarna en las cabezas de los miembros asociados, sino —si es que todavía se quiere seguir hablando de encarnaciones— en esas formas de comunicación carentes de sujeto que regulan de tal suerte el flujo de la formación discursiva de la opinión y la voluntad, que sus resultados falibles tienen a su favor la presunción de razón práctica. Una soberanía popular exenta de sujeto (esto es, no asociada a sujeto alguno), que se ha vuelto anónima, que queda así disuelta en términos intersubjetivistas, se retrae, por así decir, a los procedimientos democráticos y a los exigentes presupuestos comunicativos de la implementación de esos procedimientos democráticos. Es una soberanía que se sublima y reduce a esas interacciones difícilmente aprehensibles que se producen entre la formación institucional de la voluntad organizada en términos de Estado de derecho y los espacios públicos políticos culturalmente movilizados. Esta soberanía, comunicativamente fluidificada, se hace valer en el poder que desarrollan los discursos públicos, en el poder que brota de los espacios públicos autónomos, pero ha de tomar forma en las resoluciones de instituciones democráticamente organizadas de formación de la opinión y la voluntad porque la responsabilidad de las decisiones importantes en la práctica, exige que esas decisiones se puedan imputar con claridad a esta o aquella institución. El poder comunicativo es ejercido a modo de un asedio. Influye sobre las premisas de los procesos de deliberación y decisión del sistema político, pero sin intención de asaltarlo, y ello con el fin de hacer valer sus imperativos en el único lenguaje que la fortaleza asediada entiende: el poder comunicativo administra el acervo de razones, a las que, ciertamente, el poder administrativo recurrirá (y tratará) en términos instrumentales, pero sin poder ignorarlas, estando estructurado como está en términos jurídicos.

Ciertamente, tampoco una «soberanía popular» procedimentalizada en estos términos podrá operar sin el respaldo de una cultura política que le resulte afín, no podrá operar sin apoyarse en las mentalidades de una población *habituada* a la libertad, mentalidades que vendrán configuradas y mediadas por la tradición y la socialización: no es posible una formación racional de la voluntad política

ca si no viene propiciada y fomentada por un mundo de la vida racionalizado. Pero si tras esta tesis no ha de ocultarse de nuevo ese *ethos*, esa exigencia de virtud, esa exigencia de ciudadanos virtuosos de la tradición republicana, por la que los ciudadanos de carne y hueso se han visto desde siempre moralmente desbordados, habrá primero que explicar precisamente lo que el aristotelismo político se procura con ese concepto de *ethos*; es decir, habremos de explicar cómo en principio es posible que la moral ciudadana y el interés de cada cual se entrelacen entre sí. Para que el comportamiento político normativamente sugerido, y aun exigido, sea *exigible* de verdad, esto es, sea exigible en el sentido de poder ser supponible, sin que tal suposición represente ningún exceso, la sustancia moral de la autolegislación que en Rousseau casi se contraía compactamente a un único acto habrá de descomponerse y desgranarse en múltiples pequeñas partículas a través de muy distintos niveles y etapas del proceso procedimentalizado de formación de la opinión y la voluntad. Habrá que mostrar que la moral política sólo es tenible ya, no en billetes de alto valor, sino en calderilla²³. A este respecto, habré de conformarme con un par de consideraciones ilustrativas.

¿Por qué los diputados habrían de hacer depender sus decisiones de juicios formados de manera más o menos discursiva, como queremos suponer, en lugar de servirse de las razones legitimantes sólo como un aderezo añadido *a posteriori*, es decir, en lugar de simplemente pretextar razones legitimantes? Respuesta: porque las instituciones están estructuradas de suerte que por lo general los diputados no quieren quedar expuestos a la crítica de sus electores, ya que los representantes pueden ser sancionados por los electores en las próximas elecciones, mientras que ellos no disponen frente a éstos de medios de sanción comparables. Pero, ¿por qué los electores habrían de hacer depender su voto de una opinión pública más o menos discursivamente fundada, como queremos suponer, en lugar de no preocuparse en absoluto de razones legitimadoras? Respuesta: porque en general, al emitir su voto, no tienen más remedio que elegir entre los objetivos altamente generalizados y perfiles confusos de partidos populares, y porque sólo pueden hallar representación para, y hacer valer, sus propios intereses a la luz de intereses que en la disputa pública hayan sido objeto de una generalización previa. Pero, ¿no son ambas suposiciones o ambos presupuestos, a saber, la suposición de comportamiento más o menos discursivo-racional por parte del diputado y la suposición o presupuesto de comportamiento más o menos discursivo-racional por parte del elector, unas suposiciones o presupuestos carentes de todo realismo? Bien, en el mar-

23. U. Preuss, «Was heißt radikale Demokratie heute?», en Forum für Philosophie Bad Homburg (ed.), *Die Ideen von 1789*, pp. 37-67.

co de nuestra ponderación meramente normativa de alternativas que en principio son posibles, tales presupuestos no son del todo carentes de realismo. Los procedimientos democráticos estatuidos en términos de Estado de derecho, es lo que hemos visto, permiten esperar resultados racionales en la medida en que la formación de la opinión dentro de las instancias parlamentarias permanezca sensible a los resultados de una formación informal de la opinión en el entorno de esas instancias, formación que no puede brotar sino de espacios públicos autónomos. Sin duda, este segundo presupuesto, es decir, el presupuesto de un espacio público político no hipotecado, es un presupuesto carente de realismo; pero bien entendido, no se lo puede calificar de utópico en un sentido peyorativo. Pues podría cumplirse a medida que surgiesen asociaciones formadoras de opinión en torno a las que pudiesen cristalizar espacios públicos autónomos, y, resultando éstos perceptibles como tales, introdujesen cambios en el espectro de los valores, los temas y las razones que en los medios de comunicación de masas, en las organizaciones formales y en los partidos sólo se canalizan a través de relaciones de poder, deslimitando innovadoramente ese espectro a la vez que filtrándolo críticamente. Pero en última instancia la formación, la reproducción y la influencia de tal red de asociaciones dependerá siempre de una cultura política igualitaria y de mentalidad liberal, sensible a los problemas de la sociedad global, de una cultura política ágil, móvil y aun nerviosa, de una cultura política en constante vibración, en una palabra, de una cultura política capaz de resonar.

(3) Supongamos que las sociedades complejas se abriesen a tal democratización básica. Entonces nos veríamos inmediatamente confrontados con esas *objeciones conservadoras* que una y otra vez desde Burke se han sacado a la palestra contra la Revolución Francesa y sus consecuencias²⁴. En una última ronda hemos de entrar, pues, en esos argumentos con los que espíritus como De Maistre y De Bonald se vieron en la necesidad de recordar a toda fe en el progreso excesivamente ingenua los límites de lo factible. Ese desmedido proyecto de una autoorganización de la sociedad, éste es el argumento, parece pasar por alto, sin ninguna clase de respeto y con demasiada alegría, el peso que las tradiciones tienen, parece no querer saber nada de lo que, digamos, no puede ser sino producto de un crecimiento orgánico, parece no cuidarse de patrimonios y recursos que están ahí, que son los que son y que no pueden acrecentarse a voluntad. Y en efecto, las consecuencias de la comprensión instrumental de una práctica que no habría consistido en otra cosa que en una realización

24. H. J. Puhle, «Die Anfänge des politischen Konservatismus in Deutschland», en *Pipers Handbuch der Politischen Ideen IV*, pp. 255 ss.

de la teoría, han sido destructivas y aun devastadoras. Ya Robespierre contrapone Revolución y Constitución: la Revolución estaría para la guerra y para la guerra civil, la Constitución, para la paz victoriosa. Desde Marx hasta Lenin, la intervención de los revolucionarios, iluminada e informada por la teoría, no tendría otra finalidad que la de consumir la teleología de la historia, mantenida en movimiento por las propias fuerzas productivas. Pues bien, este tipo de confianza articulada en términos de filosofía de la historia no encuentra ya apoyo alguno en la soberanía popular procedimentalizada. Después que la razón práctica se nos ha quedado sin sujeto, la progresiva institucionalización de procedimientos de formación racional de la voluntad colectiva no puede entenderse como una actividad final, es decir, no puede entenderse en términos teleológicos, es decir, como una especie de sublimado proceso de producción. Hoy, más bien, el proceso de una *realización*, siempre controvertible, de principios constitucionales universalistas ha cobrado ya continuidad en los propios actos de simple producción legislativa. Los debates que preceden a la toma de decisiones se efectúan bajo condiciones de un cambio social y político-cultural, cuya dirección no puede, ciertamente, venir gobernada por intervenciones planificadoras del sistema político, pero indirectamente sí que puede quedar acelerado o impedido por esas intervenciones. Así, la Constitución ha perdido su elemento estático; aun cuando la letra de las normas permanezca intacta, sus interpretaciones están en flujo.

El Estado democrático de derecho se convierte en proyecto (el cual, a la vez que resultado, es también un catalizador acelerante) de una racionalización del mundo de la vida que apunta mucho más allá de lo político. Único contenido del proyecto es la institucionalización gradualmente mejorada de procedimientos de formación racional de la voluntad colectiva, los cuales no pueden prejuzgar las metas concretas de quienes se implican en ellos. Cada paso por este camino reobra sobre la cultura política y sobre las formas de vida, aunque también es verdad lo inverso, a saber, que si esa cultura política y esas formas de vida no facilitan las cosas (lo cual, ciertamente, no es factible a voluntad) no pueden surgir formas de comunicación que sean adecuadas a la razón práctica.

Tal comprensión culturalista de la dinámica constitucional parece sugerir que la soberanía del pueblo cambiaría ahora de lugar, desplazándose hacia la dinámica cultural de vanguardias formadoras de opinión. Precisamente esta sospecha, más que ninguna otra, acabaría nutriendo la desconfianza contra los intelectuales: ellos dominan el arte de la palabra y no harían otra cosa que estar arrebatando para sí el poder que pretextan estar disolviendo en el medio de la palabra. Pero a una dominación de los intelectuales se opone lo siguiente: el poder comunicativo sólo puede tornarse efectivo

comunicativamente, esto es, en el modo de una limitación de, de un poner límites a, el ejercicio o ejecución del poder administrativo, es decir, del poder efectivamente ejercido. Pero tal función de asedio, la opinión pública no institucionalizada sólo puede desempeñarla a su vez por el camino que pasa por una toma de decisiones organizada mediante procedimientos democráticos, es decir, por una toma de decisiones institucionalmente organizada y a la que cabe pedir responsabilidades, es decir, que ha de responder ante todos. Pero más importante aún es la circunstancia de que la influencia de los intelectuales sólo se podría condensar en poder comunicativo bajo unas condiciones que impiden precisamente la concentración de poder. Espacios públicos autónomos sólo podrían cristalizar en torno a asociaciones en la medida en que se impusiese la tendencia hoy visible de una desconexión de la cultura respecto de las estructuras de clase²⁵. Los discursos públicos sólo tienen resonancia en la medida en que se difunden, es decir, sólo bajo condiciones de una participación extensa y activa, y a la vez *diseminante* y *dispersante*. Y ésta exige, a su vez, el trasfondo de una cultura política igualitaria, desnuda de todo privilegio debido a educación, de una cultura que se haya intelectualizado a todos los niveles y en toda su latitud.

Ahora bien, esta reflexivización de las tradiciones culturales, de ningún modo tiene que estar bajo el signo de una razón centrada en el sujeto y de una conciencia futurista de la historia. A medida que nos percatamos de la constitución intersubjetiva de la libertad, se desmorona la apariencia de una autonomía entendida en la perspectiva del individualismo posesivo, de una autonomía entendida como autoposesión. Ese sujeto se-afirmante, que quiere disponer de todo, no encuentra ninguna relación adecuada con ninguna clase de tradición. El olfato joven-conservador de Benjamin barruntó en la propia *Kulturrevolution* una conciencia distinta del tiempo, que desde el horizonte de nuestros propios presentes venideros nos hace volver nuestras miradas hacia atrás, hacia las reclamaciones dirigidas a nosotros por las generaciones pasadas. Pero queda en pie una reserva. A este querer tener las cosas claras, a esta sobriedad, a esta desnudez de una cultura de masas profana, que sin paliativos se quiere igualitaria, sucumbe no sólo ese *pathos* de sacra desnudez o simplicidad, que querría asegurar rango social sólo a lo profético. La necesaria banalización de lo cotidiano en la comunicación política representa también un peligro para los potenciales semánticos, de los que esa cultura tiene que seguirse nutriendo. Una cultura sin aguijón se vería absorbida por simples necesidades de compensación, es decir, apenas daría abasto para servir de contrapeso a la parte cosificada

25. H. Brunkhorst, «Die Ästhetisierung der Intellektuellen», en *Frankfurter Rundschau* de 18 noviembre 1988.

de la existencia; como dice M. Grefrath, se limitaría a envolver como un tapiz de espuma a la «sociedad del riesgo». Ninguna religión civil, por bien cortada y diseñada que esté, podría impedir esta entropía del sentido²⁶. Incluso ese momento de incondicionalidad que insistentemente se expresa en las trascendedoras pretensiones de validez anejas a nuestra comunicación cotidiana, no es suficiente. Un tipo *distinto* de transcendencia es el que se conserva en lo aún no amortizado, en aquello a que aún no se ha dado cobro, en lo aún no penetrado, que la apropiación crítica de nuestras tradiciones religiosas formadoras de nuestra identidad nos abre, y otro tipo *más* de transcendencia es el que encierra la negatividad del arte moderno. Lo trivial ha de poder romperse contra lo absolutamente extraño, abisal, inquietante, que rehúsa ser asimilado a lo que ya entendemos, aun cuando tras eso absolutamente otro no pueda atrincherarse ya ningún privilegio²⁷.

26. H. Kleger y R. Müller, *Religion des Bürgers*, München, 1986; H. Dubiel, *Zivilreligion in der Massendemokratie*, manuscrito, 1989.

27. Ch. Menke-Eggers, *Die Souveränität der Kunst*, Frankfurt a. M., 1988.

Hasta mediados de los años ochenta, la historia parecía haber pasado a un estado cristalino, al estado cristalino de la *posthistoire*. Es la metáfora a la que recurría Arnold Gehlen para referirse a ese curioso sentimiento de que todo cambia, pero nada sucede. *Rien ne va plus*: ya no podía producirse nada realmente sorprendente o nuevo. Bajo la campana de cristal de los imperativos sistémicos, todas las posibilidades parecían haberse reducido ya al reposo, todas las alternativas parecían haberse congelado, y las opciones aún abiertas parecían haberse tornado irrelevantes. Mientras tanto este estado de ánimo parece haber experimentado un vuelco. La historia se ha puesto otra vez en movimiento, se acelera, incluso se sobrecalienta. Nuevos problemas desplazan a las viejas perspectivas. Y lo que es más importante, incluso abren nuevas perspectivas de futuro desde las que otra vez percibimos alternativas de acción.

Tres movimientos históricos de esta nuestra actualidad que se ha vuelto móvil afectan a la relación entre ciudadanía e identidad nacional: (1) La reunificación alemana, la liberación de los Estados de la Europa Oriental de la tutela soviética y los conflictos entre nacionalidades que se han desencadenado en toda la Europa del Este, confieren a la cuestión del futuro del Estado nacional una inesperada actualidad. (2) El desarrollo de la Comunidad Europea, con la cesura que representa el mercado interior común que entrará en vigor en 1993, ilumina la relación entre Estado nacional y democracia: los procesos democráticos, articulados en términos de Estado nacional, van irremediablemente a la zaga de una integración económica efectuada en términos supranacionales. (3) Los gigantescos movimientos migrato-

* Publicado como monografía en Erker-Verlag, St. Gallen, 1991.

rios desde las regiones pobres del Este y del Sur, con los que la Europa Occidental se verá confrontada en los próximos años, dan al problema de los refugiados una nueva dimensión y urgencia. Con ese problema se agudiza la pugna entre los principios universalistas del Estado democrático de derecho, por un lado, y las pretensiones particularistas de integridad de las formas de vida en que se ha crecido, por otro.

Estos tres temas nos dan ocasión de aclarar conceptualmente algunos puntos de vista normativos, desde los que podemos entender mejor la compleja relación entre ciudadanía e identidad nacional¹.

I. PASADO Y FUTURO DEL ESTADO NACIONAL

Lo sucedido en Alemania y en los países del Este de Europa ha dado un nuevo giro a una discusión que en la República Federal de Alemania venía desarrollándose desde hacia ya tiempo acerca del camino hacia una «sociedad posnacional»². Muchos intelectuales, por ejemplo, han lamentado el déficit democrático de un proceso de unificación que se ha efectuado a nivel administrativo y a nivel económico, sin participación de los ciudadanos; hoy se ven expuestos al reproche de «arrogancia del posnacional». Esta controversia acerca del modo y ritmo de la unificación estatal alemana no sólo se alimenta de los contrapuestos estados de ánimo de los partidos en pugna, sino que también se explica por la falta de claridad en los conceptos. Una de las partes entiende la entrada de los nuevos cinco *Länder* en la República Federal de Alemania como el restablecimiento de la unidad de un Estado nacional roto hace cuatro decenios; desde este punto de vista la nación se presenta como la unidad prepolítica de una comunidad histórica de destino. La otra entiende la unificación estatal como el restablecimiento de la democracia y el Estado de derecho en un territorio en donde desde 1933 los derechos ciudadanos habían quedado de uno u otro modo derogados; desde este punto de vista la vieja República Federal era, no menos que la nueva, una nación de ciudadanos. Pero si se recurre a esta terminología republicana el concepto de Estado-nación pierde justamente esas connotaciones prepolíticas-étnicas que han acompañado a la expresión «Estado nacional» en el época moderna. Esta disolución de las ligaduras semánticas entre ciudadanía e identidad nacional toma en cuenta el hecho de que, con el tránsito de la Comunidad Europea a una Unión política, la forma clásica del Estado

1. Agradezco a Ingeborg Maus y Klaus Günther sus observaciones críticas y sus sugerencias.

2. P. Glotz, *Der Irrweg des Nationalstaats*, Stuttgart, 1990; J. Habermas, *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich, 1991.

nacional se encuentra en disolución. Es lo que nos enseña una mirada retrospectiva sobre la historia de su nacimiento a principios del mundo moderno.

En la Edad Moderna europea no pudo estabilizarse la forma de un *imperio* unificador de múltiples pueblos, figura que pervivió en las formas del viejo *Reich* alemán o del imperio ruso y del imperio otomano³. Una segunda estructura, una estructura federativa de formación de Estados, es la que surgió de grupos de ciudades del Medioevo. Sobre todo en Suiza se desarrolló una *federación* que es lo suficientemente fuerte como para equilibrar y neutralizar las tensiones étnicas de una liga multicultural de ciudadanos. Pero sólo la tercera forma, el *Estado territorial* administrado en términos centralistas, consiguió a largo plazo fuerza estructuradora en la formación del sistema de Estados europeos. Como sucedió en los casos de Portugal, España, Inglaterra y Suecia, el Estado territorial surgió primero de reinos, adoptando después la forma de Estado nacional en el curso de una democratización conforme al modelo francés. Esta formación estatal aseguró las condiciones-marco en las que pudo desarrollarse a nivel mundial el sistema económico capitalista. Pues el Estado nacional constituyó la infraestructura para una administración disciplinada en términos de Estado de derecho y tomó a su cargo garantizar un espacio de acción individual y colectiva, exento de Estado y ajeno al Estado. Y lo que más nos interesa, creó la base para la homogeneidad cultural y étnica, sobre las que desde fines del siglo XVIII pudo ponerse en marcha la democratización del Estado, si bien a costa de la represión y exclusión de minorías nacionales. El Estado nacional y la democracia surgieron de la Revolución Francesa como dos gemelos. Y culturalmente se hallan bajo la sombra del nacionalismo.

Esta conciencia nacional es un fenómeno específicamente moderno de integración cultural. La conciencia política de pertenencia a una nación surge de una dinámica que sólo pudo apoderarse de la población cuando ésta había sido ya arrancada de una red de lazos sociales de tipo estatal mediante procesos de modernización económica y social, es decir, cuando había sido movilizadada a la vez que los individuos habían quedado sueltos y aislados. El nacionalismo es una forma de conciencia que presupone una apropiación de las tradiciones culturales filtrada por la historiografía y la reflexión. Surge en el público burgués culto y se difunde por los canales de la moderna comunicación de masas. Ambas cosas confieren al nacionalismo rasgos artificiales; y es su lado de «constructo» lo que de por sí convierte al nacionalismo en accesible a un abuso manipulador por las élites políticas.

La historia del nacimiento del Estado nacional se refleja en la

3. Cf. sobre lo que sigue M. R. Lepsius, «Der europäische Nationalstaat», en *Id., Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen, 1990, pp. 256 ss.

historia del concepto de «nación»⁴. Los romanos llamaban *Natio* a la diosa del nacimiento y del origen. «Nación» se refiere, al igual que *gens* y *populus*, y por oposición a *civitas*, a pueblos (con frecuencia pueblos «salvajes», «bárbaros», o «gentiles») que todavía no están organizados como asociaciones políticas. *Nationes* son, conforme al empleo que de este término se hace en la Antigüedad clásica, comunidades de origen que vienen integradas geográficamente por comunidad de asentamiento o por relaciones de vecindad, y culturalmente por tener una lengua común y costumbres y tradiciones comunes, pero que todavía no están integradas políticamente mediante una forma estatal de organización. Este significado de «nación» se mantiene durante el Medievo y en el siglo xv penetra en las lenguas vulgares. Incluso Kant dice todavía: «Aquella multitud que mediante descendencia común se reconoce unida formando un todo civil, es lo que se llama nación (*gens*)». Pero a principios del mundo moderno aparece un uso del término «nación» que compite con el primero: la nación como portadora de la soberanía. Los estamentos representan a la «nación» frente al «rey». Desde mediados del siglo xviii se entrecruzan y ensamblan los dos significados de «nación» en el sentido de comunidad de descendencia y «población de un Estado». Con Sieyès y la Revolución Francesa la «nación» se convierte en fuente de la soberanía estatal. A toda nación le asistiría, pues, el derecho a autodeterminarse políticamente. El contexto de pertenencia étnica queda sustituido por una comunidad democrática de voluntad, por una comunidad basada en una voluntad democrática común.

Con la Revolución Francesa, el significado de «nación» se transformó, por tanto, de una magnitud prepolítica en un rasgo que era elemento constitutivo de la identidad política de los ciudadanos de una comunidad democrática. A fines del siglo xix la relación de condición entre identidad nacional adscrita y ciudadanía adquirida, democráticamente constituida, puede incluso invertirse. Así por ejemplo, la famosa frase de Ernest Renan «La existencia de una nación es... un plebiscito de todos los días» pertenece ya a un contexto dirigido *contra* el nacionalismo. Tras 1871 Renan puede rechazar las reclamaciones del *Reich* alemán sobre Alsacia invocando la nacionalidad francesa de la población, pero sólo puede hacerlo porque entiende la «nación» como una nación de ciudadanos y no como una comunidad de descendencia. La nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural, sino en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación. Aquí, la componen-

4. Cf. El artículo «Nation», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie* VI, pp. 406-414.

te republicana del concepto de ciudadanía se disocia por entero de la pertenencia a una comunidad prepolítica integrada por descendencia, tradición compartida y lengua común. Considerada desde este cabo, la fusión inicial de conciencia nacional y mentalidad republicana sólo tuvo una función catalizadora.

