

LA CONEXIÓN INTERNA ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL SISTEMA DEMOCRÁTICO

(UN ENFOQUE FILOSÓFICO DESDE LAS PERSPECTIVAS
DE JÜRGEN HABERMAS Y JOHN RAWLS)

Alessandro Caviglia*

SUMARIO:

1. La posición de los derechos fundamentales al interior del sistema democrático constitucional.— 2. La justificación de los derechos fundamentales.— 2.1. Kant y los derechos fundados en la razón.— 2.2. *Habermas* y el principio democrático.— 2.3. Rawls y los principios de la justicia. 3. Derechos a la medida del punto de vista moral.— 4. Conclusiones.

Al interior de la cultura política contemporánea, aquello que garantiza que el sistema democrático no devenga lo que tanto el fascismo como el comunismo estalinista denominaban la «dictadura de la mayoría» es un conjunto de dispositivos jurídicos que bajo la forma de *derechos fundamentales* resguardan lo característico de las democracias constitucionales: los derechos y las libertades básicas de cada ciudadano. Lo que distingue este tipo de democracia de otras formas colectivas de ejercicio del poder político es que bajo la forma constitucional no es posible que las mayorías reduzcan a cero a las minorías políticas, religiosas, étnicas, culturales o sociales.

En otras formas de democracias, como las acuñadas bajo el sello del beneficio o la utilidad social, es posible la figura que fascistas y comunistas señalaban de manera retórica. Dichas formas de sistema democrático-utilitario podrían generar sistemas políticos en los que se recortan los derechos fundamentales o de una(s) facción(es) de la ciudadanía, o de la ciudadanía en su conjunto. Gracias a tales recortes es posible que dichos sistemas apoyen, por ejemplo, la suspensión de derechos sociales básicos de un grupo o grupos determinados en vista de que la mayoría considera que tal medida es necesaria para alcanzar el desarrollo económico, o que la ciudadanía como un todo acuerde

renunciar a ciertos derechos y libertades políticas fundamentales en vistas de la seguridad.

Gracias a la implementación de ciertos derechos básicos, en tanto que derechos fundamentales es posible generar la idea, propia de las democracias constitucionales, que permite hacer frente a quienes, con pretensiones en contra de los ideales de la justicia en una democracia constitucional, formulan la siguiente pregunta retórica: «Si todos estamos de acuerdo (o si la mayoría lo está), ¿cómo es posible que no podamos implementar esta reforma en *nuestro* sistema legal?» (donde «esta reforma» significa un recorte de derechos y libertades básicas). Así, los dere-

* Profesor del Departamento de Filosofía y Teología de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres y de la Especialidad de Filosofía de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y de la Escuela de Filosofía de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

chos fundamentales representan aquellos derechos y libertades que no son objeto de comercio político entre las partes. Tales derechos no son negociables, sino que son las condiciones que hacen posibles los acuerdos políticos y legislativos.

Esto, que forma parte de las instituciones políticas fundamentales dentro de la cultura democrática contemporánea, requiere justificación. Si bien en una cultura postmetafísica se han perdido los referentes que nos permitan señalar la *verdad* o *falsedad* de los sistemas morales y jurídicos, es, sin embargo posible ofrecer justificaciones adecuadas. Así, es posible reemplazar las exigencias de *verdad* política, jurídica o moral por las exigencias de *validez* de los sistemas normativos. Tal reemplazo supone que existen márgenes claros que permiten la exclusión de sistemas normativos no válidos. De manera que allí donde no todo vale es posible encontrar criterios que regulen la admisión de los sistemas jurídicos válidos, criterios tales como la coherencia interna del sistema y la articulación con la tradición jurídica y política del occidente moderno. La pregunta central a la que el siguiente texto intenta dar respuesta se plantea en estos términos: «¿es válido el

sistema democrático constitucional, aquél que incorpora un paquete de derechos fundamentales sustraído a toda transacción política?».

En este punto se ha producido una división del trabajo entre las disciplinas: de una parte, corresponde a las disciplinas jurídicas (a las diferentes áreas del Derecho) la producción y la aplicación de las leyes jurídicas, mientras que, por otra, compete a la Filosofía del Derecho la indagación respecto de la validación y justificación de los principios gracias a los cuales se generan y aplican las normas. De manera que la discusión en la que vamos a ingresar corresponde a la Filosofía del Derecho, pues nos preguntaremos por los principios a partir de los que se generan las leyes jurídicas en los sistemas democráticos constitucionales y sobre la validez (y justificación) de tales principios.