El nacionalismo mediado por la conciencia histórica y por el romanticismo, es decir, mediado a la vez en términos científicos y literarios, fundó una identidad colectiva que resultó *funcional* para el papel de ciudadano surgido en la Revolución Francesa. Pues en el crisol de la conciencia nacional los rasgos adscriptivos de descendencia transmutáronse en otros tantos ingredientes de una apropiación consciente de la tradición. La nacionalidad adscrita por origen se convierte en un nacionalismo adquirido, en una figura del espíritu constituida por propia iniciativa. El nacionalismo pudo fomentar la identificación con un papel que exigía un alto grado de compromiso personal e incluso el sacrificio de sí mismo: el servicio militar obligatorio era sólo el reverso de los derechos ciudadanos. En la disponibilidad a luchar y morir por la patria acreditábase por igual conciencia nacional y mentalidad republicana. Ello explica la relación de complementariedad en que originalmente se hallan nacionalismo y republicanismo: lo uno se convierte en vehículo del nacimiento de lo otro.

Pero esta conexión psico-social no es una conexión conceptual. La independencia nacional y la autoafirmación colectiva frente a las naciones extrañas pueden entenderse como una forma colectivista de libertad. Esta libertad nacional no coincide con la libertad genuinamente política de los ciudadanos en el interior. De ahí que más tarde la comprensión moderna de esta libertad republicana pueda de nuevo desligarse del seno de la conciencia de libertad nacional, de la que surgió. El Estado nacional había fundado, pero sólo transitoriamente, una estrecha conexión entre *ethnos* y *demos*⁵. Pero conceptualmente la ciudadanía fue desde siempre independiente de la identidad nacional.

El concepto de ciudadanía se desarrolla a partir del concepto Rousseauiano de autodeterminación. Inicialmente «soberanía popular» se había entendido como una restricción o inversión de la soberanía del príncipe, soberanía ésta que descansaba en un contrato entre pueblo y gobierno. En cambio, Rousseau y Kant no entienden la soberanía popular como un traslado del poder político de arriba a abajo, o como un reparto del poder político entre dos partidos. Para ellos soberanía popular significa la transformación de la dominación política o poder político en *autolegislación*. En lugar de un pacto

5. M. R. Lepsius, «Ethnos und Demos», en M. R. Lepsius, *Interessen, Ideen und Institutionen*, pp. 247-255.

histórico, en lugar del *pactum subjectionis*, aparece aquí el contrato social como un modelo abstracto del modo y manera de *constitución* de un poder político que sólo puede legitimarse ya como ejecución de una autolegislación democrática. Con ello la dominación política pierde el carácter de poder o violencia cuasinaturnales: de la *auctoritas* del poder del Estado había de eliminarse todo residuo de *violentia*. Conforme a esta idea «sólo la voluntad concordante y unida de todos, en cuanto que cada uno sobre todos y todos sobre cada uno deciden lo mismo... puede ser legisladora» (Kant).

Pero con ello Kant no está haciendo referencia sin más a ninguna universalidad de tipo sustancial, es decir, no está haciendo referencia a una voluntad entendida como sustancia que debiese su unidad a una homogeneidad previa de descendencia y de forma de vida. El consenso disputado y alcanzado en cada caso en una asociación de iguales y libres sólo descansa en última instancia en la unidad de un *procedimiento* sobre el que existe consenso. Este procedimiento de formación democrática de la opinión y de maduración y toma democráticas de decisiones se diferencia en forma de una Constitución articulada en términos de Estado de derecho. En una sociedad pluralista la Constitución expresa un consenso formal. Los ciudadanos quieren regular su convivencia conforme a principios que, por ser en interés de todos por igual, pueden encontrar el asentimiento fundado de todos. Tal asociación viene estructurada por relaciones de reconocimiento recíproco bajo las que cada uno puede esperar ser respetado por todos como libre e igual. Todos y cada uno han de poder encontrar un triple reconocimiento: han de poder encontrar igual protección e igual respeto (*a*) en su integridad como individuos in-canjeables, (*b*) en su calidad de miembros de un grupo étnico o cultural, (*c*) en su condición de ciudadanos, esto es, de miembros de la comunidad política. Esta idea de una comunidad política que se determina a sí misma ha quedado jurídicamente plasmada de formas muy diversas en las Constituciones, y en general en los sistemas políticos de la Europa Occidental y de Estados Unidos.

Pero en el lenguaje de los juristas «ciudadanía», *citoyenneté* o *citizenship* sólo ha tenido durante mucho tiempo el sentido de «pertenencia a un Estado» o de «nacionalidad»; sólo recientemente ha sido ampliado el concepto en el sentido de una *status* de ciudadano, circunscrito por los derechos civiles⁶. La nacionalidad o ciudadanía, en el sentido de *pertenencia a un Estado*, regula la atribución de personas a la población de un Estado cuya existencia viene reconocida por el derecho internacional. Con independencia de la organización interna del poder del Estado, esta definición de pertenencia,

6. Sobre lo que sigue cf. R. Grawert, «Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft»: *Der Staat* 23 (1984), pp. 179-204.

junto con la determinación territorial del ámbito de soberanía estatal, sirve al deslinde social de los Estados. Conforme a la autocomprensión del Estado democrático de derecho como una asociación de ciudadanos libres e iguales, la «nacionalidad» en el sentido de «pertenencia a un determinado Estado» está ligada al principio de voluntariedad. Las notas adscriptivas habituales de lugar de residencia y de nacimiento (*ius soli et ius sanguinis*) no fundan ninguna irrevocable sumisión a la soberanía de un Estado. Sólo pueden servir ya de criterios administrativos a la hora de atribuir una supuesta aceptación o asentimiento implícito con el que se corresponde el derecho a la emigración o el derecho a renunciar a una determinada «nacionalidad»⁷.

Pero hoy los términos «ciudadanía» o *citizenship* se utilizan no solamente para significar la pertenencia a la organización que es el Estado, sino también para significar el *status* que, en lo que a contenido se refiere, viene definido por los derechos y deberes ciudadanos. La *Grundgesetz* (Constitución) alemana no reconoce, ciertamente, de forma expresa un *status* ciudadano análogo a la ciudadanía activa suiza⁸; pero apoyándose en el artículo 33, secc. 1 de la *Grundgesetz* la dogmática jurídica ha desarrollado la gavilla de derechos y deberes ciudadanos, en especial los derechos fundamentales, configurando un *status* global entendido de modo similar⁹. Para la concepción republicana el problema de la autoorganización de la comunidad jurídica constituye el punto de referencia y, por tanto, los derechos de participación y comunicación políticas constituyen el núcleo de la ciudadanía. R. Grawert entiende ésta como «la institución o figura jurídica por la que el miembro particular de un Estado

7. P. H. Shuck y R. M. Smith, *Citizenship without Consent*, New Haven, 1985, cap. I. La desconexión entre el sentido normativo que tiene la pertenencia jurídica a un Estado y los rasgos adscriptivos de procedencia no se ha efectuado consecuentemente en todas partes. Por ejemplo, el artículo 116 de la *Grundgesetz* introduce el llamado «alemán de procedencia» que, por su «adhesión a la comunidad de cultura» objetivamente confirmada, pertenece al pueblo alemán aun sin poseer la nacionalidad alemana; este «alemán de procedencia» se encuentra en una situación de privilegio (hoy por lo demás bien controvertida en términos de política constitucional) a la hora de solicitar la nacionalidad alemana.

8. R. Winzler, *Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht*, Bern, 1983.

9. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1990, p. 113: «En tanto que derechos subjetivos los derechos fundamentales definen y aseguran el estado jurídico del particular en los fundamentos que ese estado jurídico tiene; como elementos "objetivos" básicos del orden democrático y del orden que representa el Estado de derecho, insertan al individuo en ese orden, el cual sólo puede cobrar a su vez realidad mediante la actualización de esos derechos. El *status* constitucional del individuo fundado y garantizado por los derechos fundamentales recogidos en la *Grundgesetz* es un *status* jurídico material, es decir, un *status* de contenido concretamente determinado, del que ni el individuo ni los poderes estatales pueden disponer ilimitadamente. Este *status* articulado en términos de derecho constitucional constituye el núcleo del *status* general de ciudadano que junto a los derechos fundamentales... viene determinado por las leyes».

queda incluido como parte activa en el contexto concreto de actividad estatal»¹⁰. El *status* de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para *cambiar* su situación, posición o condición jurídica material.

En la filosofía del derecho compiten entre sí dos interpretaciones contrarias de esta ciudadanía activa. En la tradición liberal del derecho natural que procede de Locke cristalizó una comprensión individualista-instrumentalista del papel de ciudadano; y en la tradición republicana de teoría del Estado que se remonta a Aristóteles, una comprensión comunitarista-ética. En el primer caso la ciudadanía se entiende conforme al modelo de la pertenencia a una organización, pertenencia que funda una situación o posición jurídica; y en el segundo conforme al modelo de la pertenencia a una comunidad ético-cultural que se determina a sí misma. Conforme a la primera lectura, los individuos permanecen externos al Estado y contribuyen a la reproducción de éste con determinadas contribuciones —como son, por ejemplo, los votos y los impuestos—, para recibir como contrapartida determinados servicios de la organización estatal. Conforme a la otra lectura, los ciudadanos están integrados en la comunidad política como partes en un todo, de suerte que sólo pueden formar su identidad personal y social en el horizonte de tradiciones comunes y de instituciones políticas reconocidas. Conforme a la lectura liberal, los ciudadanos no se distinguen en lo esencial de personas privadas que hacen valer sus intereses prepolíticos frente al aparato estatal; conforme a la lectura republicana, la ciudadanía sólo se actualiza en la práctica de la autodeterminación colectiva. Charles Taylor describe del siguiente modo estas dos concepciones del ciudadano, que compiten la una con la otra: «Un modelo se centra principalmente en los derechos individuales y en el trato igual, así como en una actividad gubernamental que tenga en cuenta las preferencias del ciudadano. Pues esto es lo que ha de asegurarse. La condición activa de ciudadano consiste principalmente en la capacidad de hacer realidad esos derechos y de asegurar un trato igual, así como de influir sobre quienes toman efectivamente las decisiones... Estas instituciones tienen un significado enteramente instrumental... No se da ningún valor a la participación en el gobierno por mor de sí misma... El otro modelo, en cambio, define la participación en el autogobierno como la esencia de la libertad, como parte de lo que hay que asegurar. Ello es... un componente esencial de la condición de ciudadano... La plena participación en el autogobierno se considera que es capaz, por lo menos a veces, de conducir a la formación de un consenso dominante, en el que uno se puede identificar con los demás. Gobernar

10. R. Grawert, «Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», en J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1987, pp. 684 ss.

y ser gobernado, estar no siempre abajo, sino a veces también arriba, significa que por lo menos durante algún tiempo los gobernantes somos «nosotros» y no siempre «ellos»¹¹.

Aun cuando este modelo totalizante de una comunidad a la que los ciudadanos quedan incorporados en cuerpo y alma no se adecua en muchos aspectos a la política moderna, tiene una ventaja frente al modelo que opera con la sola idea de pertenencia a una organización, conforme al cual los individuos se enfrentan aislados al aparato estatal y sólo están ligados a él mediante esa relación de pertenencia, funcionalmente especificada; la ventaja consiste en lo siguiente: en dejar claro que la autonomía política es un fin en sí que nadie puede realizar por sí solo, es decir, persiguiendo privadamente sus propios intereses, sino que sólo puede realizarse por todos en común por la vía de una praxis intersubjetivamente compartida. La posición jurídica del ciudadano se constituye mediante una red de relaciones igualitarias de reconocimiento recíproco. Exige de cada uno el adoptar perspectivas de participante en primera persona del plural y no sólo la perspectiva de observador, de un observador o actor que se orienta en cada caso por su propio éxito.

Pero las relaciones de reconocimiento jurídicamente garantizadas no se reproducen por sí mismas, han menester de los esfuerzos cooperativos de una práctica ciudadana a la que nadie puede ser obligado mediante normas jurídicas. El derecho coercitivo moderno no se extiende, por muy buenas razones, a los motivos e intenciones de sus destinatarios. Imponer el deber jurídico de una activa puesta en práctica de los derechos democráticos tendría algo de totalitario. Por eso el *status* de ciudadano jurídicamente constituido depende para su desarrollo y ejercicio de la facilitación que le preste un trasfondo consonante de motivos e intenciones de un ciudadano orientado al bien común, motivos e intenciones que no pueden forzarse ni urgirse por vía de derecho. El modelo republicano de la ciudadanía nos recuerda que las instituciones de la libertad, aseguradas en términos de derecho constitucional, tendrán o no valor, conforme a lo que de ellas haga una población *acostumbrada* a la libertad, acostumbrada a ejercitarse en la perspectiva de primera persona del plural de la práctica de la autodeterminación. El papel de ciudadano institucionalizado jurídicamente ha de quedar inserto en el contexto de una cultura política habituada al ejercicio de las libertades. De ahí que los comunitaristas insistan en que el ciudadano ha de identificarse «patrióticamente» con su forma de vida. También Taylor postula una conciencia comunitaria o una conciencia de comunidad, que surgiría de la identificación con las tradiciones consciente-

11. Ch. Taylor, «The Liberal-Communitarian Debate», en N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., 1989, pp. 178 ss.

mente aceptadas de la propia comunidad político-cultural: «La cuestión es: ¿puede nuestro patriotismo sobrevivir a la marginalización del autogobierno participativo? Como hemos visto, el patriotismo es una identificación común con una comunidad histórica basada en ciertos valores... Pero tiene que ser una comunidad histórica cuyos valores nucleares incorporen la libertad»¹².

Esto parece contradecir nuestra tesis de que entre el republicanismo y el nacionalismo sólo se da una conexión históricamente contingente, pero no una conexión conceptual. Ahora bien, si consideramos más detenidamente las cosas, de la consideración de Taylor sólo se sigue que los principios universalistas de los Estados democráticos de derecho necesitan de algún tipo de anclaje político-cultural. Pues los principios constitucionales sólo pueden cobrar forma en prácticas sociales y convertirse en fuerza impulsora del proyecto dinámicamente entendido de establecer una asociación de libres e iguales si quedan situados de tal suerte en el contexto de la historia de una nación de ciudadanos, que consigan conectar con los motivos, intenciones y actitudes de éstos.

Pues bien, los ejemplos de sociedades multiculturales, como son Suiza y Estados Unidos, muestran que una cultura política, para que en ella puedan echar raíces los principios constitucionales, no necesita en modo alguno apoyarse en una procedencia u origen étnico, lingüístico y cultural, común a todos los ciudadanos. Una cultura política liberal sólo constituye el denominador común de (o el medio cívico-político compartido en que se sostiene) un patriotismo de la *Constitución*, que simultáneamente agudiza el sentido para la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural. También en un futuro Estado federal europeo habrán de interpretarse *los mismos* principios jurídicos desde las perspectivas de tradiciones nacionales diversas e historias nacionales diversas. La propia tradición de cada uno habrá de ser en cada caso objeto de una apropiación hecha desde un punto de vista relativizado desde las perspectivas de los demás, de suerte que pueda quedar inserta en una cultura constitucional europeo-occidental compartida en términos supranacionales. Un anclaje particularista de *este tipo* no quitaría a la soberanía popular y a los derechos humanos ni una tilde de su sentido universalista. Tenemos, pues, que la ciudadanía democrática no ha menester quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo; pero que, con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común.

12. *Ibid.*, p. 178.

II. ESTADO NACIONAL Y DEMOCRACIA EN LA EUROPA UNIDA

El futuro político de la Comunidad Europea ilumina la relación entre ciudadanía e identidad nacional de un modo distinto. El concepto de ciudadano desarrollado por Aristóteles estaba originalmente cortado a la medida de la ciudad o de las ciudades-estado. La transformación de poblaciones en naciones formadoras de Estado estuvo, como hemos visto, bajo el signo de un nacionalismo que pareció poner en concordancia las ideas republicanas con las dimensiones de los Estados territoriales modernos. En las formas políticas de este Estado nacional se desarrolló el tráfico económico moderno. Y lo mismo que el instituto burocrático que es el Estado, también la economía capitalista desarrolló su propio sentido sistémico. Los mercados de bienes, capitales y trabajo, obedecen a su propia lógica que es independiente de las intenciones de los sujetos. Al igual que el poder administrativo, tal como éste viene encarnado en las burocracias estatales, también el dinero se convirtió en un eficaz medio anónimo de integración de la sociedad, que operaba por encima de las cabezas de los participantes. Esta *integración sistémica* entra en competencia con la *integración social*, que discurre a través de valores, normas y entendimiento intersubjetivo, es decir, que viene mediada por la conciencia de los actores. La *integración política*, que discurre a través de la ciudadanía democrática, constituye un importante aspecto de esa *integración social* general. Por esta razón, capitalismo y democracia se encuentran en una relación de tensión, negada a menudo por las teorías liberales.

El ejemplo de los países en vías de desarrollo demuestra que entre el desenvolvimiento del Estado democrático de derecho y la modernización capitalista, de ningún modo se da una conexión lineal. Tampoco se produjo de manera automática el compromiso que representa el Estado social, que en las democracias occidentales ha venido rigiendo desde finales de la Segunda Guerra Mundial. El desarrollo de la Comunidad Europea expresa de modo distinto la misma tensión entre democracia y capitalismo. En este caso, tal tensión se expresa en el gradiente que se da entre una integración sistémica de economía y Administración, que se produce en el nivel supranacional, y una integración política que sólo se efectúa en el plano del Estado nacional. La forma tecnocrática de la Comunidad Europea viene a corroborar, pues, las dudas que siempre acompañaron a esas expectativas normativas asociadas al papel de ciudadano democrático. Pues tales expectativas, ¿no son ya en buena medida una ilusión incluso dentro de los límites del Estado nacional? ¿Es que aquella simbiosis pasajeramente lograda entre republicanismo y nacionalismo hizo quizá otra cosa que ocultar el hecho de que el concepto de ciudadano sólo vale a lo sumo para el caso subcomplejo de

una comunidad abarcable y étnicamente homogénea, integrada todavía mediante tradición y costumbre?

La «Comunidad Económica Europea» se ha convertido hoy en una «Comunidad Europea» que proclama su voluntad política de formar una «Unión política europea». De una formación o configuración estatal de este tipo, que incluiría a 320 millones de habitantes, sólo tenemos, si prescindimos del caso de la India, el ejemplo de Estados Unidos. Pero Estados Unidos forma una sociedad multicultural que viene unida por una misma cultura política y, sobre todo, por una única lengua. Mientras que la «Unión política europea» representaría un Estado de nacionalidades, y con múltiples lenguas. Esta unión, aun en caso, lo que es todavía discutible, de que se asemejase a un Estado federal, habría de ofrecer, como una federación de Estados particulares parcialmente soberanos, ciertos rasgos de lo que de Gaulle llamó la «Europa de las patrias». Los Estados nacionales, tal como los hemos conocido hasta aquí, habrían de mantener, también en esa Europa, una importante fuerza *configuradora*.

Mas en el camino de espinas de la Unión Europea, los Estados nacionales constituyen un problema, no tanto porque sus pretensiones de soberanía sean insuperables, como porque hasta ahora los procesos democráticos, aunque bien lejos de lo que pretenden ser, sólo funcionan dentro de los límites de estos Estados. En una palabra: el espacio público-político ha permanecido hasta ahora fragmentado en Estados nacionales. De ahí que se imponga la pregunta de si cabe pensar en una ciudadanía europea. Y con ello no sólo me refiero a posibilidades de acción política colectiva que trasciendan los límites de los Estados nacionales, sino también a la conciencia del deber de contribuir a un «bien común europeo»¹³. Ya en 1974 Raymond Aron respondía a esta pregunta con un rotundo no. A nivel de regulación y control supranacionales se instaurará con medios jurídicos-administrativos el ancho espacio de un mercado interior europeo, mientras que un Parlamento europeo de competencias muy reducidas habría de seguir casi sin percibirse desde el punto de vista de los espacios públicos políticos de los Estados miembros. Hasta ahora los derechos ciudadanos genuinamente políticos no alcanzan más allá del marco del Estado nacional.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia se orienta por las «cinco libertades del mercado común» e interpreta como derechos fundamentales el libre tráfico de mercancías, la libre circulación de trabajadores, el derecho de establecimiento de las empresas, la libre circulación de servicios, y la libertad de operaciones de pago. Esto responde a las competencias que el Tratado de Roma

13. P. Kielmannsegg, «Ohne historisches Vorbild», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, del 7 de diciembre de 1990.

otorga en su artículo tercero al consejo de ministros y a la Comisión europea. Y esas competencias se explican a su vez por el objetivo señalado en el artículo 9: «Fundamento de la comunidad es una unión aduanera que se extiende a la totalidad de los intercambios comerciales». En la misma dirección se mueven el mercado interior y la proyectada creación de un banco central autónomo. El nuevo nivel de interdependencias económicas permite prever una creciente necesidad de coordinación también en otros campos de la política, como son la política medioambiental, la política fiscal y la social, la política educativa, etc. Y conforme a la misma lógica, a esta necesidad de regulación habría de hacerse frente, a su vez, atendiendo primariamente a criterios de racionalidad económica, es decir, tratando de asegurar unas relaciones paritarias de competencia. Hasta ahora, de estas tareas vienen encargándose organizaciones europeas que se han convertido en una densa red de instancias administrativas. Las nuevas élites que proveen al cumplimiento de estas tareas funcionales están ligadas formalmente a los gobiernos e instituciones de sus países de procedencia; pero de hecho quedan ya por encima de sus contextos nacionales. Estos funcionarios que trabajan en términos profesionales constituyen una burocracia desligada de procesos de legitimación democrática.

Para los ciudadanos, pues, se vuelve cada vez más ancha la sima entre el quedar afectado por las decisiones y la participación en ellas. Un creciente número de medidas tomadas por encima de los Estados nacionales afecta a cada vez más ciudadanos en ámbitos de la vida cada vez más amplios. Pero como hasta ahora el papel de ciudadano sólo está institucionalizado en términos de Estado nacional, los ciudadanos no tienen hasta el momento ninguna posibilidad efectiva de tematizar las decisiones europeas, ni de influir sobre ellas. M. R. Lepsius constata lapidariamente: «No existe una opinión pública europea»¹⁴. ¿Constituye esta disparidad un desequilibrio transitorio que cabría remediar mediante una parlamentarización de la expertocracia de Bruselas?, ¿o no ocurre más bien que en estas burocracias que operan conforme a criterios de racionalidad económica no hace más que perfilarse de forma más clara una evolución que desde hace mucho tiempo y de forma incontenible viene produciéndose también dentro de los Estados nacionales, a saber: la autonomización de los imperativos económicos y una estatalización de la política, que socavan el *status* de ciudadano y desmienten su pretensión y su autoconcepción republicanas?

T. H. Marshall estudió, analizando el ejemplo de Inglaterra, la expansión de los derechos y deberes ciudadanos en conexión con la

14. M. R. Lepsius, «Die Europäische Gemeinschaft», conferencia pronunciada en el XX Congreso Alemán de Sociología, Frankfurt a. M., 1990.

modernización capitalista¹⁵. La división de Marshall de los derechos ciudadanos en derechos «civiles», derechos «políticos» y derechos «sociales» se atiene a una conocida clasificación jurídica. Conforme a ella los derechos liberales de defensa protegen la libertad y propiedad del sujeto jurídico privado frente a las intervenciones ilegales del Estado, los derechos de participación política permiten al ciudadano activo una participación en el proceso democrático de formación de la opinión y la voluntad, y los derechos sociales garantizan al cliente del Estado benefactor unos ingresos mínimos y prestaciones de las instituciones de la seguridad social. Marshall defiende la tesis de que en las sociedades modernas el *status* de ciudadano se ha ido ampliando y consolidando progresivamente. Primero habrían sido los derechos democráticos los que habrían complementado a los derechos negativos de libertad, y después los derechos sociales habrían venido, a su vez, a complementar a esas dos formas clásicas de derechos fundamentales, y ello de suerte que círculos cada vez más amplios de la población habrían ido adquiriendo gradualmente la totalidad de los derechos que hoy definen el *status* de ciudadano.

Aun prescindiendo de muchos detalles históricos, esta sugerencia de un desarrollo que en conjunto discurriría en términos lineales sólo es cierta para aquello a lo que los sociólogos, generalizando, dan el nombre de «inclusión». En una sociedad cada vez más diferenciada funcionalmente son cada vez más las personas que adquieren cada vez más derechos de acceso a, y de participación en, cada vez más subsistemas, ya se trate de mercados, empresas, puestos de trabajo, de cargos, tribunales y ejércitos, de escuelas y hospitales, de teatros y museos, de asociaciones políticas y de medios de comunicación pública, de partidos, de mecanismos de autoadministración o de parlamentos. El individuo ve multiplicada con ello su condición de miembro de organizaciones, y también ve ampliados sus espacios de opción. Pero esta imagen de un progreso lineal se debe a una descripción que permanece neutral frente a los aumentos y pérdidas de autonomía. Esa descripción es ciega para todo lo que se refiere a la utilización efectiva de un papel activo de ciudadano a través del cual el individuo puede introducir un cambio democrático de ese su propio *status*. Pues sólo los derechos de participación política fundan esa posición jurídica reflexiva, autorreferencial, que representa el papel de ciudadano. Los derechos negativos de libertad y los derechos a recibir prestaciones sociales pueden, en cambio, ser otorgados en términos paternalistas. El Estado de derecho y el Estado social son también posibles sin democracia. Pues incluso en los casos en que, como ocurre en el «Estado democrático y social de derecho» de la

15. T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Mass., 1950.

Grundgesetz alemana, los derechos de defensa y los derechos a recibir prestaciones sociales mantienen siempre una doble cara.

Los derechos liberales, que, consideradas las cosas históricamente, cristalizaron en torno a la posición social del propietario privado, pueden entenderse desde puntos de vista *funcionales* como institucionalización de un sistema económico gobernado por el mercado, mientras que desde puntos de vista *normativos* garantizan libertades individuales. Los derechos sociales significan desde puntos de vista *funcionales* la instalación de burocracias de un Estado benefactor, y desde puntos de vista *normativos* garantizan, en términos de compensación, el cumplimiento de las legítimas aspiraciones a una participación justa en la riqueza social. Ciertamente, tanto las libertades individuales como la seguridad que al individuo aportan los derechos sociales, pueden también entenderse como base jurídica de esa independencia individual y social que es menester para que de verdad sea posible una efectiva puesta en práctica de los derechos políticos. Pero éstas son conexiones empíricas, no conexiones conceptualmente necesarias. Pues los derechos de libertad y los derechos sociales pueden también hacer posible una renuncia privatista a la parte activa del papel de ciudadano, con lo que éste quedaría reducido a las relaciones de un cliente con las administraciones de las que ha de recibir las correspondientes prestaciones y auxilios.

El síndrome del privatismo ciudadano y un ejercicio reducido del papel de ciudadano que se quedaría sin más contenido que el que le viene dado desde la perspectiva de la constelación de intereses del «cliente» del Estado social, se tornan tanto más probables cuanto más la economía y el Estado, que vienen institucionalizados a través de esos mismos derechos, despliegan una lógica sistemática propia y empujan a los ciudadanos al papel periférico de simples miembros de una organización. Los sistemas que son la economía y la Administración tienen la tendencia a cerrarse frente a sus entornos y a obedecer solamente a sus propios imperativos de dinero y de poder. Hacen añicos el modelo de una comunidad que se determina a sí misma a través de la práctica política común de los ciudadanos. La idea básica republicana de la integración políticamente autoconsciente de una «comunidad» de libres e iguales es, a todas luces, demasiado concreta y simple para las condiciones modernas, y en todo caso lo es cuando, como base de ella, se piensa en una nación o, incluso, en una comunidad de destino étnicamente homogénea e integrada por tradiciones comunes. Hoy necesitamos un modelo distinto de democracia.

Por fortuna, el derecho es un medio que permite una idea esencialmente más abstracta de autonomía ciudadana. Hoy la soberanía ciudadana del pueblo no tiene otra materialización posible que los procedimientos jurídicamente institucionalizados y los procesos in-

formales (que los derechos fundamentales posibilitan) de una formación más o menos discursiva de la opinión y la voluntad políticas. Parto aquí de que es posible la formación de una red de distintas formas de comunicación que habrían de estar organizadas de suerte que pudiesen contar a su favor con la presunción de resultar capaces de ligar la Administración pública a premisas racionales y, a través de la Administración, disciplinar también al sistema económico desde puntos de vista sociales y ecológicos sin tocar, empero, su propia lógica interna. Se trata de un *modelo de política deliberativa*. Este modelo no parte ya del sujeto en gran formato que sería el todo de una comunidad o una comunidad tomada en conjunto, sino de discursos anónimamente entrelazados entre sí. Hace recaer la carga principal de las mencionadas expectativas normativas sobre los procedimientos democráticos y sobre la infraestructura que para ellos representaría un espacio público político alimentado de fuentes espontáneas. Hoy la masa de la población sólo puede ejercer ya sus derechos de participación política por vía de integrarse en, y ejercer influencia sobre, la circulación informal de la opinión pública, circulación no organizable en conjunto, sino sostenida más bien por una cultura política liberal e igualitaria. Simultáneamente, las deliberaciones en los organismos encargados de tomar decisiones habrían de permanecer porosas a los temas, orientaciones valorativas, contribuciones y programas que les afluyen de una opinión pública política no paralizada por estructuras de poder. Sólo si se produjese tal juego de mutuas dependencias entre la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad política, por un lado, y las comunicaciones públicas informales, por otro, podría la ciudadanía seguir significando hoy algo más que una agregación de intereses particulares prepolíticos y el goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados.

No puedo entrar aquí en los detalles de este modelo¹⁶. Pero a la hora de enjuiciar las posibilidades de una futura ciudadanía europea, pienso que de la retrospectiva sobre la historia de la institucionalización de los derechos ciudadanos en el marco del Estado nacional, pueden, por lo menos, obtenerse algunos puntos de apoyo empíricos. El esquema conforme al que los derechos ciudadanos se presentan en lo esencial como resultado de luchas de clase, es a todas luces demasiado estrecho¹⁷. Pues también movimientos sociales de otro tipo, sobre todo migraciones y guerras, supusieron un acicate para el desarrollo de la condición plena de ciudadano¹⁸. Además factores que estimulan la juridificación de nuevas relaciones de «inclusión», tie-

16. Cf. más arriba cap. VII, sección II, pp. 492-512.

17. B. S. Turner, *Citizenship and Capitalism*, London, 1986.

18. J. M. Barbalet, *Citizenship*, Stratford, G. B., 1988.

nen también por consecuencia la movilización política de la población y, por tanto, una activación de los derechos ciudadanos ya existentes. De estos hallazgos y otros similares pueden extrapolarse para la evolución europea cautelosas expectativas optimistas, que, por lo menos, no nos condenan de antemano a la resignación.

El mercado interior europeo provocará una mayor movilidad horizontal y multiplicará los contactos entre miembros de distintas nacionalidades. Además, la inmigración proveniente de la Europa del Este y de las zonas de pobreza del Tercer Mundo hará aumentar la diversidad multicultural de la sociedad. Esto provocará, sin duda, tensiones sociales; pero estas tensiones, si se elaboran de forma productiva, pueden fomentar una movilización política que dé impulso a movimientos sociales endógenos de nuevo tipo (como el movimiento pacifista, el movimiento ecológico y el movimiento feminista), surgidos ya en el marco del Estado nacional. Esto hará que, cada vez en mayor grado, en el espacio público se aborden temas relevantes para el «mundo de la vida». Simultáneamente crece la presión de problemas para los que sólo puede haber soluciones coordinadas a nivel europeo. En estas condiciones podrían cristalizar contextos de comunicación en espacios públicos de extensión europea, que formasen un contexto favorable, tanto para las instancias parlamentarias de nuevas regiones que se formen a causa de problemas e intereses comunes, como también para un Parlamento Europeo dotado de mayores competencias.

Hasta ahora la política de la Comunidad Europea no constituye, ciertamente, en los Estados miembros un objeto de discusión y controversias a las que quepa atribuir efectos legitimatorios. Los espacios nacionales de opinión pública siguen en buena medida enmamparados o encapsulados unos contra otros. Pues siguen enraizados en contextos en los que las cuestiones políticas sólo cobran significado sobre el trasfondo de las distintas historias nacionales. Pero de estas diversas culturas *nacionales* podría diferenciarse en el futuro una cultura *política* común de alcance europeo. Podría producirse una diferenciación entre una cultura *política* común y las tradiciones *nacionales* en arte y literatura, historia, filosofía, etc., que se diversificaron y ramificaron desde principios del mundo moderno. A las élites culturales y a los medios de comunicación les correspondería, en lo que respecta a tal comunicación, un importante papel. Un patriotismo europeo de la Constitución, a diferencia de lo que ocurre con el americano, habría de surgir de interpretaciones diversas (impregnadas por las distintas historias nacionales) de unos mismos principios jurídicos universalistas. Suiza es un buen ejemplo de cómo puede producirse tal diferenciación de una auto-comprensión político-cultural común a partir de las orientaciones culturales de nacionalidades diversas.

Para ello no se necesita tanto un rememorativo asegurarse de los orígenes comunes en el Medievo europeo como una nueva autoconciencia política que responda al papel de Europa en el mundo del siglo XXI. En el ascenso y descenso de los imperios, la historia universal sólo parecía hasta ahora haber concedido a éstos una *única* salida a escena. Éste fue el caso tanto de los imperios del mundo antiguo, como de Estados modernos como Portugal, España, Inglaterra, Francia y Rusia. Como excepción que confirma la regla, a Europa en conjunto se le ofrece hoy una *segunda* oportunidad. Pero tal oportunidad no podrá aprovecharla al estilo de su vieja política de poder y de equilibrios de poder, sino sólo ateniéndose a una premisa distinta, a saber, a un entendimiento no imperialista con otras culturas y a la voluntad de aprender de ellas.

III. INMIGRACIÓN Y CHAUVINISMO DEL BIENESTAR. UN DEBATE

El diagnóstico de Hannah Arendt de que los carentes de hogar, los privados de sus derechos y los refugiados políticos determinarían la característica o marca del siglo XX, se ha confirmado en un grado aterrador. Las *displaced persons* que la Segunda Guerra Mundial dejó tras de sí en el centro de la Europa destruida, hace mucho tiempo que han sido relevadas por los refugiados e inmigrantes, que afluyen del Sur y del Este a la pacífica y opulenta Europa. Los viejos campos de refugiados ya no dan abasto a la inundación de las nuevas olas migratorias. Los expertos en estadísticas cuentan en los próximos años con un número de veinte a treinta millones de inmigrantes sólo de la Europa del Este. Este problema sólo puede tener ya solución mediante una política común de los Estados europeos afectados. Se repite así una dialéctica que a menor escala se había producido ya durante el proceso de la unificación alemana. Los movimientos migratorios transnacionales operan a modo de sanciones que obligan a Europa Occidental a estar a la altura de una responsabilidad que le viene impuesta por la bancarrota del socialismo de Estado. O bien emprende esfuerzos importantes para que las condiciones de vida en las regiones pobres de la Europa Central y del Este mejoren enseguida, o bien se verá inundada por refugiados e inmigrantes. Los expertos discuten acerca de los límites de la capacidad de absorción de las propias economías. Pero la disponibilidad a integrar políticamente a los inmigrantes económicos depende también de cómo perciban las poblaciones autóctonas las consecuencias sociales y económicas de la inmigración. Y sólo éste va a ser aquí nuestro tema. Las reacciones de defensa del radicalismo de derechas contra la invasión de extranjeros han aumentado en toda Europa. Las capas sociales relativamente empobrecidas —bien sea porque es

ahora (al producirse esa invasión) cuando se ven amenazadas por un descenso social, bien sea porque se hayan deslizado ya hacia la zona de los grupos marginales segmentados— se identifican de forma especialmente clara con la ideologizada prepotencia y superioridad del propio colectivo y rechazan todo lo extraño. Éste es el reverso de un chauvinismo del bienestar que se ve crecer por todas partes. Así, el «problema de los refugiados» vuelve a poner de nuevo sobre la mesa la tensión siempre latente entre ciudadanía e identidad nacional.

Un ejemplo son las efervescencias nacionalistas y antipolacas de los nuevos *Länder* de la República Federal Alemana. El *status* recién adquirido de ciudadano de la República Federal de Alemania había quedado asociado en los *Länder* alemanes del Este con la perspectiva de que la frontera del bienestar que caracteriza a la República Federal de Alemania se desplazaría muy pronto al Oder y al Neisse. La nueva ciudadanía adquirida comporta para muchos la satisfacción etnocéntrica de dejar de ser tratados por fin como alemanes de segunda clase. Pero parecen olvidar que los derechos ciudadanos deben su carácter garantizador de la libertad a su contenido de derechos universales del hombre. Ya el artículo cuarto de la Constitución revolucionaria de 1793, que trata del «estado de los ciudadanos», concedía consecuentemente a todo extranjero adulto que residiese durante un año en Francia, no solamente la nacionalidad francesa, sino también los derechos de ciudadanía activa.

En la República Federal de Alemania, al igual que la mayoría de los sistemas jurídicos de Occidente, la posición jurídica del extraño, de los refugiados y de los apátridas, se ha asimilado de todos modos al *status* de ciudadano. Como la arquitectónica de la *Grundgesetz* alemana viene determinada por la idea de derechos humanos, todos cuantos habitan en Alemania gozan de la protección de la Constitución. Los extranjeros tienen, en lo que se refiere a deberes, a prestaciones y a protección jurídica, el mismo *status* que los nacionales; también en lo concerniente a *status* económico se da, con pocas excepciones, un trato igual. El gran número de leyes que no distinguen entre nacionales y extranjeros relativiza la importancia que en la práctica pueda tener la falta de nacionalidad. La componente de derechos humanos que tiene la ciudadanía queda reforzada por derechos supranacionales, en especial por el derecho de ciudadanía europea, incluso en lo que respecta al núcleo de las posibilidades de configuración políticas. Es digno de notarse en este contexto un párrafo de la fundamentación de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán el 31 de octubre de 1990. Esa sentencia declara, ciertamente, contrario a la Constitución el derecho de los extranjeros a votar en los municipios y comarcas; pero en la sentencia se reconoce y admite el principio invocado por los demandantes:

«Esta manera de ver las cosas se basa, evidentemente, en la idea de que el principio democrático, en especial la idea de libertad contenida en él, exige establecer una congruencia entre los portadores de los derechos políticos democráticos y quienes están habitualmente sometidos a una determinada dominación estatal. Esto, como punto de partida, es correcto...»¹⁹.

Estas tendencias lo único que vienen a decir es que del contenido normativo de una ciudadanía que en buena medida ha quedado desacoplada ya de la identidad nacional no pueden obtenerse puntos de vista para una política restrictiva y de entretenimiento en lo tocante a asilo y a concesión de la nacionalidad. Pero es una cuestión abierta a si la Comunidad Europea hoy, a la espera de grandes corrientes migratorias, puede y debe perseguir una política tan liberal frente a extranjeros e inmigrantes como en su tiempo los jacobinos. La correspondiente *discusión moral*, a la que voy a limitarme, gira en torno al concepto de *special duties*, de esas obligaciones especiales que sólo se dan dentro de los límites sociales de una comunidad. También el Estado constituye una comunidad jurídica concreta que impone deberes especiales a quienes pertenecen a él. Pues bien, no tanto los refugiados como los inmigrantes económicos ponen a los miembros de los Estados europeos ante el problema de si puede defenderse una supremacía de los deberes especiales relacionados con la pertenencia a un Estado, frente a obligaciones universales, es decir, a obligaciones que trascienden las fronteras de un Estado determinado. Recapitularé en cinco pasos esta discusión mantenida entre filósofos.

(a) *Deberes especiales* son los que tienen unas determinadas personas para con otras determinadas personas que les «son próximas» como «miembros» de lo mismo, es decir, como miembros de la propia familia, como amigos y vecinos, como conciudadanos de la comunidad política o de la nación. Los padres tienen deberes especiales para con sus hijos, y a la inversa. Las representaciones consulares en el extranjero tiene deberes especiales para con los «nacionales» necesitados de protección, y éstos, a su vez, para con las instituciones y leyes de su país. Y al hablar de deberes especiales hablamos sobre todo de deberes positivos que son indeterminados en la medida en que no exigen un grado de apoyo y solidaridad, de implicación y compromiso, que pueda fijarse con exactitud. No cualquier tipo de ayuda puede exigirse de todo el mundo en cualquier momento. Las obligaciones especiales que resultan de la pertenencia a comunidades concretas pueden entenderse como una adscripción social y una especificación (en lo que a contenido se refiere) de esa clase de deberes que de por sí son indeterminados.

19. *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1990, p. 443.

Desde un punto de vista utilitarista se ha intentado fundamentar los *special duties* sobre la base de la utilidad recíproca que los miembros de una comunidad obtienen unos de otros al prestarse mutuamente auxilio y ayuda. También las naciones y Estados son entendidas como tales «sociedades de mutuo beneficio»²⁰. Conforme a este modelo, a todo miembro le cabe esperar que la ganancia que a largo plazo va a obtener de las relaciones de intercambio con otros miembros, sea proporcional a las contribuciones que él mismo hace en sus interacciones con esos otros miembros. Ello justifica una reciprocidad entre deberes especiales y derechos especiales, la cual, por ejemplo, prohíbe que los trabajadores extranjeros queden en situación de subprivilegio. Sin embargo, este modelo no puede fundamentar deberes frente a miembros que no sean capaces de aportar mucho (los impedidos, los enfermos, los ancianos) o frente a personas necesitadas de auxilio, como son los extranjeros que piden asilo. El etnocentrismo instrumental de expectativas mutuas de utilidad sugeriría una política de inmigración, que sólo permitiera el acceso a los extranjeros cuando se dé una fundada perspectiva de que éstos no van a desequilibrar el equilibrio global existente de contribuciones hechas y prestaciones recibidas (por ejemplo, en el sistema de seguridad social).

(b) Este resultado contraintuitivo constituye una razón para abandonar el enfoque utilitarista y sustituirlo por otro modelo conforme al que los deberes especiales no tienen su explicación en la recíproca utilidad de un intercambio de aportaciones entre miembros de un colectivo, sino en las operaciones de coordinación de una división moral del trabajo, establecida desde un centro²¹. Pues las obligaciones especiales no varían uniformemente con la distancia social, de suerte que las demandas de aquellos que nos son más próximos hubieran de gozar siempre de prioridad sobre las demandas de aquellos que nos quedan más lejos. Esta intuición sólo es cierta para el ámbito más próximo que representan la familia y el vecindario. Pero es engañosa en la medida en que todas las personas allende el círculo inmediato de los conocidos, nos son por igual próximos y lejanos. Estos «extraños» los percibimos normalmente bajo la categoría del «otro», pertenezcan a nuestra misma nación y sean nuestros conciudadanos, o no. Los deberes especiales para con los «otros» no resultan primariamente de la pertenencia a una comunidad concreta. Antes resultan de la coordinación abstracta de la acción que efectúan las instituciones *jurídicas* que adscriben a determinados círculos de personas o a de-

20. R. Goodin, «What is so Special about our Fellow Countrymen?»: *Ethics* 98 (1988), pp. 663-686.

21. H. Shue, «Mediating Duties»: *Ethics* 98 (1988), pp. 687-704.

terminadas instancias obligaciones especiales, con el fin de especificar en sus aspectos sociales y de contenido y de convertir en concretamente vinculantes unos deberes positivos que de otro modo permanecerían indeterminados. Conforme a esta concepción, los deberes especiales resultan de la adscripción institucionalmente mediada de responsabilidades específicas a determinados destinatarios, que actúan en términos de una división moral del trabajo. En el marco de tal división moral del trabajo jurídicamente regulada los límites sociales de una comunidad jurídica sólo tienen la función de regular la distribución de responsabilidades. Esto no significa que nuestras obligaciones acaben en esos límites. Antes los gobiernos nacionales han de cuidarse también de que se cumplan los deberes positivos que los ciudadanos tienen frente a los no-miembros, por ejemplo, frente a quienes solicitan asilo. Pero con ello no se ha respondido todavía a la cuestión de qué tipo de deberes son éstos.

(c) El punto de vista moral nos obliga a enjuiciar este problema imparcialmente, es decir, no unilateralmente desde la perspectiva del habitante de una región opulenta, sino también desde el punto de vista de un inmigrante que busca en ella su salvación, o digámoslo de otro modo: una existencia libre y digna del hombre y no sólo asilo político. Como es bien sabido, John Rawls propuso como experimento mental construir una «posición original» en la que todos los que se encuentran en ella ignoran en qué sociedad van a nacer y qué posición van a ocupar en ella. En lo concerniente a nuestro problema, el resultado de un examen moral de este tipo, realizado en la perspectiva de la sociedad mundial, salta a la vista: «Al considerar tras el “velo de ignorancia” las posibles restricciones de la libertad, cada uno no tendría más remedio que adoptar la perspectiva de aquel a quien esas restricciones pondrían en situación más desventajosa, en este caso la perspectiva del extranjero que desea emigrar. Por tanto, en la «posición original» uno tendría que insistir en que el derecho a emigrar quedase incluido en el sistema de las libertades básicas por las mismas razones por las que uno ha de insistir en que el derecho de libertad religiosa quede incluido: ambos podrían resultar esenciales para el propio plan de vida de uno»²². Las restricciones legítimas del derecho a la emigración sólo podrían justificarse desde puntos de vista que compitiesen con éste, por ejemplo: apelando a la exigencia de evitar conflictos y cargas de una magnitud tal, que acabasen poniendo seriamente en peligro el orden público o la reproducción económica de la sociedad. Puntos de vista como el de la ascendencia, el lenguaje o la educación, o incluso «el pertenecer, por origen y adhesión, a la

22. J. H. Carens, «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders»: *Review of Politics* 49 (1987), p. 258.

comunidad cultural» del país al que se quiere emigrar, como ocurre en el caso de los llamados «alemanes de procedencia u origen», no podrían justificar privilegio alguno en lo concerniente a inmigración y a obtención de la nacionalidad.

(d) Los comunitaristas, en cambio, llaman la atención sobre una circunstancia que se pasa por alto en los planteamientos individualistas que hemos mencionado hasta aquí. Los límites sociales de una comunidad política no tienen sólo un significado *funcional*, como sugiere el modelo de la división moral del trabajo jurídicamente regulada. Antes regulan la pertenencia a una comunidad histórica de destino y a una forma de vida política que es constitutiva de la identidad de los ciudadanos mismos: «La ciudadanía es una respuesta a la cuestión “¿quién soy yo?” y a la cuestión “¿qué he de hacer yo?”, cuando tales cuestiones se plantean en la esfera pública»²³. La pertenencia a una comunidad política funda deberes especiales, tras los que se encierra una identificación patriótica. Este tipo de lealtad va mucho más allá del sentido que cabe atribuir a la validez de deberes jurídicos mediados institucionalmente: «Cada miembro reconoce una lealtad a la comunidad, expresada en la disponibilidad a sacrificar ventajas personales para promover los intereses de la comunidad»²⁴. Estas reservas contra una consideración exclusivamente moral y jurídica del problema se apoyan en esa concepción comunitarista del ciudadano a la que ya nos hemos referido. Y es verdad que tal concepción ya no está a la altura de las sociedades complejas, pero subraya, o pone el énfasis en, un componente *ético*, que no puede pasarse sin más por alto.