En nuestra investigación recurriremos a dos poderosas teorías filosóficas acerca del derecho, la teoría de la democracia deliberativa del alemán Jürgen Habermas y la teoría de la justicia como imparcialidad del estadounidense John Rawls. Tanto Habermas como Rawls presentan teorías del Derecho corta-

das bajo la forma de la democracia constitucional. Investigaremos cómo ambos filósofos justifican el recurso a los derechos fundamentales con la siguiente estrategia: comenzaremos ubicando el lugar que ocupan y el papel que desempeñan los derechos fundamentales al interior de los sistemas democráticos (1), para luego presentar el modo en que Habermas y Rawls justifican tales derechos (2). Seguidamente introduciremos algunas aclaraciones sobre la matriz que comparten Habermas y Rawls, y que denominaremos el *punto de vista moral* (3), para finalizar con algunas conclusiones (4).

Antes de abordar la discusión es necesario puntualizar la relación que existe entre los derechos fundamentales con los derechos humanos, con el fin de evitar equívocos al respecto. Ambos conjuntos de derechos pueden, en ciertas versiones, calzar uno con otro.¹ Sin embargo, es importante no perder de vista que mientras el conjunto de los derechos fundamentales se inscribe al interior de las constituciones políticas de los Estados, los derechos humanos se insertan en el Derecho Internacional Público, ya sea como aspiraciones —como en el caso de la Declaración Universal de 1948— o como figuras

¹ Por ejemplo, en *El derecho de gentes* Rawls presenta una versión de los derechos humanos *básicos* o *derechos de urgencia* que resguardan ámbitos de libertades de los ciudadanos muy cercanos a los ámbitos de libertades que los derechos fundamentales protegen. Así «[e]n el derecho de gentes, [...], los derechos humanos constituyen una clase especial de derechos de urgencia, como la libertad contra la esclavitud y la servidumbre, la libertad de conciencia, y la protección de grupos étnicos frente al genocidio y la masacre»; y entre las funciones de los derechos humanos señala Rawls que su papel es «restringir las justificaciones para librar la guerra y regulan su conducción, y establecen límites a la autonomía interna del régimen [político]». RAWLS, John. *El derecho de gentes* y «una revisión de la idea de razón pública». Barcelona: Paidós, 2001, p. 93 (el subrayado es nuestro). Tanto la libertad de conciencia como la protección de grupos étnicos y minorías culturales y políticas constituyen también tareas encargadas, por decirlo de algún modo, a los derechos fundamentales. De la misma manera sucede con la restricción de la autonomía política interna de los gobiernos.

vinculantes entre Estados al interior de la comunidad internacional como los pactos y convenios en derechos humanos.² Pero, la relación directa entre ambos sistemas de derechos se produce cuando los Estados recogen las aspiraciones encarnadas en los derechos humanos y las integran a sus constituciones bajo la modalidad de derechos fundamentales.

1. LA POSICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL INTERIOR DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Como vimos arriba, los derechos fundamentales cumplen la función de resguardar los derechos y las libertades básicas de los ciudadanos al interior de los Estados democráticos contemporáneos. Operan, entonces, a modo de dominios y parapetos con los que cuentan los ciudadanos contra las arremetidas que pueden provenir del frente del sistema administrativo (o poder administrativo) del Estado o del sistema del mercado (o poder del dinero y el capital articulado en el sistema de mercado libre). Ambos sistemas, a través de la di-

námica que les es inherente, constituyen constantes amenazas contra los derechos de los ciudadanos y las libertades que tales derechos protegen.

Ha sido una característica de la tradición política liberal el velar por tales derechos básicos, primero, bajo la forma de dominios o defensas contra las arremetidas del Estado y, posteriormente, incluyendo los resguardos contra la intromisión del poder del dinero en la autonomía privada y pública de los ciudadanos. Así, podríamos decir, extrayendo la terminología de la teoría de los derechos humanos, se abren dos grandes generaciones de derechos fundamentales, los derechos civiles y políticos (D.C.P.) y los derechos económicos, sociales y culturales (D.E.S.C.). Los primeros protegen la libertad y la autonomía de los ciudadanos contra el Estado, mientras que los segundos complementan dicha protección otorgando defensas a los ciudadanos contra las arremetidas del sistema económico.

Sin embargo, a inicios de la tradición liberal, hacia el siglo XVII,

los dispositivos legales en contra del uso tiránico del poder, incorporados en los paquetes de derechos como derechos políticos y civiles tenían como función secundaria garantizar el libre juego de ciudadanos propietarios en el sistema de mercado. El sistema democrático en este primer momento se articula sobre la distinción del cuerpo social en dos esferas. De una parte se encuentra el Estado, capaz de imponer las leyes del derecho por medio del poder coercitivo que le brinda el monopolio de la violencia; del otro, la sociedad civil donde se articula el sistema económico con el conjunto de asociaciones libres y profesionales.