También el Estado moderno representa una forma de vida política que no se agota en la forma abstracta de una institucionalización de principios jurídicos generales. Esta forma de vida constituye el contexto *político-cultural* en el que han de implementarse los principios universalistas de la Constitución; pues sólo una población acostumbrada a la libertad puede mantener vivas las instituciones de la libertad. De ahí que M. Walzer piense que el derecho a la emigración encuentra sus límites en el derecho de una comunidad política a mantener la integridad de su forma de vida. Conforme a su concepción, el derecho de los ciudadanos a la autodeterminación incluye el derecho a la autoafirmación de la propia forma de vida²⁵.

(e) Sin embargo, este argumento permite dos lecturas contrapuestas. En la lectura comunitarista, hay que imponer al derecho liberal de

23. H. R. van Gunsteren, «Admission to Citizenship»: *Ethics* 98 (1988), p. 752.

24. D. Miller, «The Ethical Significance of Nationality»: *Ethics* 98 (1988), p. 648.

25. M. Walzer, *Spheres of Justice*, New York, 1983, pp. 31-63.

inmigración restricciones normativas adicionales. A las restricciones funcionales que se siguen de las condiciones de reproducción del sistema económico y social, se añaden restricciones que tienen la finalidad de asegurar la sustancia étnico-cultural de la forma de vida de que se trata. Con ello el argumento cobra un sentido *particularista*, conforme al que la ciudadanía no queda, ciertamente, ensamblada con la identidad nacional, pero sí con determinadas identidades culturales, acuñadas por la historia. Así, H. R. van Gunsteren, totalmente en línea con el espíritu de H. Arendt, formula la siguiente condición para la admisión a la ciudadanía en una comunidad democrática: «El aspirante a ciudadano tiene que ser capaz de, y tiene que tener la voluntad de, ser un miembro de esta particular comunidad histórica, con su pasado y su futuro, sus formas de vida y sus instituciones, dentro de las cuales sus miembros piensan y actúan. En una comunidad que valora la autonomía y la capacidad de juicio de sus miembros, esto, evidentemente, no significa exigir pura conformidad. Pero sí significa exigir el conocimiento de la lengua y de la cultura y el reconocimiento de aquellas instituciones que fomentan la reproducción de ciudadanos que son capaces de un juicio autónomo y responsable»²⁶.

La exigida competencia de «actuar como ciudadanos de esta particular comunidad política (*this particular polity*)» ha de entenderse, empero, de forma muy distinta, a saber, en un sentido *universalista*, tan pronto como la comunidad política misma incorpora principios constitucionales universalistas. La identidad de la comunidad política, que no debe verse afectada en su integridad, tampoco por la inmigración, depende en este caso primariamente de los principios jurídicos anclados en la *cultura política* y no de una particular forma de vida *étnico-cultural*, considerada en conjunto. Y conforme a esto, de los inmigrantes debe esperarse sólo la disponibilidad a introducirse en la cultura política de su nuevo país, pero sin necesidad de tener que abandonar por ello la forma de vida cultural de la que provienen. La exigida *aculturación política* no se extiende al todo de su (de ellos) socialización. Antes los inmigrantes, con sus nuevas formas de vida importadas, pueden ampliar o multiplicar esas perspectivas desde las que ha de interpretarse una Constitución política que, sin embargo, es ahora la común: «La gente vive en comunidades con ligaduras y límites, pero estas ligaduras y estos límites pueden ser de clases diferentes. En una sociedad liberal, las ligaduras y límites han de ser compatibles con principios liberales. La inmigración abierta cambiaría el carácter de la comunidad, pero no dejaría a la comunidad sin carácter alguno»²⁷.

26. H. R. van Gunsteren, «Admission to Citizenship»: *Ethics* 98 (1988), p. 736.

27. J. H. Carens, «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders»: *Review of Politics* 49 (1987), p. 271.

De la discusión, cuyos principales pasos hemos recogido de (a) a (e), puede extraerse como conclusión normativa que los Estados europeos deberían ponerse de acuerdo en una política liberal de inmigración. No deberían atrincherarse tras la barrera de un «chauvinismo del bienestar» contra la presión de aquellos que quieren inmigrar o que solicitan asilo. El derecho democrático a la autodeterminación incluye, ciertamente, el derecho a preservar la propia cultura *política*, la cual constituye el contexto concreto para los derechos ciudadanos; pero no incluye el derecho a la autoafirmación de una forma de vida *cultural* privilegiada. En el marco de la constitución de un Estado democrático de derecho pueden coexistir en régimen de plena igualdad múltiples formas de vida. Pero éstas tienen que solaparse en una cultura política común, que, a su vez, permanezca abierta a los impulsos que puedan venirle de nuevas formas de vida aportadas por inmigrantes. Sólo una ciudadanía democrática que no se cierre en términos particularistas puede, por lo demás, preparar el camino para un *status de ciudadano del mundo* o una *cosmocidadanía*, que hoy empieza a cobrar ya forma en comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial. La Guerra de Vietnam, los cambios revolucionarios que se han producido en la Europa Central y en la Europa del Este, así como la Guerra del Golfo, han sido los primeros acontecimientos cosmo-políticos (es decir, los primeros acontecimientos de este nuevo espacio político *mundial* global) en sentido estricto. Mediante los medios electrónicos de comunicación de masas esos acontecimientos tornáronse presentes a todos en una esfera o espacio público-político ubicuitario. En relación con la Revolución Francesa Kant pudo referirse a las reacciones de un público participante. Kant pudo identificar el fenómeno de un espacio público mundial que hoy por primera vez se ha convertido en realidad política en un plexo o red de comunicación que abarca a todo el planeta. Incluso las grandes potencias tienen que contar con la realidad de protestas a nivel mundial. Puede afirmarse que se ha iniciado ya la obsolescencia del «Estado de naturaleza» que aún perdura entre Estados belicistas, de cuya supuesta soberanía no queda ya en realidad demasiado. El Estado cosmopolita ya ha dejado de ser un puro fantasma, aun cuando nos encontremos todavía bien lejos de él. El ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo constituyen un *continuum* cuyos perfiles empiezan ya al menos a dibujarse.

EPÍLOGO A LA CUARTA EDICIÓN, REVISADA*

En cierto modo un autor sólo se entera de lo que ha dicho con su texto por la respuesta de los lectores. Eso le vuelve también consciente de lo que pensaba haber dicho y, por tanto, le da la oportunidad de expresar con más claridad lo que había querido decir. En esta situación me encuentro apenas un año después de haber aparecido este libro, y tras la lectura de una serie de recensiones inteligentes, la mayoría de ellas benevolentes, y todas ellas instructivas. Ciertamente, el intérprete goza de la ventaja de entender mejor un texto que el autor mismo; pero a éste puede serle permitida en ocasiones la oportunidad de intentar en el papel de un intérprete recapitular las ideas que conforme a su comprensión determinan la estructura del todo. Por esta vía pueden aclararse también algunas de las objeciones que se me han hecho.

I

El derecho moderno viene formado por un sistema de normas coercitivas, positivas y —ésta es al menos su pretensión— garantizadas de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positividad se unen con la pretensión de legitimidad: la circunstancia de que las normas provistas de amenazas de sanción estatal provengan de las resoluciones cambiables de un legislador político, queda vinculada con la expectativa de que garanticen la autonomía a todas las personas jurídicas por igual. Esta expectativa

* La Bibliografía de la edición alemana fue elaborada por Sebastian Knell. [Revisión y acomodación para la edición española de Francisco Serra (N. del E.).]

de legitimidad se entrelaza con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho. Y esto se refleja a su vez en el ambivalente modo de validez del derecho. Pues el derecho moderno se vuelve a sus destinatarios ofreciendo una doble cara: les deja la libre opción, o bien de considerar las normas jurídicas sólo como mandatos en el sentido de restricciones fácticas de su propio espacio de acción y de abordar en términos *estratégicos* las consecuencias calculables de las transgresiones posibles de las normas, o bien de considerar esas mismas normas en actitud *realizativa* como preceptos dotados de validez y obedecerlas «por respeto a la ley». La validez de una norma jurídica se da cuando el Estado garantiza a la vez las dos cosas siguientes: se cuida, por un lado, de que por término medio, y en caso necesario recurriendo a sanciones, la norma sea obedecida, y garantiza, por otro lado, las condiciones institucionales para que la norma se produzca en términos de legitimidad, de suerte que en todo momento pueda ser también obedecida por respeto a la ley.

Pues bien, ¿en qué se funda la legitimidad de regla que el legislador político puede cambiar en todo momento? Esta pregunta se agudiza sobre todo en las sociedades pluralistas, en las que las imágenes inclusivas del mundo y las éticas colectivamente vinculantes se han venido abajo y en las que el tipo de moral postradicional que resta, basada solamente en la conciencia individual, ya no ofrece fundamento suficiente para aquel «derecho natural» que antaño quedaba fundamentado en términos religiosos o metafísicos. Manifiestamente, la única fuente metafísica de legitimidad la constituye el procedimiento democrático de producción del derecho. Pero, ¿qué es lo que confiere a este procedimiento su fuerza legitimadora? A ello la teoría del discurso da una respuesta bien simple, que a primera vista resulta bien improbable: el procedimiento democrático posibilita el libre flotar de temas y contribuciones, de informaciones y razones, asegura a la formación política de la voluntad su carácter discursivo fundando con ello la sospecha falibilista de que los resultados obtenidos conforme al procedimiento sean más o menos racionales. En favor de este planteamiento articulado en términos de teoría del discurso hablan *prima facie* las dos consideraciones siguientes.

Primera: consideradas las cosas desde una perspectiva de *teoría de la sociedad*, el derecho cumple funciones sociointegradoras; junto con el sistema político articulado en términos de Estado de derecho, el derecho representa una especie de fianza o aval que cubre funciones sociointegrativas que fracasen en otros sitios. El derecho funciona como una correa de transmisión a través de la cual estructuras de reconocimiento recíproco entre próximos que nos resultan conocidas por los contextos de acción comunicativa se transfieren de forma abstracta, pero vinculante, a interacciones entre extraños,

que se han vuelto anónimas y que vienen mediadas sistémicamente. Ciertamente, la solidaridad, que, junto con el dinero y el poder administrativo, es la tercera fuente de integración social, sólo surge del derecho por vía indirecta: junto con la estabilización de expectativas de comportamiento el derecho asegura a la vez las relaciones simétricas de reconocimiento recíproco entre portadores abstractos de derechos subjetivos. Por estas semejanzas estructurales entre derecho y acción comunicativa se explica por qué los discursos, es decir, las formas de una acción comunicativa que se ha vuelto reflexiva, desempeñan un papel constitutivo en la producción (y aplicación) de las normas jurídicas.

Segunda: consideradas las cosas desde una perspectiva de *teoría del derecho*, los órdenes jurídicos modernos sólo pueden obtener ya su legitimación de la idea de autodeterminación: en todo momento los ciudadanos han de poder entenderse también como autores del derecho al que están sometidos como destinatarios. Las teorías contractualistas tratarán de entender la autonomía de los ciudadanos recurriendo a categorías del derecho civil concerniente a contratos, es decir, en términos de arbitrio privado de partes que cierran un contrato. Pero el problema hobbesiano de la fundamentación de un orden social no puede explicarse satisfactoriamente a partir de ese encuentro y concentración casuales de decisiones electivas de tipo racional con arreglo a fines, protagonizadas por actores independientes. Por eso Kant dotó a las partes en el «estado de naturaleza», lo mismo que después Rawls a las partes en la «posición original», de una capacidad genuinamente moral. Pero tras el giro lingüístico, para esta comprensión deontológica de la moral sólo puede ofrecerse ya una interpretación articulada en términos de teoría del discurso. Con ello el modelo del discurso o el modelo de la deliberación vienen a sustituir al modelo del contrato: la comunidad jurídica no se constituye por vía de un contrato social, sino sobre la base de un acuerdo discursivamente alcanzado.

Pero la ruptura con la tradición del derecho natural racional permanece incompleta mientras la argumentación *moral* siga constituyendo el modelo para el discurso dador de Constitución. Pues entonces, lo mismo que ocurre en Kant, la autonomía de los ciudadanos viene a coincidir con la voluntad libre de las personas morales, con lo cual, lo mismo que antes, es la moral o el derecho natural quienes constituyen el núcleo del derecho positivo¹. En ello subyace todavía la imagen que el derecho natural nos suministra de una jerarquía de órdenes normativos de distinto rango: el derecho positivo permanece subordinado al derecho moral y recibe del derecho

1. Esta interpretación del «derecho privado» de Kant la cuestiona I. Maus en *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 148 ss.

moral su orientación. En realidad, la relación entre moral y derecho es mucho más complicada.

La argumentación desarrollada en este libro trata en lo esencial de demostrar que entre el Estado de derecho y la democracia no solamente se da una relación histórica-contingente, sino una conexión interna y conceptual. Ésta, como he mostrado en el último capítulo, se hace valer también en aquella dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica que frente a la comprensión liberal del derecho hizo saltar primero a la palestra al paradigma del derecho ligado al Estado social y que hoy nos obliga a una autocomprensión procedimentalista del Estado democrático de derecho. El *proceso democrático* es el que soporta en el modelo que exponemos toda la carga de la legitimación. Tiene que asegurar simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública de los sujetos jurídicos; pues los derechos subjetivo-privados ni siquiera pueden formularse de forma adecuada, ni mucho menos imponerse políticamente, si antes no se han aclarado en discusiones públicas los aspectos que en cada caso resulten relevantes para el tratamiento igual o desigual de casos típicos y no se ha movilizado poder comunicativo para que se tenga en cuenta la nueva interpretación que hacen de sus necesidades. La comprensión procedimentalista del derecho insiste, pues, en que los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la voluntad constituyen la única fuente de legitimación. Ello es incompatible tanto con la idea platónica de que es de un derecho superior de donde el derecho positivo puede obtener su legitimidad, como con la negación empirista de toda legitimidad que vaya más allá de la contingencia de las decisiones del legislador. Por tanto, para mostrar la interna conexión entre Estado de derecho y democracia tenemos que aclarar por qué no cabe subordinar sin más el derecho positivo a la moral (II), cómo la soberanía popular y los derechos del hombre se presuponen mutuamente (III) y que el principio democrático tiene su raíz propia como independiente del principio moral (IV).

II

(I) La moral y el derecho sirven ambos, ciertamente, a la regulación de conflictos interpersonales; y ambos tienen por fin proteger por igual la autonomía de todos los participantes y afectados. Pero no deja de ser interesante que la positividad del derecho imponga una *escisión* de la autonomía, que no tiene equivalente por el lado de la moral. Mientras que la autodeterminación moral es un concepto unitario conforme al que cada cual sigue exactamente aquellas normas que conforme a su propio juicio imparcial tiene por obligato-

rias, la autodeterminación del ciudadano aparece en la doble forma de autonomía privada y autonomía pública. La autonomía jurídica no coincide con la libertad en el sentido moral. Contiene en sí otros dos momentos, a saber, la libertad de arbitrio del actor que decide de forma racional con arreglo a fines, y la libertad de la persona que decide éticamente.

Los derechos subjetivos tienen primariamente el sentido de *desligar* (en términos bien circunscritos) a las personas jurídicas de mandatos morales y de otorgar a los actores espacios para el ejercicio legítimo de su libertad de arbitrio. Con estos derechos el derecho moderno otorga generalidad al principio de que está permitido todo lo que no está prohibido. Mientras que en la moral se da de por sí una simetría entre derechos y deberes, los *deberes* jurídicos sólo son consecuencia de la salvaguarda de facultades y derechos que conceptualmente tienen, por tanto, la primacía. Pero autonomía privada no significa solamente libertad de arbitrio dentro de límites jurídicamente asegurados; constituye a la vez un envoltorio protector de la libertad ética de los individuos de perseguir su propio proyecto existencial de vida, en palabras de Rawls: de perseguir sus propias concepciones del bien². Un carácter moral lo tiene sólo la autonomía de la que los ciudadanos tienen que hacer un uso común como legisladores para que todos puedan tener la oportunidad de gozar por igual de libertades subjetivas. A diferencia de la autonomía moral, que se *agota* en la capacidad de autovincularse uno de forma racional, la autonomía de la persona jurídica incluye, por tanto, distintas componentes, a saber, junto a la autonomía ejercida en común de los ciudadanos incluye también la capacidad de elección racional y de autorrealización ética.

El ejercicio de la autonomía jurídica se ramifica, por tanto, en uso público de las libertades comunicativas y en uso privado de las libertades subjetivas. Esta diferenciación se explica por la positividad de un derecho que tiene su fuente en las resoluciones colectivamente vinculantes de instancias productoras del derecho (y aplicadoras del derecho) y que, por tanto, incluso por razones conceptuales, exige una separación de roles, aunque sólo sea provisional, entre autores que establecen el derecho (o lo aplican) y destinatarios que están sometidos al derecho vigente. Pero, si la autonomía de la persona jurídica comprende bastante más que la autonomía en sentido moral, el derecho positivo no puede entenderse como un caso especial de la moral.

(2) El establecer una jerarquía entre derecho natural y derecho político tampoco es posible por otras razones. Los preceptos mora-

2. J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1992.

les y jurídicos tienen distintos referentes y regulan en cada caso materias distintas. El universo *moral* deslimitado en el espacio social y en el tiempo histórico comprende a *todas* las personas naturales y, por cierto, con toda la complejidad que les prestan sus biografías; en este sentido la protección moral se refiere a la integridad de la persona individuada completa. En cambio, la *comunidad jurídica*, localizada en el espacio y en el tiempo, sólo protege la integridad de sus miembros en tanto que éstos tienen el *status* de portadores de derechos subjetivos.

Se dan también diferencias en el aspecto extensional. Las materias necesitadas jurídicamente de regulación y susceptibles de regulación jurídica son más restringidas a la vez que tienen también una extensión más amplia que los asuntos moralmente relevantes: más restringidas porque sólo el comportamiento externo, es decir, el comportamiento que puede imponerse mediante coerción, es susceptible de regulación jurídica; y más extensa porque el derecho en tanto que sirve de medio de organización para la dominación política, otorga a los fines y programas colectivos una forma vinculante, es decir, no se *agota* en la regulación de conflictos interpersonales. Las políticas y los programas jurídicos tienen según los casos un peso moral mayor o menor. Pues las materias necesitadas de regulación jurídica, de ningún modo plantean *solamente* cuestiones morales sino que tocan también aspectos empíricos, pragmáticos y éticos, así como aspectos atinentes a una ponderación equitativa de intereses susceptibles de compromiso. De ahí también que la formación de la opinión y la voluntad del legislador democrático se vea remitida a, y dependa de, una ramificada red de discursos y negociaciones, y no solamente a discursos morales. Y a diferencia de lo que sucede con la pretensión de validez normativa que caracteriza a los preceptos morales, la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas, así como la práctica misma de justificación legislativa de las normas, descansa en diversas clases de razones³.

Resumiendo podemos decir que el derecho tiene una estructura más compleja que la moral porque por una parte desencadena y por otra parte delimita (1) libertades subjetivas de acción (orientadas a los propios valores e intereses de cada cual) y porque (2) recoge en sí objetivos colectivos y, por tanto, las regulaciones son demasiado concretas como para poder ser justificadas solamente desde puntos de vista morales. Como alternativa a la subordinación que el derecho natural practica del derecho positivo a la moral lo mejor es

3. Normalmente las cuestiones políticas son tan complejas, que han de ser tratadas simultáneamente bajo *aspectos* pragmáticos, éticos y morales. Ciertamente, estos aspectos sólo pueden separarse *analíticamente*; por eso ha de considerarse confusivo (pp. 233 ss.) mi intento de ejemplificar distintas formas de discurso haciéndoles corresponder linealmente cuestiones concretas.

considerar el derecho positivo, precisamente en su actuabilidad, como un complemento funcional de la moral: a la persona que juzga y actúa la descarga de las considerables exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas (organizativas a causa de la división moral del trabajo que a menudo se exige para el cumplimiento de los deberes positivos) de una moral que no reposa sino en la conciencia posconvencional subjetiva. El derecho compensa, por así decir, las debilidades funcionales de una moral que, considerada desde la perspectiva del observador, no proporciona muchas veces sino resultados cognitivamente indeterminados y motivacionalmente inseguros. Pero la relación de *complementariedad* no significa en modo alguno una neutralidad moral del derecho. Pues a través del proceso de producción legislativa penetran en el derecho razones morales. Aun cuando los puntos de vista morales no sean suficientemente selectivos para la legitimación de programas jurídicos, la política y el derecho tienen que estar en consonancia con la moral sobre una base postmetafísica común de fundamentación⁴.

La duplicación del derecho en derecho natural y derecho positivo sugiere la idea de que los órdenes jurídicos históricos habrían de *reflejar* un orden inteligible previamente dado. La concepción del derecho articulada en términos de teoría del discurso trata de sortear los escollos que representan el positivismo jurídico y el derecho natural: si la legitimidad de un derecho coercitivo que por principio es siempre cambiante a voluntad se la entiende como racionalidad procedimental y en última instancia se la hace derivar de un apropiado dispositivo comunicativo para la formación racional de la voluntad política por parte del legislador (y de un adecuado dispositivo comunicativo para la aplicación del derecho), el momento de incondicionalidad que la validez jurídica comporta no tiene por qué deshacerse en puro *decisionismo*, ni tampoco ha menester del dique de una moral para librarse de la resaca de la temporalidad. Bajo premisas rearticuladas en términos de teoría del discurso puede entonces reformularse del modo siguiente la cuestión de partida del «derecho natural racional»: ¿Qué derechos han de reconocerse mutuamente los ciudadanos si se deciden a constituirse como una asociación voluntaria de sujetos jurídicos y a regular legítimamente su convivencia en términos de derecho positivo? En el *sentido* reali-

4. Ciertamente, hay que distinguir entre derechos moralmente fundados y políticas moralmente fundadas; no todos los programas políticos legítimos fundan derechos; así, por un lado, fuertes razones morales abogan en favor de un derecho individual al asilo político y de la correspondiente garantía de accionabilidad judicial de ese derecho (y contra su sustitución por una garantía institucional de tipo administrativo). Pero por otro lado, no se da ningún derecho individual a la inmigración aun cuando pueda decirse que las sociedades occidentales están moralmente obligadas a una política liberal de inmigración. En el texto (pp. 64 ss.) no he trazado con claridad esta distinción; cf. mi epílogo a Ch. Taylor, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 179 ss.

zativo de esta praxis dadora de constitución está ya incluido *in nuce* el contenido entero del Estado democrático de derecho. El sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho pueden desarrollarse partiendo del sentido que tiene el ejercicio de una praxis a la que uno se ha comprometido ya desde el primer acto de la autoconstitución de tal comunidad jurídica.

Pero si hemos de emprender esta reconstrucción del derecho sin apoyarnos en un derecho previo, de las consideraciones que hasta aquí hemos hecho se siguen los dos problemas siguientes: respecto a (1) se plantea la cuestión de cómo hay que entender que el derecho garantiza por igual la autonomía privada y la autonomía pública si los derechos del hombre, concebidos como derechos de libertad, quedan situados en la misma dimensión de derecho positivo que los derechos políticos del ciudadano; y respecto a (2) se plantea la cuestión de cómo entender el «principio de discurso», el cual es ahora el elemento determinante en la legitimación del derecho, si a causa de la complementariedad entre derecho y moral no puede suponerse ya que coincida con el principio moral.