Es necesario señalar que, fruto del descrédito que sufrieron las instituciones tradicionales, como la religión o las monarquías premodernas, el sistema de normas que constituyen el Derecho necesitó de una ficción racional para justificarse. Tales instituciones entran en crisis gracias al proceso de secularización y *racionalización* de la vida que se consolidó desde el siglo XVII en la cultura de Occidente. Dicho proceso de *racionali-*

² Además, el récord de los gobiernos en derechos humanos es tomado en cuenta para evaluar su legitimidad al interior de la comunidad de naciones. La tesis y la exigencia de hacer reposar la legitimidad de los Estados en su situación respecto de los derechos humanos es una *política* que se está desarrollando en la comunidad internacional. Ejemplos de tal política los encontramos en la exigencia que pendió sobre Turquía para ser aceptada como miembro de la Comunidad Europea. Como es sabido, la Comunidad Europea exigió al gobierno turco su puesta al día en la ratificación de pactos y convenios en derechos humanos. Respecto a la discusión filosófica sobre el lugar que ocupan los derechos humanos en la legitimidad de los Estados en el orden internacional, pueden revisarse los artículos de Allen Buchanan, *Recognitional legitimacy and the State System* y de Chris Naticchia, *Recognition and legitimacy: a reply to Buchanan*, en la revista *Philosophy & Public Affairs*, vol. 28, n.º 1 y 3.

En su *Derecho de gentes*, John Rawls incorpora esta práctica en el Derecho Internacional reciente y subraya la necesidad de respetar derechos humanos de su población que los Estados tienen para ser reconocidos en su autonomía y, consecuentemente, legitimados. Respecto de la función de los derechos humanos en el derecho de gentes, Rawls señala que tales derechos «establecen límites a la autonomía interna del régimen [del Estado]», y más abajo se precisa que «1. Su cumplimiento es condición necesaria de la decencia de las instituciones políticas y del orden jurídico de una sociedad. 2. Su cumplimiento es suficiente para excluir la intervención justificada de otros pueblos a través de sanciones diplomáticas y económicas o *manu militari*». *Op. cit.*, pp. 93-94.

zación de la vida social es lo que desde Weber se conviene en denotar como *desencantamiento* del mundo de la vida.

El artificio que requirió el derecho, desde entonces, para encontrar su justificación fue la idea de contrato, gracias al cual la sociedad abandona el estado de naturaleza en el que se encontraba (estado en el cual los individuos tenían libertades y derechos de modo provisional y bajo constantes amenazas, y que es como un estado de guerra efectiva o latente). La sociedad abandona tal estado de naturaleza para ingresar en un estado civil gracias a que los individuos renuncian a sus libertades ilimitadas para adquirir un paquete de libertades limitadas, pero iguales para todos, garantizadas por el hecho de que el Estado tiene el monopolio de la fuerza.

Aquí surge la idea fundamental del Derecho moderno: éste se constituye como un sistema de derechos que garantiza un paquete de libertades iguales para todos. Tal derecho se concibe como derecho positivo que alcanza lo que Habermas llama *facticidad*³ gracias al poder coactivo que le viene desde el Estado. El Estado, como monopolizador de la fuerza, impone, por así decir, sobre el cuerpo social el derecho universal e igualitario que se da bajo la forma de derecho positivo. Este derecho universal e igualitario se encuentra desligado

de toda imagen metafísica o religiosa que podría provenir de un mundo *aun encantado*, como sucedía con el derecho convencional. Muy por el contrario, como fruto de un mundo de vida que ha sufrido el proceso de racionalización que la modernización de la sociedad significó, el derecho adquiere la forma postconvencional propia de una cultura moderna postmetafísica.

La ficción del contrato permitió a la modernidad temprana articular el derecho a la medida del sistema económico. El sistema del derecho defendería a los ciudadanos de la intromisión del poder estatal. Los derechos del hombre y del ciudadano, como la libertad de propiedad, de conciencia, la libertad de contratación y el libre desplazamiento por el territorio nacional presentarían las condiciones indispensables para la consolidación del sistema de mercado. De modo que los derechos fundamentales se organizaron en función de proteger las libertades y propiedades de la ya potente burguesía dentro del Estado democrático burgués.

Las luchas por el reconocimiento de derechos que se desarrollaron a lo largo del siglo XIX y XX introdujeron dentro del paquete de derechos básicos aquéllos dirigidos a la defensa de los ciudadanos ya no sólo contra el poder tiranizante del Estado, sino contra la «maldición del capital», es decir, el

poder del dinero que corre en las articulaciones sistemáticas del libre mercado. Estas nuevas reivindicaciones no sólo complementan las reivindicaciones de la pujante burguesía del siglo XVII, sino que transforma por entero las expectativas que se ponen en los derechos fundamentales.

La comprensión sobre los derechos que surge en la temprana modernidad del siglo XVII termina por consolidar una forma de democracia que el filósofo canadiense Charles Taylor denomina despotismo blando.⁴ Allí el ejercicio de las libertades y derechos terminan por adoptar una dinámica análoga a la del sistema de mercado. Al igual que en el mercado donde los *clientes* eligen productos conforme a sus preferencias individuales, en el sistema político los *ciudadanos* eligen sus candidatos en elecciones motivados por sus preferencias particulares.

En este modelo de democracia del liberalismo propio del siglo XVII no queda espacio para el ejercicio *concertado* de derechos y libertades entre los ciudadanos. La asimilación tanto del sistema político como del sistema jurídico por parte del sistema económico genera un fenómeno de atomización de los ciudadanos, quienes se encuentran de uno en uno parados frente al Estado y el mercado, sin mayores mecanismos de defensa. Si bien cuentan con derechos fundamentales que los protegen con-

³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

⁴ TAYLOR, Charles. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós, 1994. Taylor recoge la expresión de Alexis de Tocqueville. Cfr. DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

tra el uso tiránico del poder estatal, se encuentran desvalidos ante la voracidad sistemática de las redes del mercado. Además, el alto grado de tecnificación que la administración de los asuntos públicos ha alcanzado, los coloca solos y de espaldas frente a los asuntos estatales. El poder administrativo del Estado adquiere una dinámica autónoma que —por decirlo de alguna manera— vuela por sobre las cabezas de los ciudadanos y que sólo los tecnócratas comprenden. Todos estos fenómenos redundan en la pérdida de libertades políticas de parte de los ciudadanos.⁵

La nueva visión que se abre en torno a la sociedad moderna y contemporánea entiende que la autonomía y las libertades fundamentales de los ciudadanos inscritos en la sociedad civil, se encuentran constantemente jaqueadas por el poder administrativo del Estado y el poder económico del libre mercado.

Ambos poderes, articulados en sistemas cuyos dinamismos han

adquirido plena autonomía de la voluntad de los ciudadanos, significan grandes amenazas contra la libertad de los individuos.

En su ya clásica obra, *Teoría de la acción comunicativa*,⁶ Habermas presenta las distinciones y relaciones existentes entre lo que denomina «mundo de la vida» y lo que denomina «sistemas». El término «mundo de la vida» se refiere a aquel ámbito social, propio de la sociedad civil, en el cual los *individuos* se encuentran relacionados unos con otros como *ciudadanos*. En sus múltiples relaciones los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos fundamentales por medio de su participación en asociaciones libres como son los colegios profesionales, clubes, iglesias, universidades, partidos políticos y demás agrupaciones propias de la sociedad civil.⁷

Frente al mundo de la vida, en las sociedades modernas y contemporáneas se levantan aquello que Habermas, siguiendo a Talcott Parsons, denomina «sistemas».

Dicho término señala a un solo fenómeno propio del proceso de racionalización de la sociedad moderna. Las sociedades premodernas o tradicionales son poco complejas y se encuentran articuladas en torno a creencias religiosas o concepciones mitológicas y metafísicas de la realidad. A medida que se van desestructurando los sistemas sociales tradicionales y se va complejizando las sociedades modernas se requieren de elementos de articulación social alternativos a la religión o a las explicaciones mitológicas y metafísicas del mundo. El proceso de racionalización del mundo de la vida implica, entre otras cosas, que las explicaciones anteriores para la integración social no son suficientes. Se exige no explicaciones mitológicas o religiosas, sino explicaciones racionales. Lo que caracteriza a las explicaciones racionales es el ser susceptibles de crítica y de fundamentación.

Estas nuevas exigencias producen un fenómeno de complejización

⁵ Sobre la descripción de estos fenómenos, confróntese HABERMAS, Jürgen. «Tres modelos normativos de democracia». En HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro. Estudios sobre teoría política*. Barcelona: Paidós, 1999.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987.

⁷ El término «mundo de la vida» Habermas lo extrae de la obra del filósofo alemán —maestro de Heidegger— Edmund Husserl. Husserl utiliza dicho término para referirse al ámbito de nuestra experiencia cotidiana en el que la verdad de las cosas se nos presenta como incuestionable. Verdades y certezas de nuestra vida diaria como «la semana tiene siete días» o «toda moneda tiene cara y sello» se presentan a los individuos que comparten un mundo de vida como verdades indubitables.