III

La conexión interna entre Estado de derecho y democracia se explica conceptualmente porque las libertades subjetivas de acción del sujeto de derecho privado y la autonomía pública del ciudadano se posibilitan recíprocamente. En la filosofía política esta relación se expone habitualmente en los siguientes términos: la autonomía privada del miembro de la sociedad civil quedaría garantizada por los derechos del hombre (los clásicos derechos a la «libertad», a la «vida» y a la «propiedad») y por una *dominación* anónima de las leyes, mientras que la autonomía política del ciudadano se deduce del principio de soberanía popular y cobra forma en la *autolegislación* democrática. Pero en la tradición ambos elementos estaban en una relación de tensión y competencia no resuelta. El *liberalismo* proveniente de Locke ha venido invocando una y otra vez el peligro de mayorías tiránicas y frente a la soberanía popular ha postulado siempre la primacía de los derechos del hombre, mientras que el *republicanismo* que se remonta a Aristóteles ha concedido siempre la primacía a la «libertad de los antiguos» y a la participación política que esas libertades implican, anteponiéndolas a las apolíticas «libertades de los modernos». Incluso Rousseau y Kant yerran todavía la intuición que ellos sin embargo trataban de llevar a concepto. Los derechos fundamentales que en Kant se resumen en el derecho «original» a iguales libertades subjetivas de acción, ni simplemente deben venirle impuestos al legislador soberano como límites externos, ni

tampoco deben ser instrumentalizados como requisito funcional para los fines de ese soberano.

Los derechos del hombre pueden venir fundamentados a título de derechos *morales* tan bien como se quiera; pero en cuanto se conciben como ingredientes del derecho positivo, salta a la vista que no le pueden ser encasquetados al legislador soberano, por así decir, en términos paternalistas. Pues los destinatarios del derecho no podrían entenderse simultáneamente a sí mismos como autores de él si el legislador se limitara a encontrar ahí los derechos del hombre como hechos morales, respecto a los que no pudiera hacer otra cosa que positivarlos. Por otra parte, el legislador, pese a su autonomía, no debe poder decidir nada que vulnere los derechos del hombre. Para la resolución de este dilema resulta una ventaja el tener que haber caracterizado el derecho como un medio *sui generis* y haberlo tenido que distinguir de la moral por sus propiedades formales.

Para una praxis dadora de Constitución no basta introducir un «principio de discurso» a cuya luz los ciudadanos puedan juzgar si el derecho que establecen es legítimo. Antes es menester institucionalizar a su vez jurídicamente precisamente aquellas formas de comunicación en las que haya de poder formarse de modo discursivo una voluntad política racional. Al tomar el principio de discurso forma jurídica se transforma en un «principio de democracia». Para tal fin ha de disponerse ya del código como tal con que opera el derecho; y el establecimiento de este código exige que se establezca un *status* para posibles personas jurídicas, es decir, para personas que como portadores de derechos subjetivos pertenezcan a la asociación voluntaria que representa la comunidad jurídica y puedan hacer valer de forma efectiva sus demandas jurídicas; sin que se garantice la autonomía privada no puede haber algo así como derecho positivo. Así pues, sin los derechos clásicos de libertad que aseguran la autonomía de las personas jurídicas tampoco puede existir el medio en que ha de efectuarse la institucionalización jurídica de aquellas condiciones, sólo bajo las cuales los ciudadanos pueden hacer uso de esa autonomía pública.

Pues no está ya en manos de los sujetos que quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo el elegir el medio en el que quieren realizar su autonomía. En la producción del derecho sólo participan como *sujetos jurídicos*; por tanto, no queda a su disposición el decidir si para ello van a servirse del lenguaje del derecho. La buscada conexión interna entre «derechos del hombre» y soberanía popular consiste, por tanto, en que la exigencia de institucionalizar jurídicamente la autolegislación sólo puede cumplirse con ayuda de un código que *a la vez* implica el garantizar libertades subjetivas de acción judicialmente accionables. A la inversa, la igual distribución de esos derechos subjetivos (y de su *fair*

worth) sólo puede satisfacerse mediante un procedimiento democrático que funde la presunción de resultados racionales en la formación de la opinión y la voluntad políticas. De esta forma autonomía privada y autonomía pública se presuponen recíprocamente sin que la una pueda pretender tener primacía sobre la otra.

La intención de crítica del liberalismo con que presento esta idea ha aterrado a los defensores del primado de los derechos del hombre. Así, por ejemplo, Otfried Höffe se vuelve contra tal rebajamiento de los derechos *del hombre* (cuya universal validez él quisiera fundamentar en términos antropológicos) a meros derechos *fundamentales*⁵. Y en efecto, si se quiere hablar de «derecho» sólo en el sentido del derecho positivo, hay que distinguir entre derechos *del hombre* en tanto que normas de acción moralmente justificadas y derechos *del hombre* en tanto que normas constitucionales positivamente válidas. Tales derechos fundamentales tienen un *status* distinto que las normas morales, aun cuando en este caso esas normas tengan posiblemente un mismo contenido semántico. Como normas constitucionales positivadas y susceptibles de accionarse judicialmente quedan garantizadas dentro del ámbito de validez de una determinada comunidad política. Pero este *status* no contradice al sentido universalista de los derechos clásicos de libertad que incluyen a todas las personas y no sólo a todos los miembros del Estado. También como derechos *fundamentales* se extienden a la totalidad de las personas con tal que éstas queden dentro del ámbito de validez del orden jurídico: todas gozan entonces de la protección que les da la Constitución. A causa del *sentido* de derechos del hombre que estos derechos fundamentales tienen ocurre, por ejemplo, que en la República Federal de Alemania la posición jurídica de los extranjeros, de los extranjeros carentes de hogar y de los apátridas se ha aproximado, pese a todo, al *status* de miembros del Estado; gozan de la misma protección jurídica y, conforme a la letra de la ley, gozan de un *status* similar en lo que se refiere a garantías y deberes⁶.

La discrepancia entre el contenido de derechos humanos que tienen los derechos clásicos de libertad, por un lado, y la validez de sus positivaciones jurídicas, restringida de entrada al ámbito de un Estado nacional, por otro, nos hace percatarnos de que el «sistema de los derechos» fundamentado discursivamente apunta por encima del Estado democrático de derecho y tiene por meta una globalización de los derechos. Como Kant vio, los derechos fundamentales, en

5. O. Höffe, «Eine Konversion der Kritischen Theorie»: *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993).

6. Con esto no quisiera yo desviar la atención de restricciones todavía existentes y en especial de aquellos déficits del derecho público alemán que desde hace algún tiempo se vienen discutiendo bajo los epígrafes del derecho electoral de los extranjeros en las instituciones de régimen local y de segunda nacionalidad; cf. más arriba, pp. 635 s.

virtud de su contenido semántico, exigen una «situación cosmopolita» articulada internacionalmente en términos jurídicos. Pero para que de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU se sigan derechos judicialmente accionables, no basta solamente con tribunales internacionales; éstos sólo podrán funcionar adecuadamente cuando una *Organización de las Naciones Unidas*, no solamente capaz de tomar resoluciones sino capaz de actuar y de imponer, haya puesto fin a la soberanía de los Estados nacionales particulares⁷.

En la defensa del primado de los derechos del hombre los liberales se dejan guiar por la intuición de que las personas jurídicas han de quedar protegidas de manejos arbitrarios de un poder estatal que monopoliza el ejercicio de la violencia. Por eso piensa Charles Larmore que en todo caso a la formación democrática de la voluntad ha de antecederle, restringiéndola, por lo menos un derecho subjetivo, que por tanto habrá de venir fundamentado en términos morales; se trataría del siguiente: «Nadie debería ser obligado mediante violencia a someterse a normas de las que no es posible examinar racionalmente su validez»⁸. En una lectura inofensiva el argumento dice que las personas al querer constituirse como miembros de una comunidad jurídica, *eo ipso* han aceptado un concepto de derecho positivo que incluye la expectativa de legitimidad. La necesidad de fundamentación pertenece entonces a las implicaciones semánticas de ese concepto de derecho y, por tanto, pertenece también a la práctica dadora de Constitución. Pero en un sentido menos inofensivo el argumento expresa la convicción de que la dominación impersonal de las leyes es tan fundamental como el poder del Leviatán que esa dominación tiene la finalidad de encadenar.

Esta idea liberal, que se justifica por evidentes experiencias históricas, no hace empero justicia a la conexión constitutiva de derecho y política⁹. Confunde la soberanía popular con el monopolio de la violencia y yerra el sentido de por sí técnico, y en todo caso no represivo, que tiene el poder administrativo articulado en forma jurídica con tal que ese poder se ejerza en el marco de leyes democráticas; y yerra sobre todo el sentido constitutivo que tiene para toda comunidad política la autonomía ciudadana ejercida en términos intersubjetivos. A ambos aspectos sólo se les hace justicia mediante una reconstrucción en dos niveles, la cual parte de la asociación horizontal de ciudadanos que se reconocen mutuamente como provistos de unos mismos derechos y prosigue disciplinando en térmi-

7. Cf. el epílogo a J. Habermas, *Vergangenheit als Zukunft*, München, 1993.

8. Ch. Larmore, «Die Wurzeln radikaler Demokratie»: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 41 (1993), p. 327.

9. Para el análisis de los conceptos básicos cf. cap. IV, I, pp. 200 ss.

nos de Estado de derecho el poder estatal que hay que presuponer. Entonces se ve que los derechos liberales de defensa del individuo frente al aparato estatal monopolizador de la violencia no son en modo alguno originarios, sino que surgen de una transformación de las libertades subjetivas de acción mutuamente otorgadas. Los derechos subjetivos que el código jurídico comporta como tal cobran sólo secundariamente el sentido negativo de un deslinde de un ámbito nuclear privado que ha de quedar sustraído a intervenciones administrativas arbitrarias. Los derechos de defensa sólo surgen a consecuencia de una diferenciación de una asociación de sujetos jurídicos que se administran a sí mismos, diferenciación por la que esa asociación se convierte en una comunidad jurídica estatalmente organizada. Los derechos de defensa surgen cooriginariamente con ese principio del Estado de derecho, conforme al que la Administración ha de atenerse estrictamente a la ley; por tanto, en la estructura lógica del sistema de los derechos no puede convenirles esa fundamental posición con la que Larmore trata de fundamentar el primado de los derechos del hombre.

IV

El derecho positivo no puede obtener ya su legitimidad de un derecho moral que quedase por encima de él, sino sólo de un procedimiento de formación presuntivamente racional de la opinión y la voluntad. Este procedimiento democrático que en unas condiciones de pluralismo social y de pluralismo en lo que respecta a visiones del mundo confiere a la producción jurídica una fuerza generadora de legitimidad, lo he analizado con más detalle desde puntos de vista de una teoría del discurso¹⁰. Para ello he partido del principio, en cuya fundamentación no puedo entrar aquí, de que sólo pueden pretender legitimidad aquellas regulaciones normativas y formas de acción a las que todos los posibles afectados pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales¹¹. Los ciudadanos examinan a la luz de este principio de discurso qué derechos han de reconocerse mutuamente. *En tanto* que sujetos jurídicos han de anclar en el medio mismo que representa el derecho ese

10. Cf. en el presente libro pp. 225-236 y 381 ss.

11. Cf. más arriba pp. 172 ss. La idea de susceptibilidad universal de asentimiento explica el sentido de la validez de las normas de acción en términos de una aceptabilidad racional —que, por tanto, no ha de poder ser sólo localmente entendible—. Esta explicación de la validez deontológica se refiere al proceso de fundamentación, no al de aplicación de normas. Por tanto, está fuera de lugar la comparación con una máxima de la práctica de las decisiones judiciales. Cf. N. Luhmann, «Quod omnes tangit...»: *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993).

ejercicio de la autolegislación; han de institucionalizar a su vez jurídicamente los presupuestos comunicativos y los procedimientos de un proceso político de formación de la opinión y la voluntad, en el que el principio de discurso cobra aplicación. El establecimiento del código jurídico («justo»/«injusto» jurídicos) con el que opera el derecho iniciado con el derecho general a libertades subjetivas de acción, ha de completarse, pues, mediante la introducción de derechos de comunicación y participación que garanticen un uso público de las libertades comunicativas con iguales oportunidades para todos. Por esta vía el principio de discurso cobra la forma jurídica de «principio democrático».

Con ello la idea contrafáctica de susceptibilidad universal de asentimiento (que sería lo que define a la legitimidad de las normas) no queda absorbida y neutralizada por la facticidad de la institucionalización jurídica de discursos públicos, como parece suponer Onora O'Neill¹². Albrecht Wellmer acentúa con razón que el «concepto de legitimidad jurídica tiene también una aplicación enteramente contrafáctica... Ciertamente en la lógica del concepto moderno de legitimidad viene implicado el que la exigencia de que la decisión se tome en común, se realice como una comunidad *fáctica* de decisión tanto como sea posible, en cuanto que hay que admitir a todos los afectados un igual *derecho* a la participación en los procesos de formación de la voluntad colectiva: ésta es la idea misma de democracia. Pero si las leyes han de ser legítimas de forma que todos los afectados hubieran podido decidir las en común, y si todos los afectados —en principio— tienen igual derecho a participar en la toma colectiva de decisiones, entonces salta a la vista que la clarificación pública-argumentativa de cuestiones normativas ha de desempeñar un papel central en toda tentativa de realizar derecho legítimo y de asegurar el reconocimiento de su legitimidad. Argumentar en favor de una norma jurídica, o de un sistema de normas jurídicas, significa en este caso el intentar mostrar con razones a todos los demás afectados por qué quien tenga buena voluntad y considere bien las cosas habría de considerar como bueno para todos por igual el que esté vigente esa norma o estén vigentes esas normas¹³. Pero esa misma tensión entre facticidad y validez viene ya inscrita en el discurso moral —al igual que en la práctica de la argumentación en general—; en el medio que es el derecho esa tensión no hace sino intensificarse y ser operacionalizada de forma eficaz para el comportamiento.

12. O. O'Neill, «Kommunikative Rationalität und praktische Vernunft»: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 41 (1993), pp. 329-332.

13. A. Wellmer, *Ética y diálogo*, Barcelona, 1994, pp. 142.

Frente a esto último, la idea de una susceptibilidad universal de asentimiento expresada en el principio de discurso, Wellmer quisiera reservarla para la explicación de la legitimidad del derecho y no extenderla a la validez de las normas morales. Wellmer es de la opinión de que la ética del discurso transfiere falsamente a la validez deontológica de los preceptos morales la conexión entre validez y discurso real que efectivamente se da en el caso especial de la validez jurídica. En esa objeción no puedo entrar en este lugar¹⁴; pero nos llama la atención sobre un problema de deslinde que efectivamente se plantea a la teoría discursiva del derecho y la moral; pues si al principio de discurso no se recurre exclusivamente, como hace Wellmer, para la explicación del principio democrático, sino que se lo emplea en general para la explicación del sentido del enjuiciamiento imparcial de cuestiones normativas de *todo tipo*, amenazan con desdibujarse los límites entre la fundamentación posconvencional de normas de acción en general y la fundamentación de normas morales en particular. Pues el principio de discurso debe situarse en un nivel de abstracción que sea todavía neutral frente a la distinción entre moral y derecho. Por una parte, el «principio de discurso» debe tener un contenido normativo que baste para el enjuiciamiento imparcial de normas de acción en general; por otra, no debe coincidir con el principio moral si es que ha de poder experimentar una diferenciación que lo convierta en principio moral, por un lado, y principio democrático, por otro. Y si aceptamos este planteamiento habría que mostrar en qué sentido el principio de discurso no agota ya el contenido del principio 'U' (principio de universalizabilidad) con que opera la «ética del discurso»; pues si no, el principio moral, que ahora se limitaría a ocultarse en el principio del discurso, volvería a ser —lo mismo que sucedía en el derecho natural— la única fuente de legitimación del derecho en general.

En la formulación propuesta del principio de discurso 'D', a saber: «Son válidas aquellas y sólo aquellas normas de acción a las que todos los posibles afectados pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales», permanecen indeterminados dos conceptos centrales; falta una especificación de las diversas «normas de acción» (y de los correspondientes enunciados normativos), así como de los diversos «discursos racionales» (de los que, por lo demás, dependen las «negociaciones», en tanto que los procedimientos de ellas puedan justificarse discursivamente). Pero con ello queda el suficiente espacio como para, partiendo del principio de discurso, deducir el principio democrático y el principio

14. Cf. mi respuesta a Wellmer en J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 131 ss.; también L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt a. M., 1993.

moral mediante las correspondientes especificaciones. Mientras que el principio democrático sólo se aplica a normas que tengan las propiedades formales que definen a las normas jurídicas, el principio moral, conforme al que las normas válidas han de ser en igual interés de todas las personas¹⁵, significa una restricción al tipo de discursos en los que *solamente* pueden resultar determinantes argumentos morales. El principio moral deja sin especificar las clases de normas, el principio democrático deja sin especificar las formas de argumentación (y de negociación). Esto explica dos asimetrías. Mientras que los discursos morales se especializan en una única clase de razones y las normas morales vienen dotadas de una clase de validez deontológica perfectamente circunscrita, la legitimidad de las normas jurídicas se apoya en un ancho espectro de razones y, entre otras, también en razones morales. Y mientras que el principio moral, en tanto que principio de argumentación, sirve exclusivamente a la formación del juicio, el principio democrático no solamente estructura el saber sino a la vez la praxis de los ciudadanos.

Si la relación entre moral y derecho se define de esta suerte y la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas se la deja de identificar¹⁶ (bajo el epígrafe común de «rectitud» o «corrección») con la pretensión de justicia moral, puede dejarse, por lo demás, abierta la ulterior cuestión de la fundamentación *moral* del derecho como tal, es decir, el problema que el derecho natural se planteaba del tránsito del estado de naturaleza al estado de sociedad. El derecho positivo, con el que, por así decir, nos encontramos ahí en la modernidad como resultado de un proceso de aprendizaje social, ofrécese en virtud de sus propiedades formales como medio adecuado para la estabilización de expectativas de comportamiento; y parece que las sociedades complejas no cuentan con ningún equivalente funcional con el que poder sustituirlo. La filosofía se mete en una tarea innecesaria cuando trata de demostrar que no sólo resulta obvio por razones funcionales, sino que también es una obligación moral organizar la convivencia en forma de derecho, es decir, el formar comunidades jurídicas. A los filósofos debería bastarles con que en las sociedades complejas sólo en el medio del derecho es ya posible establecer fiablemente esas relaciones de respeto mutuo (también entre extraños) moralmente obligatorias.

15. Cf. mi formulación del «principio de universalizabilidad» en J. Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, 1991, p. 131: «Toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y consecuencias secundarias que para la satisfacción de los intereses de cada uno previsiblemente se sigan de su observancia general han de poder ser aceptadas sin coerciones por todos los afectados».

16. Cf. ahora R. Alexy, *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, 1994.

El derecho no es un sistema cerrado narcisísticamente sobre sí mismo, sino que se nutre de la «eticidad democrática» de los ciudadanos¹⁷ y de la facilitación que le ofrece una cultura política liberal. Esto se muestra cuando se trata de explicar la paradójica circunstancia de que el derecho legítimo puede surgir de la simple legalidad. El procedimiento democrático de producción del derecho tiene la finalidad de que los ciudadanos hagan también un uso de sus derechos de comunicación y participación orientado al bien común, uso que les puede venir políticamente sugerido, pero al que no se le puede forzar jurídicamente. Al igual que todos los derechos subjetivos, también los derechos políticos, por su propia forma, se limitan a otorgar espacios de libertad de arbitrio y sólo obligan a un comportamiento legal. Pero, pese a esta estructura, sólo pueden abrir las fuentes de legitimación de la formación discursiva de la opinión y la voluntad si los ciudadanos no emplean exclusivamente sus libertades comunicativas como libertades subjetivas de acción para la persecución de sus propios intereses, sino que las emplean como libertades comunicativas para los fines de un «uso público de la razón». El derecho sólo puede mantenerse como legítimo si los ciudadanos salen de su papel de sujetos jurídicos privados y adoptan la perspectiva de participantes en procesos de entendimiento acerca de las reglas de su convivencia. En este sentido el Estado democrático de derecho depende de los motivos de una población *acostumbrada* a la libertad, los cuales escapan a intervenciones jurídico-administrativas. Esto explica por qué en el paradigma procedimentalista del derecho son las estructuras de una sociedad civil viva y de una esfera pública política no hipotecada por relaciones de poder, estructuras que no se dejan imponer por vía de derecho coercitivo, las que han de sostener una buena parte de las expectativas normativas y sobre todo la carga de la normativamente esperada génesis democrática del derecho.

Naturalmente, esto provoca la protesta de los expertos, en este caso en la doble forma de científicos sociales y juristas. Como empíricos, los científicos sociales nos ilustran sobre esas impotentes ideas que siempre se dejan poner en ridículo por los intereses; como pragmáticos, los juristas nos informan sobre los enconados conflictos a los que sólo cabe hacer frente con el respaldo de un Estado sustancial. De todos modos, es precisamente el planteamiento articulado

17. Sobre el concepto de «eticidad democrática», cf. A. Wellmer, «Bedingungen einer demokratischen Kultur», en M. Brumlik y H. Brunkhorst (eds.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 173-196; también A. Honneth, *Posttraditionale Gesellschaften*, *ibid.*, pp. 260-270.

en términos de teoría del discurso el que introduce un elemento realista al desplazar las condiciones para una formación racional de la opinión y la voluntad políticas del nivel de las motivaciones y de las bases de decisión de los actores individuales o de los grupos para situarlas en el nivel social de los procesos institucionalizados de deliberación y decisión. Con ello se hace valer el punto de vista estructuralista: los procedimientos democráticos y los correspondientes dispositivos comunicativos funcionan como filtros que seleccionan los temas y contribuciones, las informaciones y razones, de suerte que sólo «cuenten» las entradas relevantes y válidas. No obstante, no puede evitarse la cuestión de cómo una autocomprensión tan exigente del derecho y de la democracia, que está bien lejos de estar cortada a la medida de un «pueblo de diablos», pueda ser compatible con las condiciones de funcionamiento de las sociedades complejas.

Por otro lado, fue precisamente esa cuestión la que me motivó a convertir en tema la tensión entre facticidad y validez¹⁸. Una teoría del derecho que proceda en términos reconstructivos, por su propia estructura metodológica tiene que estar cortada a la medida de la premisa de que la autocomprensión contrafáctica del Estado democrático de derecho tiene que dejar su precipitado en las presuposiciones inevitables de las correspondientes prácticas, presuposiciones que fácticamente tienen que tener importantes consecuencias. Ya el primer acto de la praxis dadora de Constitución introduce en la complejidad social la cuña de una idea que representa un exceso. A la luz de esa idea de la autoconstitución de una comunidad de iguales y libres las prácticas de producción, aplicación e implementación del derecho, a las que estamos acostumbrados, quedan inevitablemente expuestas a la crítica y a la autocrítica. En la forma de derechos subjetivos las energías de la libertad de arbitrio, de la acción estratégica y de la autorrealización quedan sueltas, a la vez que canalizadas a través de una coerción normativa sobre la que los ciudadanos han de entenderse conforme a procedimientos democráticos haciendo públicamente uso de las libertades comunicativas que les vienen jurídicamente garantizadas. La paradójica operación del derecho consiste, por tanto, en que el potencial de conflicto de las libertades subjetivas desencadenadas, el derecho sólo lo domestica mediante normas que solamente pueden obligar mientras puedan ser reconocidas como legítimas sobre el vacilante suelo que representan las libertades comunicativas desencadenadas. Un poder que, de otro modo, quedaría enfrente de la fuerza sociointegrativa de la comunicación, se convierte así en un medio de integración social al

18. Cf. más arriba pp. 96-104.

costrar la forma de acción estatal legítima. Con ello la integración social cobra una forma peculiarmente reflexiva: el derecho, al cubrir su necesidad de legitimación con ayuda de la fuerza productiva que representa la comunicación, utiliza como aguijón de discursos públicos jurídicamente institucionalizados un riesgo de disentiemento convertido ahora en permanente.

Francfort, septiembre de 1993.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A., *Lo racional como razonable* [1987], Madrid, 1991.
- Ackerman, B., *La justicia social en el Estado liberal* [1980], Madrid, 1993.
- Ackerman, B., «What is Neutral about Neutrality?»: *Ethics* 93 (1983).
- Ackerman, B., «The Storrs Lectures; Discovering the Constitution»: *Yale Law Review* 93 (1984), pp. 1013-1072.
- Ackerman, B., «Why Dialogue?»: *Journal of Philosophy* 86 (1989).
- Ackerman, B., *We the People*, Cambridge, Mass., 1991.
- Ahrens, E. (ed.), *Habermas und die Theologie*, Düsseldorf, 1989.
- Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1978, 1990.
- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], Madrid, 1993.
- Alexy, R., «Probleme der Diskurstheorie»: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43 (1989), pp. 81-93.
- Alexy, R., «Zur Kritik des Rechtspositivismus», en R. Dreier (1990), pp. 9-26.
- Alexy, R., «Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft», en W. Maihofer y G. Sprenger (1993), pp. 1-27.
- Altman, A., «Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin»: *Philosophy and Public Affairs* 15 (1986), pp. 202-235.
- Apel, K.-O., *La transformación de la filosofía* [1973], Madrid, 1985, 2 vols.
- Apel, K.-O., «El apriori de la comunidad de comunicación», en Id. (1985).
- Apel, K.-O., *El camino del pensamiento de Charles S. Peirce* [1975], Madrid, 1997.
- Apel, K.-O., «Sprache und Bedeutung, Wahrheit und normative Gültigkeit»: *Archiv di Filosofia* 55 (1987), pp. 51-88.
- Apel, K.-O., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988.
- Apel, K.-O., «Zurück zur Normalität?», en Id. (1988).
- Apel, K.-O., «Kann der postkantische Standpunkt der Morafität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?», en Id. (1988), pp. 103-153.
- Apel, K.-O., «Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik», en K.-O. Apel y M. Kettner (1992), pp. 29-61.

- Apel, K.-O. y Kettner, M. (eds.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M., 1992.
- Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo* [1955], Madrid, 1982.
- Arendt, H., *La condición humana* [1958], Barcelona, 1993.
- Arendt, H., *Sobre la revolución* [1963], Madrid, 1988.
- Arendt, H., «Sobre la violencia» [1963], en Id. *Crisis de la República*, Madrid, 1973.
- Arendt, H., *Das Urteilen. Texte zu Kants Politischer Philosophie*, München, 1982.
- Arens, P., *Zivilprozessrecht*, München, 1988.
- Arnaud, A. J., Hiiipinen, R. y Wroblewski, J. (eds.), «Juristische Logik und Irrationalität im Recht»: *Rechtstheorie* 8, (1985).
- Assmann, H. D., *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, Frankfurt a. M., 1980.
- Atiyah, P. S., *The Rise and Fall of Contract of Freedom*, Oxford, 1979.
- Bachrach, B., *Die Theorie demokratischer Eliteherrschaft*, Frankfurt a. M., 1967.
- Barbalet, M., *Citizenship*, Stratford, England, 1988.
- Baur, F. et al. (eds.), «Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen», en *Festschrift für L. Raiser*, Tübingen, 1974.
- Baynes, K., *The Normative Grounds of Social Criticism, Kant, Rawls, and Habermas*, Albany, NY, 1992.
- Beck, U., *Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1986.
- Beck, U., *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a. M., 1988.
- Becker, W., *La libertad que queremos* [1982], México, 1990.
- Beiner, R., *Political Judgement*, London-Chicago, 1983.
- Benhabib, S., *Critique, Norm and Utopia*, New York, 1986.
- Benhabib, S., «Liberal Dialogue vs. a Critical Theory of Discursive Legitimation», en N. Rosenblum (1989).
- Benhabib, S., *Situating the Self*, Cambridge, 1992.
- Benhabib, S., «Models of Public Space», en Id. (1992), pp. 89-120.
- Benhabib, S., «Feminism and the Question of Postmodernism», en Id. (1992), pp. 203-242.
- Benjamin, W., *Der Surrealismus*, en *Gesammelte Schriften* II, 3.
- Bernbach, U., «Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel», en H. H. Hartwich (1989), pp. 57-71.
- Bethge, H., «Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik»: *Der Staat* 24 (1985).
- Bibo, I., *Die deutsche Hysterie*, Frankfurt a. M., 1991.
- Blankenagel, A., *Tradition und Verfassung*, Baden-Baden, 1987.
- Blühdorn J. y Ritter, J. (eds.), *Recht und Ethik*, Frankfurt a. M., 1970.
- Bobbio, N., *El futuro de la democracia* [1987], Barcelona, 1985.
- Bobbio, N., «Gramsci and the Concept of Civil Society», en J. Keane (1988), pp. 73-100.
- Böckenförde, E. W., «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation»: *Neue Juristische Wochenschrift*, (1974).
- Böckenförde, E. W. (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976.
- Böckenförde, E. W., *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt a. M., 1991.
- Böckenförde, E. W., «Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung», en Id. (1991), pp. 58-66.
- Böckenförde, E. W., «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en Id. (1991), pp. 143-169.
- Böckenförde, E. W., «Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge», en Id. (1991), pp. 146-158.
- Böckenförde, E. W., «Grundrechte als Grundsatznormen», en Id. (1991).
- Boyle J., «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought»: *Pennsylvania Law Review* 133 (1985), pp. 685-780.
- Brest, P., «The Fundamental Rights Controversy»: *Yale Law Journal* 90 (1981), pp. 1063-1109.
- Broda, Ch. (ed.), *Festschrift für R. Wassermann*, Neuwied-Darmstadt, 1985.
- Brüggemeier, G., «Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung»: *Rechtstheorie* 8 (1982), pp. 60-73.
- Brüggemeier, G., «Justizielle Schutzpolitik de lege lata», en G. Brüggemeier y D. Hart (1987), pp. 7-41.
- Brüggemeier, G. y Hart, D., *Soziales Schuldrecht*, Bremen, 1987.
- Brunkhorst, H., «Die Ästhetisierung der Intellektuellen»: *Frankfurter Rundschau* del 28 de noviembre de 1988.
- Brunkhorst, H., «Zur Dialektik von realer und idealer Kommunikationsgemeinschaft», en A. Dorschel et al. (eds.), *Transzendentalpragmatik*, Frankfurt a. M., pp. 342-358.
- Bubner, R., *Antike Themen und ihre moderne Verwandlung*, Frankfurt a. M., 1992.
- Bubner, R., «Das sprachliche Medium der Politik», en Id. (1992), pp. 188-202.
- Buchanan, A. E., *Marx and Justice*, London, 1982.
- Calhoun, C., *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, Mass., 1992.
- Carens, J. H., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders»: *Review of Politics* 49 (1987).
- Cobb, R. y Elder, Ch., «The Politics of Agenda-Building»: *Journal of Politics* (1971), pp. 892-915.
- Cobb, R., Ross, J. K. y Ross, M. H., «Agenda Building as a Comparative Political Process»: *American Political Science Review* 70 (1976), pp. 126-138.
- Cohen, J., «Deliberation and Democratic Legitimacy», en A. Hamlin y B. Pettit (1989).
- Cohen, J. y Rogers, J., *On Democracy*, New York, 1983.
- Cohen J. L. y Arato, A., *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Mass., 1992.
- Coing, H., «Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"», en H. Coing et al. (1959).
- Coing, H., «Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert», en J. Blühdorn y J. Ritter (1970).
- Coing, H. et al., *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt a. M.-Berlin, 1959.
- Conolly, W. E., *The Terms of Political Discourse*, Lexington, Mass., 1974.
- Czybulka, D., *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*, Heidelberg, 1989.

- Dahl, R. A., *A Preface to Economic Democracy*, Oxford, 1985.
- Dahl, R. A., *Democracy and its Critics*, New Haven, 1989.
- Daniels, N. (ed.), *Reading Rawls*, Oxford, 1975.
- Denninger, E., *Staatsrecht*, Reinbek, 1973.
- Denninger, E., *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, en Ch. Broda (1985), de nuevo en E. Denninger (1990).
- Denninger, E., «Verfassung und Gesetz»: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (1986).
- Denninger, E., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990.
- Denninger, E., «Der Präventions-Staat», en Id. (1990).
- Derrida J., *Gesetzeskraft. Der «mystische Grund der Autorität»*, Frankfurt a. M., 1991.
- Dewey, J., *The Public and its Problems*, Chicago, 1954.
- Dippel, H., «Die politischen Ideen der Französischen Revolution»: *Pipers Handbuch der politischen Ideen IV*, München, 1986.
- Downs, A., *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957.
- Dreier, R., *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975.
- Dreier, R., *Recht - Moral - Ideologie*, Frankfurt a. M., 1981.
- Dreier, R., «Recht und Moral»: en Id. (1981).
- Dreier, R., *Rechtsgreif und Rechtsidee*, Frankfurt a. M., 1986.
- Dreier, R. (ed.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Stuttgart, 1990.
- Dreier, R., *Recht - Staat - Vernunft*, Frankfurt a. M., 1991.
- Dreier, R., «Widerstandsrecht im Rechtsstaat?», en Id. (1991), pp. 39-72.
- Dryzek, J. S., *Discursive Democracy*, Cambridge, 1990.
- Dubieli, H., *Zivilreligion in der Massendemokratie*, manuscrito, 1989.
- Durkheim, É., *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del derecho*, Buenos Aires, 1974.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio* [1977], Barcelona, 1984.
- Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., 1985.
- Dworkin, R., «Principle, Policy, Procedure», en Id. (1985), pp. 72-103.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Mass., 1986.
- Dworkin, R., «Liberal Community»: *Californian Law Review* 77 (1989), pp. 479-589.
- Dworkin, R., *Foundations of Liberal Equality. The Tanner Lectures on Human Values*, vol. VIII, 1990.
- Edelstein, W. y Nunner-Winkler, G. (eds.), *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt a. M., 1986.
- Eder, K., *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1976.
- Eder, K., *Geschichte als Lernprozess?*, Frankfurt a. M., 1985.
- Eisenstadt, S. N. (ed.), *Democracy and Modernity*, Leiden, 1992.
- Ellscheid, G. y Hassemer, W. (eds.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, 1974.
- Elster, J., «The Market and the Forum», en J. Elster y A. Hylland (1986).
- Elster, J., *El cemento de la sociedad* [1989], Barcelona, 1991.
- Elster, J., *Arguing and Bargaining*, manuscrito, 1991.
- Elster, J., «The Possibility of Rational Politics», en D. Held (1991).
- Elster, J., *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies: The Storr Lectures*, manuscrito, Yale Law School, 1991.
- Elster, J. y Hylland, A. (eds.), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, 1986.
- Elster, J. y Slagstad, R. (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988.
- Ely, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980.
- Ennecerus, L., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, ¹⁵1959.
- Esser, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964.
- Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Kronberg, 1972.
- Euchner, W., *Naturrecht und Politik bei John Locke*, Frankfurt a. M., 1979.
- Ewald, E., *L'État Providence*, Paris, 1986.
- Faber, H., *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1987.
- Ferguson, A., *Versuch über die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1986.
- Fetscher, I. y Münkler, H. (eds.), *Pipers Handbuch politischer Ideen III*, München, 1985.
- Fiss, O., «Objectivity and Interpretation»: *Stanford Law Review* 34 (1982), pp. 739-763.
- Forst, R., *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1993.
- Forsthoff, E., *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971.
- Forsthoff, E. (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968.
- Forum für Philosophie Bad Homburg (ed.), *Die Ideen von 1789*, Frankfurt a. M., 1989.
- Fraenkel, E., «Deutschland und die westlichen Demokratien» (A. v. Brüneck, ed.), Frankfurt a. M., 1991.
- Fraenkel, E., «Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat», en Id. (1991), pp. 153-203.
- Fraenkel, E., «Parlament und öffentliche Meinung», en Id. (1991).
- Frankenberg, G., «Der Ernst im Recht»: *Kritische Justiz* 20 (1987).
- Frankenberg, G. y Rödel, U., *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz*, Frankfurt a. M., 1981.
- Frankfurt, H., *The Importance of what we know about*, Cambridge, Mass., 1988.
- Frankfurt, H., «Freedom of the will and the Concept of the Person», en Id. (1988), pp. 11-25.
- Fraser, N., *Unruly Practices*, Oxford, 1991.
- Fraser, N., «Struggle over Needs», en Id. (1991), pp. 161-190.
- Fraser, N., «Rethinking the Public Sphere», en C. Calhoun (1992).
- Frege, G., *Investigaciones lógicas* [1966], Madrid, 1984.
- Friedman, L. M., «Transformations in American Legal Culture 1800-1985»: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985).
- Friedman, L. M., *Total Justice*, New York, 1985.
- Fröbel, J., *System der sozialen Politik*, Mannheim, 1847.
- Fröbel, J., *Monarchie oder Republik*, Mannheim, 1848.
- Fuller, L., *The Morality of Law*, Chicago, 1969.
- Furet, E., *Vom Ereignis zum Gegenstand der Geschichtswissenschaft*, Frankfurt a. M., 1980.

- Furet, E., *La Revolution 1780-1880*, Paris, 1988.
- Furet, F. y Richet, D., *Die Französische Revolution*, Frankfurt a. M., 1968.
- Gadamer, H. G., *Verdad y método* [1960], Salamanca, 1977.
- Gehlen, A., *El hombre* [1950], Salamanca, 1987.
- Gehlen, A., *Urmensch und Spätkultur*, Bonn, 1956.
- Gerhards, J. y Neidhardt, E., *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Wissenschaftszentrum Berlin, 1990.
- Giddens, A., *Profiles and Critiques in Social Theory*, London, 1982.
- Giegel, H.-J. (ed.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1992.
- Glutz, P., *Der Irrweg des Nationalstaates*, Stuttgart, 1990.
- Glusy, Ch., «Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat», en G. Guggenberger y C. Offe (1984), pp. 61-82.
- Göhler, G. (ed.), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Opladen, 1987.
- Göhler, G. et al. (eds.), *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*, Opladen, 1990.
- Goodin, R., «What is so Special about our Fellow Countrymen?»: *Ethics* 98 (1988), pp. 663-686.
- Goodman, D., «Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historical Approaches to the Old Regime»: *History and Theory* 31 (1992), pp. 1-20.
- Gorden, R. W., «Critical Legal Histories»: *Stanford Law Review*, (1984).
- Görlitz, A. y Voigt, R., *Rechtspolitologie*, Hamburg, 1985.
- Grawert, R., «Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft»: *Der Staat* 23 (1984), pp. 179-204.
- Grawert, R., «Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», en J. Isensee y P. Kirchhoff (1987).
- Grimm, D., «Reformalisierung des Rechtsstaats?»: *Juristische Schulung* 10 (1980), pp. 704-709.
- Grimm, D., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1987.
- Grimm, D. (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990.
- Grimm, D., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991.
- Grimm, D., «Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?», en Id. (1991), pp. 221-240.
- Grimm, D., «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats», en Id. (1991).
- Grimm, D., «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», en Id. (1991).
- Grimm, D., «Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen», en Id. (1991).
- Guggenberger, B. y Offe, C. (eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen, 1984.
- Gunsteren, H. R. van, «Admission to Citizenship»: *Ethics* 98 (1988).
- Günther, K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988.
- Günther, K., «Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation»: *Rechtstheorie* 20 (1989).

- Günther, K., *Hero-Politics in Modern Legal Times*, Institute for Legal Studies, Madison Law School, Series 4, Madison, Wi., 1990.
- Günther, K., «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts», en D. Grimm (1990).
- Günther, K., «Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?»: *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 233-267.
- Günther, K., «Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht», en P. Koller et al. (1991).
- Günther, K., «Universalistische Normbegründung und Normanwendung», en M. Herberger et al. (1991).
- Günther, K., «Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts», en H. Jung et al. (1991), pp. 205-217.
- Gurevitch, M. y Blumler, G., «Political Communication Systems and Democratic Values», en J. Lichtenberg (1990).
- Häberle, P., «Grundrechte im Leistungsstaat»: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), pp. 43-131.
- Häberle, P., (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976.
- Häberle, P., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Frankfurt a. M., 1978.
- Häberle, P., *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1980.
- Häberle, P., «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en Id. (1980), pp. 79-105.
- Habermas, J., *Teoría y praxis* [1971], Madrid, 1987.
- Habermas, J., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* [1973], Buenos Aires, 1975.
- Habermas, J., *La reconstrucción del materialismo histórico* [1976], Madrid, 1992.
- Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa* [1981], Madrid, 1987, 2 vols.
- Habermas, J., *Perfiles filosófico-políticos* [1981], Madrid, 1985.
- Habermas, J., *La lógica de las ciencias sociales* [1982], Madrid, 1988.
- Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa* [1983], Península, Barcelona, 1991.
- Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* [1984], Madrid, 1989.
- Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad* [1985], Madrid, 1989.
- Habermas, J., *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985.
- Habermas, J., «Gerechtigkeit und Solidarität», en W. Edelstein y G. Nunner-Winkler (1986).
- Habermas, J., *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt a. M., 1987.
- Habermas, J., *Pensamiento postmetafísico* [1988], Madrid, 1990.
- Habermas, J., «Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter»: *Kritische Justiz* 22 (1989), pp. 138-156.
- Habermas, J., *La necesidad de revisión de la izquierda* [1990], Madrid, 1990.
- Habermas, J., *Historia y crítica de la opinión pública* [1990], Barcelona, 1981.
- Habermas, J., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991.
- Habermas, J., *Textos y contextos* [1991], Barcelona, 1996.
- Habermas, J., *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich, 1991.
- Habermas, J., Friedeburg, L. v., Oehler, Ch. y Weltz, E., *Student und Politik*, Neuwied, 1961.

- Hall, St. (ed.), *Culture, Media, Language*, London, 1980.
- Hall, St., «Encoding and Decoding in TV-Discourse», en Id. (1980), pp. 128-138.
- Hamlin, A. y Pettit, B. (eds.), *The Good Polity*, Oxford, 1989.
- Hankiss, E., «The Loss of Responsibility», en J. MacLean, A. Montefiori y P. Winch, P. (1990), pp. 29-52.
- Hart, D., «Soziale Steuerung durch Vertragsabschlusskontrolle»: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1986).
- Hart, H. L. A., *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt a. M., 1973.
- Hart, H. L. A., *Rawls on Liberty and its Priority*, en N. Daniels, (1975), pp. 230-252.
- Hartig, A. I., «Das Bicentenaire - eine Auferstehung?»: *Merkur* (marzo 1989).
- Hartwich, H. H. (ed.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen, 1989.
- Hassemer, W., «Juristische Hermeneutik»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986).
- Hassemer, W., «Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 44 (1991), pp. 130-143.
- Hayek, F. A. von, *Los fundamentos de la libertad* [1971], Madrid, 1991.
- Held, D., *Models of Democracy*, Oxford, 1987.
- Held, D., *Political Theory and the Modern State*, Oxford, 1989.
- Held, D., «Citizenship and Autonomy», en Id. (1989), pp. 214-242.
- Held, D. (ed.), *Political Theory Today*, Oxford, 1991.
- Heller, H., *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971.
- Hellesness, J., «Toleranz und Dissens»: *Zeitschr. f. Phil.* 40 (1992), pp. 245-255.
- Herberger, M. et al. (eds.), «Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 45 (1991).
- Hesse, K., *Derecho constitucional y Derecho privado* [1988], Madrid, 1995.
- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1990.
- Hilgartner, St., «The Rise and Fall of Social Problems»: *American Journal of Sociology* 94 (1988), pp. 53-78.
- Hirsch, J., *Der Sicherheitsstaat*, Frankfurt a. M., 1980.
- Hobbes, Th., *El ciudadano*, Madrid, 1993.
- Hobbes, Th., *Leviathan*, Madrid, 1989.
- Hoerster, N. (ed.), *Recht und Moral*, Göttingen, 1972.
- Hoerster, N., *Verteidigung des Rechtspositivismus*, Frankfurt a. M., 1989.
- Höffe, O., *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1987.
- Höffe, O., *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt a. M., 1990.
- Höffe, O., *Gerechtigkeit als Tausch?*, Baden-Baden, 1991.
- Hofman, H., «Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes», en Ch. Starck (1987), pp. 9-48.
- Holmes, St., «Gag Rules or the Politics of Omission», en J. Elster y R. Slagstad (1988), pp. 19-58.
- Honneth, A. et al. (eds.), *Zwischenbetrachtungen im Prozess der Aufklärung*, Frankfurt a. M., 1989.
- Honneth, A., *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt a. M., 1992.
- Hoy, D. C., «Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives»: *Southern California Law Review* 58 (1985), pp. 135-176.
- Hoy, D. C., «Dworkin's Constructive Optimism vs. Deconstructive Legal Nihilism»: *Law and Philosophy* 6 (1987), pp. 321-356.
- Huber, E. R., «Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft», en E. Forsthoff (1968).
- Huber, H., *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, 1971.
- Huber, H., «Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen», en Id. (1971).
- Ihering, R. von, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1888.
- Isensee, J. von y Kirchhoff, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1987.
- Joerges, Ch., «Die Überarbeitung des BGB, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts»: *Kritische Justiz* (1987), pp. 166-182.
- Joerges, Ch., «Politische Rechtstheorie und Critical Legal Studies», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (1989), pp. 597-644.
- Joerges, Ch. y Trubek, D. M. (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989.
- Johnson, J., «Habermas on Strategic and Communicative Action»: *Political Theory* 19 (1991), pp. 181-201.
- Jung, H. et al. (eds.), *Recht und Moral*, Baden-Baden, 1991.
- Kaase, M., «Massenkommunikation und politischer Prozess», en M. Kaase y W. Schulz (1989), pp. 97-117.
- Kaase, M. y Schulz, W. (eds.), «Massenkommunikation»: *KZfSS* 30 (1989).
- Kahn, P. W., «Reason, Will and the Origins of American Constitutionalism»: *Yale Journal* 98 (1989), pp. 449-517.
- Kahn-Freund, O., «Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts», en Th. Ramm (1966).
- Kallscheuer, O., «Revisionismus und Reformismus», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen IV*, München, 1986.
- Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, Madrid, 1989.
- Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, 1995.
- Kant, I., «En torno al tópico: "Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica"», Id. *Teoría y práctica*, Madrid, 1986.
- Kaufmann, A., *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1984.
- Kaufmann, A., «Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986).
- Kaufmann, A. (ed.), *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für W. Maihofer*, Frankfurt a. M., 1986.
- Kaufmann, A., «Recht und Rationalität», en Id. (ed.) (1986).
- Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Heidelberg, 1990.
- Keane, J., *Democracy and Civil Society*, London, 1988.
- Keane, J. (ed.), *Civil Society and the State*, London, 1988.
- Keane, J., *The Media and Democracy*, Cambridge, 1991.
- Kelsen, H., «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? [1931]», Madrid, 1995.
- Kelsen, H., *Teoría general del Estado* [1968], México, 1979.