Habermas adopta el mismo significado del «mundo de la vida» señalando que éste se caracteriza por ser un conjunto de saberes y relaciones compartidos que se encuentran detrás de los sujetos mientras se relacionan y se ponen de acuerdo sobre diferentes asuntos científicos, jurídicos o morales. De manera que, cuando se produce algún desacuerdo entre los sujetos que comparten un mismo mundo social, se recurre a saberes que se encuentran en el «mundo de la vida» (por ejemplo, se produce un choque entre dos vehículos y se genera una discusión que se resuelve apelando a las normas de tránsito, elemento que proviene del «mundo de la vida»); pero cuando estos desacuerdos son profundos, se comienza un proceso reflexivo en el que se problematiza algunos aspectos del «mundo de la vida» (por ejemplo, sucede que en la situación del ejemplo anterior lo que se discute es la validez de las normas de tránsito, el elemento que proviene del «mundo de la vida»).

Al interior de las sociedades contemporáneas, es en la sociedad civil donde se encuentra operando más activamente el «mundo de la vida». Allí actúa como elemento integrador de la sociedad por medio de acciones dirigidas al entendimiento mutuo. Es así que, por medio del mundo de vida compartido al interior de la sociedad civil, se producen los acuerdos sociales fundamentales.

de la vida social. Muchos de los procesos de fundamentación y justificación del orden moderno se encuentran fuera de las manos de los ciudadanos. Las ciencias naturales y sociales tanto modernas como contemporáneas tienen *sus* explicaciones sobre el orden moderno, explicaciones que escapan del alcance del sentido común en el que se manejan el *común* de la ciudadanía. Pero, no sólo la *explicación*, sino el mismo *funcionamiento* de los órdenes sociales moderno y contemporáneo se ha vuelto complicado para el ciudadano común y corriente. Los dos sistemas de integración que encasquetan el orden social de las sociedades complejas (el mercado y el Estado) adquieren una dinámica particular que los ciudadanos se encuentran imposibilitados de controlar. Estos sistemas de integración se articulan, uno alrededor del poder del dinero, y el otro en torno al poder del aparato administrativo del Estado.

Desde el advenimiento de las modernas sociedades burguesas, el poder del dinero comienza a generar un sistema de integración social que a través de las figuras de la compra y la venta, de la capitalización y la ganancia de intereses, así como del trabajo, la alienación del trabajo, la generación de la gran industria y la masa obrera empieza a dar los primeros pasos al sistema del mercado mundial que conocemos actualmente bajo la metáfora de una gran red que enreda las relacio-

nes sociales alrededor del globo. La economía de mercado global contemporánea se presenta, de esta manera, como una red que integra a la sociedad por medio del dinero y el capital, pero que escapa al manejo de los sujetos. Más aún, la experiencia de vida de los individuos al interior de la sociedad moderna y contemporánea es que lejos de controlar el sistema económico sienten que el sistema mediado por el dinero y el capital controla y condiciona radicalmente sus propias vidas.

De otro lado, se articula otro sistema de integración social por medio del poder administrativo del Estado. El sistema burocrático del Estado deviene en un poder *inescrutable* para el ciudadano. La complejidad del sistema administrativo crea en el ciudadano una sensación de desconcierto y desamparo frente a la posibilidad de encontrarse enredado y empaquetado por un sistema complicado y altamente tecnificado de reglas y normas que no comprende. La situación del ciudadano común y corriente se dramatiza aún más cuando se constata que detrás de ese sistema administrativo se cuenta con la fuerza coercitiva.

Del sistema de derechos brotan el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. El primero se encuentra dirigido a regular el poder del dinero, por medio de las delimitaciones de las diferentes figuras del mercado. El Derecho Administrativo, por su parte, se encuentra dirigido a regular las relaciones

administrativas que se establecen entre el poder del Estado y los particulares. Sin embargo, no basta con que estas áreas del Derecho se encuentren presentes, sino que ambas representen los intereses y las expectativas de la ciudadanía en su conjunto. Es necesario que exista una comunicación entre el Derecho como sistema y el «mundo de la vida», es decir, entre el ámbito sistemático y normativo del Derecho y el mundo de la vida donde se genera la comunicación social en vistas al entendimiento mutuo.

Cuando esta conexión no se produce se genera lo que Habermas, en su *Teoría de la acción comunicativa* denomina «colonización del mundo de la vida».