- Kennedy, D., «Form and Substance in Private Law Adjudication»; *Harvard Law Review* 89 (1976).
- Kersting, W., *Wohlgeordnete Freiheit*, Berlin, 1984.
- Kielmannsegg, P., «Ohne historisches Vorbild», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 7 de diciembre de 1990.
- Kleger, H. y Müller, R., *Religion des Bürgers*, München, 1986.
- Knieper, R., *Nationale Souveränität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, Frankfurt a. M., 1991.
- Koch, H. J., *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt a. M., 1977.
- Kohlberg, L., *Filosofía del desarrollo moral* [1981], Bilbao, 1992.
- Koller, P. et al. (ed.), «Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 51 (1991).
- Köndgen, J., *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981.
- Koselleck, R., *Vergangene Zukunft*, Frankfurt a. M., 1979.
- Koslowski, P., *Gesellschaft und Staat*, Stuttgart, 1982.
- Kress, K. J., «Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkins Rights Thesis, Retroactivity and the Linear Order of Decisions»: *University of California Law Review* 72 (1984), pp. 369-402.
- Kreuder, Th. (ed.), *Der orientierungslose Leviathan*, Marburg, 1992.
- Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek, 1975 y Opladen, 1981.
- Kriele, M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979.
- Kübler, F., «Privatrecht und Demokratie», en F. Baur et al. (1974).
- Kübler, F., *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, 1975.
- Kübler, F. (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984 y Frankfurt a. M., 1985.
- Kübler, F., «Die neue Rundfunkordnung. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen»: *Neue Juristische Wochenschrift* 47 (1987), pp. 2961-2967.
- Kuhlmann, W. (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt a. M., 1986.
- Kunig, Ph., *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986.
- Kuratorium für einen demokratisch verfassten Bund Deutscher Länder (ed.), *In freier Selbstbestimmung. Für eine gesamtdeutsche Verfassung mit Volksentscheid*, Schriftenreihe der Heinrich-Böll-Stiftung, 4, Berlin-Köln-Leipzig, 1990.
- Laker, Th., *Ziviler Ungehorsam*, Baden-Baden, 1986.
- Langer, C., *Reform nach Prinzipien. Zur politischen Theorie Immanuel Kants*, Stuttgart, 1986.
- Larmore, Ch., *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, 1987.
- Larmore, Ch., «Political Liberalism»: *Political Theory* 18 (1990).
- Lepsius, W., *Melancholie und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1969.
- Lepsius, M. R., *Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen, 1990.
- Lepsius, M. R., «Ethnos und Demos», en Id. (1990), pp. 247-255.
- Lepsius, M. R., «Der europäische Nationalstaat», en Id. (1990).
- Lichtenberg, J. (ed.), *Democracy and the Mass Media*, Cambridge, Mass., 1990.
- Lösche, P., «Anarchismus», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen* IV, München, 1986.
- Löwith, K., *El sentido de la historia. Implicaciones teológicas de la filosofía de la historia* [1953], Madrid, 1973.

- Lüderssen, K., *Genesis und Geltung im Recht*, Frankfurt a. M., 1993.
- Lüderssen, K., «Die Steuerungsfunktion des Gesetzes - Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft», en Id. (1992).
- Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969.
- Luhmann, N., «Normen in soziologischer Perspektive»: *Soziale Welt* 20 (1969).
- Luhmann, N., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981.
- Luhmann, N., *Teoría política en el Estado de Bienestar* [1981], Madrid, 1993.
- Luhmann, N., *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983.
- Luhmann, N., «Einige Probleme mit "reflexivem" Recht»: *Zeitschr. f. Rechtstheorie* 6 (1985).
- Luhmann, N., *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986.
- Luhmann, N., *Ökologische Kommunikation*, Opladen, 1986.
- Luhmann, N., «Intersubjektivität oder Kommunikation»: *Archiv di Filosofia* LIV (1986).
- Luhmann, L., «Politische Steuerung. Ein Diskussionsbeitrag»: *Politische Vierteljahresschrift* 30 (1989), pp. 4-9.
- Luhmann, N., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Frankfurt a. M., 1990, 3 vols.
- Luhmann, N., *Juristische Argumentation*, manuscrito, 1991.
- Luhmann, N., *Observaciones de la Modernidad* [1992], Barcelona 1997.
- MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.
- MacIntyre, A., *Justicia y racionalidad* [1988], Pamplona, 1994.
- MacKinnon, C. A., *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., 1989.
- MacLean, J., Montefiori, A. y Winch, P. (eds.), *The Political Responsibility of Intellectuals*, Cambridge, 1990.
- Macpherson, C. B., *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*, Frankfurt a. M., 1973.
- Maier, Ch. S. (ed.), *Changing Boundaries of the Political*, Cambridge, 1987.
- Maihofer, W. (ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, 1973.
- Maihofer, W. y Sprenger, G. (eds.), *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit. Vorträge des 15. IVR-Weltkongresses in Göttingen*, agosto 1991, vol. 1, Stuttgart, 1993 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 50).
- Manin, B., «On Legitimacy and Political Deliberation»: *Political Theory* 15 (1987).
- Mansbridge, J., «Self-Interest in Political Life»: *Political Theory* 18 (1990), pp. 132-153.
- March, J. G. y Olsen, J. P., «The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life»: *American Political Science Review* 77 (1984), pp. 734-749.
- March, J. G. y Olsen, J. P., «Popular Sovereignty and the Search for Appropriate Institutions»: *Journal of Public Policy* 6 (1984), pp. 341-370.
- March, J. G. y Olsen, J. P., *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York, 1989.
- Markov, W., *Die Jakobinerfrage heute*, Berlin, 1967.

- Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Mass., 1950, de nuevo en Id. (1973); ed. alemana *Bürgerrecht und soziale Klassen*, Frankfurt a. M., 1992. pp. 33-94.
- Marshall, T. H., *Class, Citizenship and Social Development*, Westport, Conn., 1973.
- Marx K., «El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte», en K. Marx y F. Engels, *Obras escogidas I*, Madrid, 1975.
- Mashaw, J. L., *Due Process in the Administrative State*, New Haven, 1985.
- Maus, I., «Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates», en M. Tohidipur (1978), vol. I.
- Maus, I., *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München, 1980.
- Maus, I., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, 1986.
- Maus, I., «Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats», en Id. (1986), pp. 11-82, también en G. Göhler (1987).
- Maus, I., «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en Id. (1986), pp. 277-331.
- Maus, I., «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 191-210.
- Maus, I., «Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant», en G. Göhler *et al.* (eds.) (1990).
- Maus, I., *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., 1992.
- Maus, I., «Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung», en Th. Kreuder (1992), pp. 99-116.
- Mayntz, R. (ed.), *Implementation politischer Programme II*, Opladen, 1983.
- Mayntz, R., «Steuerung, Steuerungsakte, Steuerungsinstrumente»: *Hi-Mon* 4, Gesamthochschule Siegen (1986).
- McCarthy, J. E., «Semiotic Idealism»: *Transactions of the Ch. S. Peirce Society* 20 (1984).
- Menke-Eggers, Ch., *Die Souveränität der Kunst*, Frankfurt a. M., 1988.
- Merry, H. J., *Five Branch Government*, Urbana, Ill., 1980.
- Mestmäcker, E. J., «Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 273-288.
- Mestmäcker, E. J., «Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts»: *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 177-184.
- Michelman, F. I., «The Supreme Court 1985 Term»: *Harvard Law Review* 100 (1986), pp. 4-77.
- Michelman F. I., «Justification (and Justifiability) of Law»: *Nomos XVIII* (1986).
- Michelman, F. I., «Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World»: *Nomos XVIII* (1986).
- Michelman, F. I., «Political Truth and the Rule of Law»: *Tel Aviv University Studies in Law* 8 (1988).
- Michelman, F. I., «Law's Republic»: *The Yale Law Journal* 97 (1988).
- Michelman, F. I., «Bringing the Law to Life»: *Cornell Law Review* 74 (1989).
- Michelman, F. I., «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation»: *Tennessee Law Review* 56 (1989).

- Michelman, F. I., «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights»: *Florida Law Review* 41 (1989), pp. 443-490.
- Millar, J., *Vom Ursprung des Unterschieds in den Rangordnungen und Ständen der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1967.
- Miller, D., «The Ethical Significance of Nationality»: *Ethics* 98 (1988).
- Minda, G., «The Jurisprudential Movements of the 1980s»: *Ohio State Law Journal* 50 (1989), pp. 599-662.
- Minow, M., *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca, 1990.
- Moon, J. D., «Constrained Discourse and Public Life»: *Political Theory* 19 (1991), pp. 202-229.
- Morley, D., *Family Television*, London, 1988.
- Münch, R., *Theorie des Handelns*, Frankfurt a. M., 1982.
- Münch, R., «Die sprachlose Systemtheorie»: *Zeitschr. f. Rechtstheorie* 6 (1985).
- Münch, R., *Die Kultur der Moderne*, Frankfurt a. M., 1986, 2 vols.
- Naucke, W., *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985.
- Naucke, W., «Versuch über den aktuellen Stil des Rechts»: *Schriften der H. Eblers-Akademie* 19 (1986).
- Negt, O. y Mohl, E. Th., «Marx und Engels - der unaufgehobene Widerspruch von Theorie und Praxis», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen IV*, München, 1986.
- Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986.
- Neumann, U., «Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?»: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 103 (1991), pp. 331-356.
- Offe, C., *Contradicciones en el Estado de Bienestar* [1984], Madrid, 1994.
- Offe, C., «Challenging the Boundaries of Institutional Politics: Social Movements since the 1960s», en Ch. S. Maier (1987), pp. 63-106.
- Offe, C., «Bindung, Fessel, Bremse», en A. Honneth *et al.* (1989).
- Offe C. y Preuss, U. K., «Democratic Institutions and Moral Resources», en D. Held (1991).
- Ogorek, R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, München, 1986.
- Papier, H. J., *Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel*, Heidelberg, 1984.
- Parsons, T., *Sociological Theory and Modern Society*, New York, 1967.
- Parsons, T., «On the Concept of Influence», en Id. (1967), pp. 355-382.
- Parsons, T., *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, 1971.
- Parsons, T. y Shils, E., *Toward a General Theory of Action*, New York, 1951.
- Parsons, T., Bales, R. E. y Shils, E., *Working Papers in the Theory of Action*, New York, 1953.
- Pateman, C., *The Problem of Political Obligation*, Oxford, 1979.
- Peirce, Ch. S., *Collected Papers I-VIII*, Cambridge, Mass., 1966.
- Perry, M. J., *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1988.
- Peters, B., *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1991.

- Peters, B., *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993.
- Pitkin, H., «Justice. On Relating Private and Public»: *Political Theory* 9 (1981).
- Pocock, J. G. A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, 1975.
- Pocock, J. G. A., «Virtues, Rights and Manners»: *Political Theory* 9 (1981), pp. 353-368.
- Popitz, H., *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen, 1980.
- Posposil, L., *Anthropologie des Rechts*, München, 1982.
- Preuss, U. K., *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1973.
- Preuss, U. K., *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt a. M., 1979.
- Preuss, U. K., «Was heisst radikale Demokratie heute?»: *Forum für Philosophie Bad Homburg* (1989), pp. 37-67.
- Preuss, U. K., *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin, 1990.
- Preuss, U. K., «Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates», en Sachße *et al.*, (1990).
- Puchta, G. E., *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1865.
- Puhle, H. J., «Die Anfänge des politischen Konservatismus in Deutschland», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen* IV, München, 1986.
- Putnam, H., «Why Reason can't be naturalized»: *Synthese* 52 (1982), pp. 1-23.
- Putnam, H., *Razón, verdad e historia* [1982], Madrid, 1988.
- Raiser, L., *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971.
- Raiser, L., *Die Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt a. M., 1977.
- Raiser, L., «Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht», en Id. (1977).
- Raiser, Th., *Rechtssoziologie*, Frankfurt a. M., 1987.
- Ramm, Th. (ed.), *Arbeitsrecht und Politik*, Frankfurt a. M., 1966.
- Raschke, J., *Soziale Bewegungen*, Frankfurt a. M., 1985.
- Rawls, J., «Justice as Fairness: Political not Metaphysical»: *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985).
- Rawls, J., *Teoría de la justicia* [1972], México-Madrid, 1979.
- Rawls, J., «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en Id., *Justicia como equidad*, Madrid, 1986, pp. 137-187.
- Rawls, J., *The Tanner Lectures on Human Values* 1982 (St. McMurrin, ed.), Salt Lake City, 1983.
- Rawls, «The Basic Liberties and their Priorities», en Id. (1983).
- Rawls, J., *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, manuscrito, 1989.
- Rawls, J., *Die Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt a. M., 1992.
- Regh, W., *Insight and Solidarity. The Idea of a Discourse Ethics*, tesis doctoral, Northwestern University, Evanston, 1991.
- Regh, W., «Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalization»: *Inquiry* 34 (1991), pp. 27-48.
- Rehbinder, E., «Reflexives Recht und Praxis»: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* XII (1988), pp. 109-129.
- Richards, D. A. J., «Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law»: *Ohio State Law Journal* 42 (1981).

- Ridder, H., *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen, 1975.
- Ritter, J., *Metaphysik und Politik*, Frankfurt a. M., 1969.
- Rödel, U., (ed.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt a. M., 1990.
- Rödel, U., Frankenberg, G. y Dubiel, H., *Die demokratische Frage*, Frankfurt a. M., 1989.
- Rohde, D. L., *Justice and Gender*, Cambridge, Mass., 1989.
- Rolke, L., *Protestbewegungen in der Bundesrepublik*, Opladen, 1987.
- Roniger, L., «Conditions for the Consolidation of Democracy in Southern Europe and Latin America», en S. N. Eisenstadt (1992), pp. 53-68.
- Rorty, R., *Solidarität oder Objektivität*, Stuttgart, 1988.
- Rorty, R., «Der Vorrang der Demokratie vor der Philosophie», en Id. (1988).
- Rosenblum, N. (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., 1989.
- Rousseau, J.-J., *El contrato social*, Madrid, 1991.
- Royce, J., *The Spirit of Modern Philosophy*, Boston 1892.
- Rupp, H. H., «Vom Wandel der Grundrechte»: *Archiv des öffentlichen Rechts* (1976).
- Rüsen, J. *et al.* (eds.), *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt a. M., 1988.
- Rüthers, B., *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt a. M., 1973.
- Sachße, Ch. *et al.* (eds.), *Sicherheit und Freiheit*, Frankfurt a. M., 1990.
- Salgo, R., «Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?»: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 31 (1984).
- Savigny, F. C. von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840.
- Scharpf, F. W., *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz, 1970.
- Scharpf, F. W., «Verhandlungssysteme, Verteilungskonflikte und Pathologien der politischen Steuerung»: *Politische Vierteljahresschrift*, monográfico *Staatstätigkeit*, 19 (1989), pp. 61-67.
- Scharpf, F. W., «Politische Steuerung und politische Institution»: *Politische Vierteljahresschrift* 30 (1989), pp. 10-21.
- Scharpf, F. W., «Politische Steuerung und politische Institution», en H. H. Hartwich (1989), pp. 17-29.
- Schattschneider, E. E., *The Semisovereign People*, New York, 1960.
- Scheit, H., *Wahrheit - Demokratie - Diskurs*, Freiburg Br., 1987.
- Schelling, Th., *Micromotives and Macrobehavior*, New York, 1978.
- Schelsky, H., *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980.
- Schlosser, H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, 1982.
- Schluchter, W., *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, Tübingen, 1979.
- Schluchter, W., *Religion und Lebensführung*, Frankfurt a. M., 1988.
- Schluchter, W., «Beiträge zur Werttheorie», en Id. (1988).
- Schmidt, E., «Von der Privat- zur Sozialautonomie»: *Juristenzeitung* 35 (1980).
- Schmidt, J., «Zur Funktion der subjektiven Rechte»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 57 (1971), pp. 383-396.
- Schmidt, W., *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982.

- Schmidt-Assmann, E., «Der Rechtsstaat», en J. Isensee y P. Kirchhoff (1987).
- Schmitt, C., «Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy» [1926], en Id., *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, 1990.
- Schmitt, C., *Verfassungslehre*, Berlin, 1928.
- Schmitt, C., *La defensa de la Constitución* [1931], Madrid, 1983.
- Schmitt, C., *Sobre los modos del pensamiento jurídico* [1934], Madrid, 1996.
- Schnädelbach, H., «Was ist Neoaristotelismus?», en W. Kuhlmann (1986).
- Schnur, R. (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, 1964.
- Schulin, E., *Die Französische Revolution*, München, 1988.
- Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia* [1950], Barcelona, 1988.
- Schüssler-Fiorenza, E., «Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft», en E. Ahrens (1989), pp. 15-144.
- Sen, A., «Rational Fools»: *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977).
- Shuck, P. H. y Smith, R. M., *Citizenship without Consent*, New Haven, 1985.
- Shue, H., «Mediating Duties»: *Ethics* 98 (1988), pp. 687-704.
- Simitis, S., «Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen», en F. Kübler (1984), pp. 73-166.
- Simitis, S., «Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?», en J. Rüsen et al. (1988).
- Simitis, S., «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen»: *Sinzheimer Cahiers* 2 (1991), pp. 7-42.
- Simon, H., «Rational Decision Making in Business Organizations», en *Models of Bounded Rationality II*, Cambridge, Mass., 1982.
- Smart, C., *Feminism and the Power of Law*, London, 1989.
- Smith, T., *The Role of Ethics in Social Theory*, Albany, NY, 1991.
- Starck, Ch. (ed.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen, 1987.
- Starobinski, J., *Los emblemas de la razón* [1988], Madrid, 1988.
- Steiner, H. J., *Moral Argument and Social Vision*, Madison, Wisc., 1987.
- Suhr, D., «Staat - Gesellschaft - Verfassung»: *Der Staat* 17 (1978).
- Summers, R. S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982.
- Summers, R. S., *Lon Fuller*, Stanford, 1984.
- Sunstein, C. R., «Interest Groups in American Public Law»: *Stanford Law Review* 38 (1985).
- Sunstein, C. R., *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass., 1990.
- Taylor, Ch., *Negative Freiheit?*, Frankfurt a. M., 1988.
- Taylor, Ch., «Legitimationskrise», en Id. (1988).
- Taylor, Ch., «Was ist menschliches Handeln?», en Id. (1988).
- Taylor, Ch., *Sources of the Self*, Cambridge, Mass., 1985.
- Taylor, Ch., «The Liberal-Communitarian Debate», en N. Rosenblum (1989).
- Teubner, G., «Reflexives Recht»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 68 (1982).
- Teubner, G., «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Law and Society Review* 17 (1983).
- Teubner, G., «Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en F. Kübler (1984), pp. 289-344.
- Teubner, G. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986.
- Teubner, G. (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988.
- Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989.
- Teubner, G., «Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 54 (1990), pp. 140-161.
- Teubner, G., «Die Episteme des Rechts», en D. Grimm (1990).
- Thadden, R. von, «Die Botschaft der Brüderlichkeit», en *Süddeutsche Zeitung* del 26/27 de noviembre de 1988.
- Thompson, J. B., *Ideology and Modern Culture*, Cambridge, 1990.
- Tohidipur, M. (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat I*, Frankfurt a. M., 1978.
- Toulmin, St., *Der Gebrauch von Argumenten*, Kronberg, 1975.
- Toulmin, St., Rieke, R. y Janik, A., *An Introduction to Reasoning*, New York, 1979.
- Tribe, L. H., «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories»: *Yale Law Journal* 89 (1980), pp. 1063-1080.
- Trubek, D. M. y Esser, J. P., «Critical Empiricism and American Critical Legal Studies», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (1989).
- Tugendhat, E., *Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt a. M., 1976.
- Tugendhat, E., *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung*, Frankfurt a. M., 1979.
- Tuori, K., «Discourse Ethics and the Legitimacy of Law»: *Ratio Juris* 2 (1989), pp. 125-143.
- Turner, B. S., *Citizenship and Capitalism*, London, 1986.
- Unger, R. M., *Law and Society*, New York, 1976.
- Unger, R. M., *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass., 1986.
- Varain, H. J., «Die Bedeutung des Mehrheitsprinzips», en B. Guggenberger y C. Offe (1984).
- Voigt, R. (ed.), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt a. M., 1983.
- Vollrath, E., *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*, Stuttgart, 1977.
- Walzer, M., *Spheres of Justice*, New York, 1983.
- Walzer, M., «The Communitarian Critique of Liberalism»: *Political Theory* 18 (1990).
- Weber, M., *Economía y sociedad* [1956], México, 1993.
- Weber, M., *Rechtssozologie* (J. Winckelmann, ed.), Neuwied, 1960.
- Weber, M., *Methodologische Schriften*, Frankfurt a. M., 1968.
- Weber, M., «Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie», en Id. (1968).
- Weber, W., *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Stuttgart, 1951.
- Weinberger, O., «Der Streit um die praktische Vernunft», en W. Maihofer y G. Sprenger (1993), pp. 29-47.
- Wellmer, A., *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso* [1986], Barcelona, 1994.
- Wellmer, A., «Models of Freedom in the Modern World»: *The Philosophical Forum* XXI (1989/90), pp. 227-252.

- Wellmer, A., «Konsens als Telos sprachlicher Kommunikation?», en H. J. Giegel (1992), pp. 18-30.
- Wesel, U., *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1985.
- Westbrook, R. B., *J. Dewey and American Democracy*, Ithaca, 1991.
- Wieacker, E., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.
- Wieacker, E., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., 1974.
- Wieacker, E., «Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft», en Id. (1974).
- Wiethölter, R., «Proceduralization of the Category of Law», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (1989), pp. 501-510.
- Wieacker, E., «Ist unserem Recht der Prozess zu machen?», en A. Honneth *et al.* (1989), pp. 794-812.
- Willke, H., *Ironie des Staates*, Frankfurt a. M., 1952.
- Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M., 1906.
- Wingert, L., *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt a. M., 1993.
- Winzeler, R., *Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht*, Bern, 1983.
- Wroblewski, J., «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision»: *Rechtstheorie 5* (1974).
- Young, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990.
- Zacher, H. E., «Verrechtlichung im Bereich des Sozialen», en F. Kübler (1984), pp. 14-72.

ÍNDICE DE AUTORES*

- | | |
|--|--|
| Aarnio, A.: 301 s. | Bataille, G.: 86 |
| Abendroth, W.: 548 ss. | Baur, F.: 475 |
| Ackerman, B.: 351 s., 386 ss. | Baynes, K.: 121 |
| Adorno, Th. W.: 37, 47 | Beck, U.: 518 |
| Ahrens, E.: 445 | Becker, W.: 366 ss. |
| Alexy, R.: 274, 278, 301 ss., 315, 327, 329, 332, 481, 483, 498, 544, 552, 659 | Beiner, R.: 215, 228, 356 |
| Althusser, L.: 111 | Benhabib, S.: 110, 386, 390, 510 |
| Altman, A.: 284, 569 | Benjamin, W.: 86, 594, 616 |
| Amnistía Internacional: 444 | Bernbach, U.: 407 |
| Apel, K.-O.: 58, 76, 127, 171, 298, 401, 556, 558, 579 | Bernstein, E.: 605 |
| Arato, A.: 448, 450 ss., 457, 465 | Bernstein, R.: 126 |
| Arendt, H.: 178, 214 ss., 343, 373, 441, 450, 594, 608, 611, 636, 642 | Bethge, H.: 486 |
| Arens, P.: 308 | Bibo, I.: 452 |
| Aristóteles: 63, 71, 107, 101, 160 s., 393, 536, 553 s., 626, 629, 652 | Blankenagel, A.: 354 |
| Arnaud, A. J.: 297 | Blühdorn, J.: 581 |
| Aron, R.: 630 | Blumler, G.: 459 |
| Assmann, H. D.: 472 | Bobbio, N.: 379 s., 393, 410, 448 |
| Atiyah, P. S.: 479 | Böckenförde, E. W.: 148, 202, 243, 317, 319 ss., 327 s., 331, 336, 502 |
| Austin, J.: 570, 573 | Bodino, J.: 22, 277 |
| Babeuf, F.: 603 | Böhm, F.: 478 |
| Bachrach, B.: 410 | Bonald, L. de: 614 |
| Bales, R. F.: 206 | Boyle, J.: 284 |
| Barbalet, J. M.: 142, 634 | Brest, P.: 330, 339 |
| | Broda, C. H.: 552 |
| | Brüggemeier, G.: 493 s. |
| | Brüneck, A. v.: 254 |
| | Brunlik, M.: 660 |
| | Brunkhorst, H.: 401, 616, 660 |

* Las páginas indicadas en cursiva corresponden a la Introducción.

- Bubner, R.: 58
 Buchanan, A. E.: 121
 Büchner, G.: 597
 Burke, E.: 614
- Calhoun, C.: 385, 390, 446
 Carens, J. H.: 640, 642
 Cobb, R.: 460 s.
 Cochín: 596
 Cohen, J.: 381 ss., 448, 450 ss., 457, 465
 Coing, H.: 152, 155, 581
 Condorcet, marqués de: 109
 Connolly, W. E.: 383
 Czybulka, D.: 262
- Dahl, R.: 364, 393 ss., 398 ss.
 Daniels, N.: 148
 Danton: 597
 Denninger, E.: 222, 241, 317 ss., 321 ss., 325, 332, 519, 552 s.
 Derrida, J.: 59, 280
 Descartes, R.: 36
 Deutsch, K.: 398
 Dewey, J.: 20, 239, 380 s., 394
 Dilthey, W.: 162
 Dippel, H.: 603
 Döbert, R.: 135
 Donoso Cortés, J.: 30, 606
 Downs, A.: 412
 Dreier, R.: 92, 266, 274, 465, 586
 Droysen, J. G.: 162
 Dryzek, J. S.: 447
 Dubiel, H.: 465, 529, 617
 Durkheim, É.: 18, 85, 88, 130, 132, 139, 141, 276
 Dworkin, R.: 15, 127 s., 221, 266 ss., 272 ss., 293 ss., 301 s., 304, 311, 316, 321, 329, 332, 339, 372, 465, 545, 559, 569 s.
- Edelstein, W.: 556
 Eder, K.: 135, 209, 576
 Eisenstadt, S. N.: 448
 Elder, Ch.: 460
 Ellscheid, G.: 270
 Elster, J.: 233 s., 387, 408, 415 ss., 433
 Ely, J. H.: 330, 337 ss., 348, 352, 561
 Engels, F.: 254, 603, 604
 Enneccerus, L.: 151
 Esser, J.: 269, 284, 585
 Euchner, W.: 197
 Ewald, F.: 144
- Faber, H.: 517
 Federico II de Prusia: 32
 Ferguson, A.: 107
 Ferrajoli, L.: 15
 Fetscher, I.: 107
 Fiss, O.: 296
 Foro de Filosofía de Bad Homburg: 401, 589, 613
 Forst, R.: 62, 178, 481
 Forsthoff, E.: 244, 517, 548 s., 567
 Foucault, M.: 34, 111
 Fraenkel, E.: 250, 254
 Frankenberg, G.: 62, 248, 287, 465, 529
 Frankfurt, H.: 330
 Fraser, N.: 385, 390, 392
 Frege, G.: 72 ss., 96
 Friedeburg, L. v.: 517
 Friedman, L. M.: 476, 479
 Fröbel, J.: 600, 601, 610
 Fuller, L.: 211, 291, 549, 570
 Furet, F.: 589 s., 593, 596
- Gadamer, H.-G.: 15, 162, 228, 268, 280, 331
 Gaulle, Ch. de: 630
 Gehlen, A.: 64, 85, 619
 Gerber, C. F. W. v.: 582
 Gerhards, J.: 443, 455
 Giddens, A.: 142
 Giegel, H. J.: 78, 88
 Glotz, P.: 621
 Glusy, Ch.: 248
 Göhler, G.: 258, 497, 550
 Görlitz, A.: 536
 Goodin, R.: 639
 Goodman, D.: 446
 Gordon, R. W.: 568
 Gramsci, A.: 448
 Grawert, R.: 624, 625, 626
 Greenpeace: 444
 Grefrath, M.: 617
 Grimm, D.: 116, 243, 317, 323, 325, 472, 513, 515 s., 518 s., 527
 Grupo de trabajo «Nueva Constitución de la DDR»: 47
 Günther, K.: 57, 62, 158, 174, 185, 230, 278, 287 ss., 292, 294 s., 302, 304, 307, 332, 513 s., 522, 558, 585, 620
 Guggenberger, G.: 248
 Gunsteren, H. R. van: 641, 642
 Gurevitch, M.: 459

- Habermas, J.: 9 ss., 13 s., 15 ss., 34, 37, 47 s., 50, 54 s., 58, 60, 62, 65, 67, 70, 75, 78, 84, 86, 120, 122, 129, 136 s., 146, 155, 162, 174 s., 209, 210, 214, 224, 227, 235, 244, 252 s., 280, 288, 292, 299, 302 s., 330, 353, 385, 389, 390, 402, 418, 419, 427, 443, 445 s., 451 s., 455, 465, 492, 500, 517, 526, 530, 539, 576, 587, 593, 608, 611, 621, 651, 655, 658 s.
- Häberle, P.: 294, 320, 354, 494
 Hall, St.: 458
 Hamlin, A.: 381
 Hankiss, E.: 449
 Harrington, J.: 341
 Hart, D.: 486, 493
 Hart, H. L. A.: 15, 17, 148, 212, 271 s., 278, 544, 565, 570
 Hartig, A. I.: 590
 Hartmann, N.: 327
 Hartwich, H. H.: 407, 413
 Hassemer, W.: 57, 269 s.
 Hayeck, F. A. v.: 220
 Hegel, G. W. F.: 20, 35 ss., 41 ss., 45 ss., 57, 59, 63, 65, 71 s., 106, 108 s., 121, 123, 129, 139, 300, 422, 447, 602, 604
 Heidegger, M.: 161
 Held, D.: 143, 372, 416, 418, 421
 Heller, H.: 548, 582
 Hellesnes, J.: 239
 Herberger, M.: 289
 Herder, J. G.: 36
 Hércules: 282 ss., 293 s., 299
 Hesse, K.: 241, 317, 478, 480 ss., 625
 Hilgartner, St.: 462
 Hilpinen, R.: 297
 Hirsch, J.: 519
 Hobbes, Th.: 22, 34, 64, 88, 90, 106, 108, 155 ss., 192, 204, 253, 341, 415, 426, 541, 543, 579
 Höffe, O.: 59, 157 s., 174, 654
 Hoerster, N.: 573
 Hofmann, H.: 517
 Holmes, St.: 15, 387
 Honneth, A.: 413, 472, 511, 660
 Horkheimer, M.: 37, 47
 Hoy, D. C.: 280
 Huber, E. R.: 549
 Huber, H.: 320, 327
 Humboldt, A. v.: 75
- Husserl, E.: 70, 72, 74, 84, 110, 427
 Hylland, A.: 415
- Ihering, R. v.: 151, 538
 Isensee, J.: 241, 626
- Janik, A.: 281, 297
 Jefferson, Th.: 20, 127
 Jellinek, G.: 494
 Joeges, Ch.: 284 s., 494, 517
 Johnson, J.: 418
 Jung, H.: 57
- Kaase, M.: 458
 Kahn, P. W.: 341
 Kahn-Freund, O.: 470
 Kallscheuer, O.: 605
 Kant, I.: 20, 25 ss., 45, 53 s., 57, 71 s., 90 s., 94 s., 107, 132, 148 ss., 155 s., 158 s., 165 ss., 170 s., 175, 177 s., 186, 189, 205, 215, 232, 239, 257 s., 373, 305, 323, 420, 481, 536, 542 s., 554, 558, 579 ss., 584, 598, 604, 622 ss., 643, 647, 652, 654
 Kaufmann, A.: 303, 585
 Keane, J.: 448, 460
 Kelsen, H.: 15 ss., 24, 30, 151 s., 271, 314 ss., 548, 570, 574
 Kersting, W.: 580
 Kennedy, D.: 286 s.
 Kettner, M.: 58
 Keynes, J. M.: 16, 41, 47
 Kielmannsegg, P.: 630
 Kierkegaard, S.: 161
 Kirchhoff, P.: 241, 626
 Kleger, H.: 617
 Knell, S.: 645
 Knieper, R.: 530
 Koch, H. J.: 196
 Köndgen, J.: 485, 487
 Kohlberg, L.: 135, 556, 559, 575 s.
 Koller, P.: 185
 Koselleck, R.: 593
 Koslowski, P.: 121
 Kress, K. J.: 290
 Kreuder, Th.: 528
 Kriele, M.: 203, 225, 241, 569
 Kuhlmann, W.: 554
 Kübler, F.: 424, 473 ss., 496, 500, 528, 536 s.
 Kuhn, Th.: 351
 Kunig, Ph.: 242

- Laband, P.: 582
 Laker, Th.: 465
 Langer, C.: 205
 Larmore, Ch.: 387 ss., 655 s.
 Lazarsfeld, P.: 458
 Lefort, C.: 529
 Leiris, M.: 86
 Lenin, V. I.: 604, 615
 Lepenies, W.: 110
 Lepsius, M. R.: 621, 623, 631
 Lévi-Strauss, C.: 111
 Lichtenberg, J.: 459
 Lösche, P.: 606
 Locke, J.: 20, 22, 27, 36, 107, 341, 372,
 598 s., 626, 652
 Löwith, K.: 109
 Lübke, H.: 596
 Lüdderssen, K.: 406
 Luhmann, N.: 17, 59, 64, 68, 110, 112
 ss., 120, 136 s., 139, 145, 175, 264,
 413 s., 422, 427, 563 ss., 574, 607,
 656
 Luis XVI: 32
 Lukács, G.: 37
 Lutero, M.: 36
- MacCormick, N.: 266
 MacIntyre, A.: 228, 390
 MacKinnon, C. A.: 504, 510
 MacLean, J.: 449
 Macpherson, C. B.: 107, 541
 Maistre, J. de: 614
 Maier, Ch. S.: 464
 Maihofer, W.: 303, 583
 Malachowski, A.: 126
 Malthus, Th. R.: 41, 47
 Mandeville, B. de: 26
 Manin, B.: 353
 Mansbridge, J.: 412
 Maquavelo, N.: 204, 341
 Marat, J. P.: 603
 March, J. G.: 407
 Markov, W.: 589
 Marshall, T. H.: 142 s., 631, 632
 Marx, K.: 20, 37, 39, 41 s., 47, 51 s., 59
 s., 63, 107 ss., 121, 253 s., 323, 402,
 447, 541, 603, 604, 615
 Mashaw, J. L.: 256, 259 s.
 Maus, I.: 62, 202, 220, 258 s., 319, 327,
 333, 335, 377, 497, 528, 548, 550,
 582, 620, 647
 Mayntz, R.: 116
- McCarthy, J. E.: 76
 McCarthy, Th.: 62
 McMurrin, St.: 148
 Mead, G. H.: 230, 413, 556
 Menke-Eggers, Ch.: 617
 Mestmäcker, E. J.: 492
 Merry, H. J.: 436
 Michelman, F.: 154, 165, 267, 294 s.,
 340, 341 ss., 345, 347 s., 352 ss.,
 356, 358 ss., 561, 569
 Mill, J. St.: 239, 600
 Millar, J.: 107
 Minda, G.: 294
 Minow, M.: 510
 Mohl, E. Th.: 202, 582, 604
 Molesworth, W.: 155, 157
 Montefiori, A.: 449
 Moon, J. D.: 386, 391
 Moore, G. E.: 72
 Morley, D.: 458
 Müller, D.: 641
 Müller, R.: 617
 Münch, R.: 116, 144
 Münkler, H.: 107
- Napoleón: 40, 603
 Naucke, W.: 244, 546 s.
 Naumann, F.: 606
 Negt, O.: 604
 Neidhardt, F.: 443, 455
 Neumann, U.: 269, 291, 303 s., 517,
 584
 Nietzsche, F.: 47
 Nunner-Winkler, G.: 556
- Oehler, Ch.: 517
 Offe, C.: 248, 413, 421, 464, 549
 Ogorek, R.: 545
 Olsen, J. P.: 407
 O'Neill, O.: 657
- Paine, Th.: 107
 Papier, H. J.: 486
 Parsons, T.: 18, 37, 39, 88, 106, 130 ss.,
 138 ss., 206, 210, 294, 397, 443
 Pateman, C.: 355
 Peirce, Ch.: 72, 75 ss., 80, 96, 298
 Perelman, Ch.: 301
 Perry, M. J.: 330 s., 356
 Peters, B.: 62, 68, 106, 130, 274, 397,
 398, 401, 403, 408, 434 ss., 520
 Pettit, B.: 381
- Piaget, J.: 135, 578
 Pitkin, H.: 355
 Platón: 74, 96, 171 s.
 Pocock, J. G. A.: 341
 Popper, K.: 74
 Posposill, L.: 208, 575
 Preuss, U.: 320 s., 472, 501 s., 531, 553,
 613
 Puchta, G. F.: 150, 583
 Puhle, H. J.: 614
 Putnam, H.: 97 s.
 Raiser, L.: 153, 206, 208, 475, 478, 480,
 482
 Rajchaman, J.: 98
 Ramm, Th.: 470
 Raschke, J.: 463
 Rawls, J.: 16, 20, 24, 106, 121 ss., 135,
 141, 145, 148, 224, 247, 272, 372,
 389 s., 464 s., 556, 586, 640, 647,
 649
 Raz, J.: 15
 Regelsberger: 151
 Rehbinder, E.: 493
 Rehg, W.: 174
 Renan, E.: 622
 Rhode, D. I.: 504, 512
 Ricardo, D.: 41, 108, 121
 Richards, D. A. J.: 339
 Richet, D.: 589
 Ridder, H.: 320
 Rieke, R.: 281, 297
 Ritter, J.: 341, 581
 Robespierre, M. de: 40, 615
 Rödel, U.: 248, 465, 529
 Rogers, J.: 383
 Rolke, L.: 462
 Roniger, L.: 448
 Rorty, R.: 24, 98, 126 s.
 Rosenblum, N.: 252, 386, 627
 Ross, J. K.: 460 s.
 Ross, M. H.: 460 s.
 Rotteck, K. v.: 202
 Rousseau, J.-J.: 20, 22, 94, 159, 161,
 165 ss., 192, 205, 257, 341, 352 s.,
 377, 543, 584, 592, 598 ss., 604,
 613, 623, 652
 Roux, J.: 603
 Royce, J.: 171
 Rüsen, J.: 497
 Rütters, B.: 152
 Rupp, H. H.: 485, 489 s.
 Russell, B.: 72
- Sachße, Ch.: 502
 Saint-Just, L. de: 40
 Saint-Simon, conde de: 51
 Salgo, R.: 552
 Sartre, J.-P.: 161, 400, 427
 Savigny, F. C. v.: 150 s., 153, 155 s.,
 581, 583
 Scharpf, F.: 410, 413
 Schanzscheider, E. E.: 436
 Scheit, H.: 225
 Scheler, M.: 64, 327
 Schelling, Th.: 415, 420
 Schelsky, H.: 220
 Schleiermacher, F.: 162
 Schlosser, H.: 572
 Schluchter, W.: 135 s., 572
 Schmidt, E.: 495
 Schmidt, J.: 152
 Schmidt, W.: 517
 Schmidt-Assmann, E.: 241
 Schmitt, C.: 30, 34, 48, 220, 244, 253
 s., 314 s., 328, 517, 548, 596, 606
 Schnädelbach, H.: 554
 Schnur, R.: 242
 Schüssler-Fiorenza, E.: 445
 Schulin, E.: 589 s.
 Schulz, W.: 458
 Schumpeter, J. A.: 410
 Sen, A.: 412
 Serra, F.: 645
 Shils, E.: 206
 Shuck, P. H.: 625
 Shue, H.: 182, 639
 Sieyès, E. J.: 622
 Simitis, S.: 492, 496 s., 499
 Simmel, G.: 37 ss.
 Simon, H.: 415
 Slagstad, R.: 387
 Smart, C.: 510
 Smith, A.: 102, 108, 121
 Smith, R. M.: 625
 Smith, T.: 447
 Spaemann, R.: 235
 Starck, Ch.: 517
 Starobinski, J.: 596
 Steiner, H. J.: 474, 479, 487
 Suhr, D.: 243
 Sumners, R. G.: 211, 270, 291, 549
 Sunstein, C. R.: 324 ss., 350 s., 358 s., 361
- Taylor, Ch.: 252, 330, 341, 595, 626 ss.,
 651

Teubner, G.: 112, 116 ss., 424, 468, 493, 537 s., 546	539, 541 ss., 545 ss., 553, 555, 558, 562 s., 567, 570, 572, 578
Thadden, R. v.: 592	Weber, W.: 144
Thompson, J. B.: 459	Weinberger, O.: 303
Thon: 151	Weischedel, J.: 28
Tocqueville, A. de: 591, 599	Welcker, K. Th.: 202, 582
Tobhidipur, M.: 258, 582	Wellmer, A.: 78, 174, 196, 611, 658, 660
Tomás de Aquino: 160	Wertz, F.: 517
Toulmin, St.: 281, 297, 299	Wesel, U.: 138, 208, 574
Touraine, A.: 451	West, C.: 98
Tribe, L. H.: 339 s.	Westbrook, R. B.: 239
Trubek, D. M.: 284, 494, 517	Wieacker, F.: 264, 470 s., 553, 577
Tugendhat, E.: 74, 161	Wiethölter, R.: 292, 472, 494
Tuori, K.: 500	Willke, H.: 408, 415, 422 ss., 427 ss., 433
Turner, B. S.: 142, 634	Winch, P.: 449
Unger, R. M.: 284, 568, 571	Winckelmann, J.: 135
Varain, H. J.: 248	Windscheid, B.: 151, 581
Vico, G.: 109	Wingert, L.: 62, 96, 177, 400, 658
Voigt, R.: 536	Winzeler, R.: 625
Vollrath, E.: 228	Wittgenstein, L.: 272
Walzer, M.: 383 s., 641	Wroblewski, J.: 268, 297
Wassermann, R.: 552	Young, I. M.: 503, 510
Weber, M.: 18, 37, 47, 106, 130 ss., 144, 212, 215, 373, 471, 535 ss.,	Zacher, H. F.: 500

ÍNDICE GENERAL

Contenido	7
INTRODUCCIÓN: <i>Manuel Jiménez Redondo</i>	9
1. La estructura del libro	9
2. La «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» de 1789	19
3. La idea de un «estado jurídico» democrático	25
4. La irreconciliabilidad de la modernidad política	35
4.1. La «eticidad perdida en sus extremos»	37
4.2. Los «derechos del hombre» y la «sociedad civil»	39
4.3. «Dialéctica de la sociedad civil» y Revolución	41
4.4. «Voluntad general» y Estado	42
5. De Hegel a Kant a través de Marx	47
<i>Prefacio</i>	57
I. EL DERECHO COMO CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN SOCIAL ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ	63
I. Significado y verdad: la tensión entre facticidad y validez, inmanente al lenguaje	71
II. Transcendencia desde dentro: neutralización del riesgo de disenso (mundo de la vida, sociedades arcaicas) .	78
III. Dimensiones de la validez jurídica	90
II. CONCEPCIONES SOCIOLOGICAS DEL DERECHO Y CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DE LA JUSTICIA	105
I. El desencantamiento del derecho por las ciencias sociales	106

II. Retorno del derecho natural racional e impotencia del deber	121	III. Sobre la traducción sociológica del concepto normativizante de política deliberativa	393
III. Parsons <i>vs.</i> Weber: la función sociointegradora del derecho	130	VIII. SOBRE EL PAPEL DE LA SOCIEDAD CIVIL Y DE LA OPINIÓN PÚBLICA ..	407
III. RECONSTRUCCIÓN INTERNA DEL DERECHO (I): EL SISTEMA DE LOS DERECHOS	147	I. Teorías sociológicas de la democracia	409
I. Autonomía privada y autonomía pública, derechos del hombre y soberanía popular	150	II. Un modelo de la circulación del poder político	421
II. Normas morales y normas jurídicas: sobre la relación de complementación entre moral racional y derecho positivo ..	169	III. La sociedad civil y sus actores, la opinión pública y el poder comunicativo	439
III. Fundamentación de los «derechos fundamentales» en términos de la teoría del discurso: «principio de discurso», «forma jurídica» y «principio democrático»	184	IX. PARADIGMAS DEL DERECHO	469
IV. RECONSTRUCCIÓN INTERNA DEL DERECHO (II): LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO	199	I. «Materialización» del derecho privado	473
I. La conexión constitutiva entre derecho y política	200	II. Sobre la dialéctica de igualdad jurídica e igualdad fáctica. El caso de las políticas feministas de equiparación	492
II. Poder comunicativo y producción legítima del derecho ..	218	III. Crisis del Estado de derecho y comprensión procedimental del derecho	512
III. Principios del Estado de derecho y lógica de la división de poderes	237		
V. INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y RACIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	263		
I. Hermenéutica, realismo y positivismo	267		
II. La «teoría de los derechos» de Dworkin	281		
III. Sobre la teoría del discurso jurídico	293		
VI. JUSTICIA Y LEGISLACIÓN: SOBRE EL PAPEL Y LEGITIMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	311		
I. Disolución del paradigma jurídico liberal	313		
II. Normas <i>vs.</i> valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional	326		
III. El papel de la jurisdicción y jurisprudencia constitucional en la comprensión liberal, en la comprensión republicana y en la comprensión procedimental de la política	340		
VII. POLÍTICA DELIBERATIVA: UN CONCEPTO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA	363		
I. Modelos normativos <i>vs.</i> modelos empiristas de la democracia	365		
II. El procedimiento democrático y el problema de su neutralidad	379		
		COMPLEMENTOS Y ESTUDIOS PREVIOS	
		I. DERECHO Y MORAL. (TANNER LECTURES 1986)	535
		¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?	535
		Sobre la idea de Estado de derecho	562
		II. LA SOBERANÍA POPULAR COMO PROCEDIMIENTO (1988)	589
		III. CIUDADANÍA E IDENTIDAD NACIONAL	619
		EPÍLOGO A LA CUARTA EDICIÓN, REVISADA	645
		<i>Bibliografía</i>	663
		<i>Índice de autores</i>	681
		<i>Índice general</i>	687

OTROS TÍTULOS

Luigi Ferrajoli
Derecho y razón.
Teoría del garantismo penal

Norberto Bobbio
Teoría general de la política

Michele Taruffo
La prueba de los hechos

Gustavo Zagrebelsy
Historia y constitución

Paolo Grossi
Mitología jurídica de la Modernidad

Maurizio Fioravanti (editor)
El Estado moderno en Europa.
Instituciones y derecho

Tamar Pitch
Un derecho para dos. La construcción jurídica
de género, sexo y sexualidad

Nicola Matteucci
Organización del poder y libertad.
Historia del constitucionalismo moderno

Alfonso Ruiz Miguel
*Una filosofía del derecho en modelos históricos.
De la Antigüedad a los inicios del constitucionalismo*

José Luis Díez Ripollés
*La racionalidad de las leyes penales.
Práctica y teoría*

Alejandro Nieto y Agustín Gordillo
Las limitaciones del conocimiento jurídico

Luis Prieto Sanchís
Justicia constitucional y derechos fundamentales

Juan-Ramón Capella
Elementos de análisis jurídico

Miguel Carbonell (editor)
Neoconstitucionalismo(s)

Ernesto Garzón Valdés
y Francisco J. Laporta (editores)
El derecho y la justicia

Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel
Filosofía política II. Teoría del Estado

Nicolás María López Calera
*Yo, el Estado. Bases para una teoría
sustancializadora (no sustancialista) del Estado*

Ernst Wolfgang Böckenförde
Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia

Peter Häberle
*Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia,
actualidad y futuro del estado constitucional*

Klaus Adomeit y Cristina Hermida del Llano
*Filosofía del derecho y del estado.
De Sócrates a Séneca*

José Eduardo Faria
El derecho en la economía globalizada

Héctor C. Silveira Gorski (editor)
Identidades comunitarias y democracia

Stephen Shute y Susan Hurley (editores)
De los derechos humanos

Juan-Ramón Capella
*Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica
al estudio del derecho y del estado*

Luigi Ferrajoli (editor)
Los fundamentos de los derechos fundamentales

Carlos María Cárcova
La opacidad del derecho