Dicha colonización se presenta como injerencias de los poderes sistemáticos del dinero y del Estado en la vida social. Estas injerencias terminan reduciendo la posibilidad de generar lo que se denomina «poder comunicativo» de la sociedad civil, poder que brota del acuerdo y el entendimiento mutuo en vistas a intereses compartidos. En ausencia de un sistema de derechos que se encuentre alimentado por el poder comunicativo de la sociedad civil, los sistemas legislativos y las relaciones sociales terminan expresando sólo intereses particulares y anulando los intereses compartidos.⁸

Una vieja orientación jurídica, que se presenta como novedosa y que

⁸ Para el asunto de la colonización Cfr. Marx y la tesis de la colonización interna. En *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II.

está retomando vuelo, es la conocida como «análisis económico del derecho». Esta orientación no hace otra cosa que expresar y promover el gran riesgo que corre la sociedad civil ante la posibilidad de que los dos poderes sistemáticos se alíen en contra del poder comunicativo de la ciudadanía. La apuesta política de los defensores del neoliberalismo económico es articular el poder administrativo y el poder económico en contra de la ciudadanía, de manera que el Estado termine representando exclusivamente los intereses del gran capital.

Dicha doctrina es una prolongación de la doctrina que Jeremy Bentham propusiera en los Estados Unidos de América de principios del siglo XX. Bentham había adoptado las conclusiones del positivismo jurídico, según las cuales, puesto que no es posible encontrar un fundamento último a las normas jurídicas, el sistema de derechos tiene forzosamente que arreglárselas con exigencias de coherencia interna. A este principio, Bentham añade una concepción de la utilidad social como «lo útil para el mayor número». Dicha concepción termina produciendo, en la doctrina de Bentham, la siguiente conclusión: puesto que el bienestar en las sociedades contemporáneas es fundamentalmente económico, y el crecimiento económico depende de la gran industria, en consecuencia, «lo útil para el mayor número» es el desarrollo de la gran industria capitalista. Como consecuencia

de la conjunción del positivismo jurídico y del utilitarismo moral, Bentham termina produciendo una doctrina del derecho que subordina la producción de la ley al sistema económico.

La nueva escuela de Chicago se apropia de las intuiciones fundamentales de Jeremy Bentham y producen una disciplina jurídica que se ha expandido con el nombre de «análisis económico del derecho» Dicha disciplina contiene la teoría del proyecto neoliberal de subordinar el sistema de derechos al sistema económico, haciendo uso de un presupuesto funcionalista según el cual la *función* del sistema jurídico es facilitar y propiciar el desarrollo (económico) de la sociedad. El error de dicha doctrina es equiparar el «desarrollo económico de la gran industria» con el «desarrollo de la sociedad en su conjunto» ya que abogar por el desarrollo de los intereses particulares no equivale a fomentar el desarrollo de los intereses compartidos.

En este contexto jurídico, social y político los derechos fundamentales se presentan como un paquete de derechos que incorporan defensas de libertades políticas fundamentales que pueden ser entendidas como libertades de participación y comunicación ciudadana. Así, los derechos fundamentales resguardan libertades comunicativas que facultan a la ciudadanía para generar una suerte de poder alternativo y eminentemente democrático.

Frente al poder administrativo del Estado y el poder del económico, se busca, por medio de esta concepción renovada de los derechos fundamentales, proveer a la ciudadanía de un *poder comunicativo*, poder democrático por excelencia, que haga posible la participación política y la defensa de las libertades fundamentales de cada ciudadano ante la colonización de parte de los poderes adversos articulados de manera sistémica.

2. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una vez que hemos ubicado la función de los derechos fundamentales al interior de los sistemas político y jurídico dentro de las democracias constitucionales contemporáneas, queda aún pendiente el asunto de la justificación. Habermas y Rawls presentan teorías jurídicas potentes y útiles para enfrentar este problema. Ambos autores contemporáneos recurren —por medios diversos— a la conexión que, a su tiempo, Kant había establecido entre los derechos subjetivos y el concepto de soberanía popular.⁹

Por derechos subjetivos se entiende los derechos propios de las personas que los sistemas jurídicos señalan como inalienables. Desde la perspectiva de Kant, tales derechos tenían una primacía basada en su condición de derechos naturales. Una vez abandonada la metafísica de la

⁹ Cfr. KANT, Inmanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1989.

conciencia¹⁰ que iluminaba la perspectiva kantiana, Habermas y Rawls confluyen en que los derechos subjetivos tienen su fuente en el sistema jurídico y político, pero lo que les otorga primacía es la posición que ocupan en tal sistema: desde la perspectiva de Habermas, tales derechos posibilitan la dinámica discursiva que va a generar el resto del sistema del derecho; desde la posición de Rawls éstos se encuentran incluidos en el primer principio de la *justicia como imparcialidad*.

Por su parte, el concepto de soberanía popular toma en Kant la forma de voluntad popular que se constituye como el poder legislativo del derecho racional. Habermas desplaza la soberanía a la comunidad deliberativa que opera bajo la óptica del principio democrático, mientras que Rawls la hace descansar en la deliberación legislativa que se realiza al interior de la figura contractual que la posición original representa.

Puesto que Habermas y Rawls reclaman su filiación kantiana, antepondré algunas líneas sobre la

concepción kantiana del derecho (a), para luego pasar a la exposición de Habermas (b) y Rawls (c). La necesidad de una breve exposición de Kant se hace necesaria para conectar con los proyectos de seguir con una filosofía del derecho de orientación liberal-kantiana de parte de Habermas y Rawls.

2.1. Kant y los derechos fundados en la razón

Kant consideraba los derechos fundamentales como derechos naturales. Pero, tales derechos no eran naturales porque se derivan de una concepción de naturaleza humana. Lejos de cualquier concepción *ius naturalista* e intuicionista, Kant consideraba que tales derechos se desprendían de la dinámica propia de la razón. Es la razón volcada hacia la vida práctica —devenida en Razón Práctica— la que *postula* la idea de libertad, idea de la cual se derivan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Lo que caracteriza a tales derechos y les brinda el adjetivo «naturales» es que denotan derechos que

los sujetos tienen ya en un *hipotético* «estado de naturaleza». Kant propone, siguiendo la tónica de la modernidad, justificar el hecho de que todos los ciudadanos tengan un paquete igual de derechos que protejan las libertades básicas de los sujetos apelando al artificio racional del contrato social. En el estado de naturaleza los individuos cuentan con derechos que protegen libertades básicas, pero por la situación de guerra constante que lo caracteriza, este estado debe ser abandonado para alcanzar una situación social en la que los derechos tengan una garantía. Este nuevo estado social es el «estado civil». En él se ha instaurado un poder soberano que es capaz de garantizar los derechos recurriendo a la facultad de coaccionar. De esta manera, desde la perspectiva kantiana, los derechos fundamentales garantizan las libertades básicas de los ciudadanos por medio del uso de la fuerza coactiva del Estado.¹¹

Es necesario denotar dos características distintivas de la concepción kantiana de los derechos fundamentales:

¹⁰ Por «metafísica de la conciencia» se entiende a la metafísica propia del paradigma filosófico de la subjetividad, paradigma propio de la filosofía moderna. La modernidad sobrecarga el papel justificatorio de la subjetividad. La filosofía premoderna había colocado los fundamentos de la realidad en elementos independientes de las mentes de los individuos, elementos que, como Dios o el Bien, o las leyes de la naturaleza gozaban de carácter objetivo; una vez que ya no se puede recurrir a tales fundamentos tradicionales, la filosofía moderna busca los fundamentos y justificaciones del cosmos en la subjetividad, específicamente en la conciencia del sujeto. Desde el inicio de la modernidad, René Descartes se había propuesto fundar de nuevo la filosofía abandonando todos los conocimientos confusos de la tradición anterior y operando conforme al criterio de no aceptar como cierto sino aquel conocimiento que sea claro y distinto. Dicho conocimiento termina siendo la certeza sobre el Yo, es decir, la certeza «yo existo» que acompaña a toda subjetividad. Sobre esa certeza, adquirida gracias a un ejercicio racional de la conciencia, es que se construye una metafísica afinada en la conciencia misma. Sobre este asunto Cfr. DESCARTES, René. *Discurso del método*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, así como, *Meditaciones metafísicas*. Madrid: Alfaguara, 1977.

¹¹ Con el concepto de coacción Kant empata con la triple característica de la norma jurídica: *coertio*, *executio* y validez. La cara del *coertio* refiere a la necesidad de que la norma jurídica sea de conocimiento público. La publicidad de la ley advierte a los sujetos que existen acciones que van a ser sancionadas. *Executio* refiere a la coacción efectiva de la libertad cuando la libertad de los sujetos van en contra de la ley. Por su parte, la validez del derecho remite a los procedimientos democráticos de producción de la norma del derecho.

(i) Lo que es importante subrayar en la concepción kantiana de los derechos fundamentales es que éstos se derivan de y se fundamentan en la razón. Pero, una vez que la filosofía contemporánea abandona el paradigma moderno de la conciencia, se pierde la confianza en que la razón moderna pueda ponerse como fundamento adecuado para el derecho. En el contexto de la filosofía contemporánea, el debate y la deliberación sustituyen a la razón como pieza fundante del derecho. El paradigma moderno de la conciencia y la subjetividad es reemplazado por el paradigma contemporáneo de la intersubjetividad. En este paso el *lenguaje* reemplaza a la *razón*. Ya no sucede que los derechos fundamentales son producidos por la razón práctica, sino que ahora se derivan del lenguaje, la deliberación pública y la comunicación.

(ii) Otra característica inherente a la concepción kantiana de los derechos fundamentales es que la producción de tales derechos suponen una concepción atomista de sociedad. De acuerdo a esta concepción, el cuerpo social se encuentra compuesto de un agregado de partes en principio independientes unas de otras. Esta concepción supone que los sujetos se encuentran en un

primer momento en un estado de naturaleza como si fuesen átomos independientes unos de otros. Si bien, en tanto individuos en estado natural se encuentran en guerra unos contra otros, no se necesita recurrir a una concepción de comunidad o a los lazos que establecen entre sí para describir sus elementos esenciales. El paso al paradigma de la intersubjetividad exige que se explique a los sujetos considerando los lazos éticos y sociales que los unen. La sociedad ya no se concibe como una suma de individuos aislados, sino como una comunidad en la que los sujetos se constituyen como tales en referencia a los trasfondos valorativos que comparte con otros.

Estos valores compartidos que articulan los trasfondos comunes en nuestras sociedades contemporáneas son valores fundamentalmente liberales. Muchos de estos valores liberales han sido recogidos en el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se dice que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»,¹² con lo que consagra dichos valores como

centrales de la convivencia en las sociedades contemporáneas. La dignidad y la igualdad en derechos se presentan como valores fundamentales de los cuales se derivan los otros tres valores. Es importante subrayar el lugar que ocupa el valor de la libertad en las sociedades liberales. De acuerdo a dicho valor, no se puede coartar la libertad de creencia, opinión, religión, de participación política de las personas. Otro de los valores fundamentales de la sociedad liberal contemporánea es el rechazo a la crueldad.

2.2. Habermas y el principio democrático

Habermas ha sabido repotenciar una perspectiva de filiación kantiana echando mano del paradigma del lenguaje. Respecto de (i), Habermas pasa de la razón al lenguaje. Asumiendo el paradigma de la intersubjetividad reconoce que una gama infinita de formas de vida social o cultural puede articularse por medio de la posibilidad de comunicarse que se encuentra en el lenguaje al interior del «mundo de la vida». No obstante, evita dejar las cosas lo suficientemente sueltas como para que cualquier forma de derecho vigente pueda ser considerado válido. Recurriendo a la teoría de los actos de habla de J. Austin, Habermas distingue las acciones dirigidas al entendimiento de las acciones estratégicas,¹³

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹³ Austin, en su célebre libro *Las cosas que hacemos con las palabras*, había establecido una distinción entre actos de habla ilocutivos y perlocutivos, concibe el lenguaje no sólo como un conjunto de significados (sentido semántico), sino además como una práctica intersubjetiva (sentido pragmático) El concepto de «acto de habla» indica el hecho de que el lenguaje tiene un aspecto pragmático,

para articular su propuesta jurídico-política a partir del concepto de acciones dirigidas al entendimiento.

Dos elementos fundamentales caracterizan a las acciones dirigidas al entendimiento. De una parte, tales acciones comparten con los actos de habla ilocutivos –dirigidos al entendimiento– el que en ellas se usa el lenguaje en su sentido primigenio. Puesto que lo propio del lenguaje es la comunicación, las acciones dirigidas al entendimiento empatan con la naturaleza propia del lenguaje.

De otra parte, las acciones dirigidas al entendimiento producen deliberaciones y acuerdos públicos indispensables para generar la discusión política fundamental para la generación del derecho.

Las acciones estratégicas, en cambio, se conectan con un uso secundario del lenguaje. Si bien el lenguaje puede ser esencialmente un medio de comunicación, en un uso secundario puede servir para manipular las relaciones humanas. En la esfera pública, el uso estratégico del lenguaje, lejos de buscar un acuerdo compartido sobre un derecho que involucre el bien y los intereses de todos, se dirige a realizar el interés de una facción

en desmedro de los intereses comunes.

Respecto de (ii) es necesario comentar que Habermas no parte de un presupuesto atomista del cuerpo social, sino que, desde su perspectiva, es el mundo de vida en el que se realiza la deliberación pública que da como resultado las leyes del Derecho. Kant presentaba una teoría «constructivista» del Derecho, que a partir de elementos simples (los individuos concebidos atomistamente) construye el Derecho. Habermas, en cambio, propone una estrategia «reconstructiva» que parte del hecho de que los sujetos viven desde un inicio en un mundo de la vida en el que hay procesos de integración y hay un derecho vigente. La estrategia reconstructiva genera una reconstrucción del Derecho, reformándolo en dirección lo más propio del lenguaje: la libre comunicación y el entendimiento.

Estas respuestas habermasianas a los problemas que la filosofía contemporánea había planteado a Kant, lo conducen a centrarse en los potenciales comunicativos que se encuentran en el mundo de la vida de las sociedades concretas. De esta manera surgen dos principios fundamentales: el principio del discurso y el principio democrático. Puesto que los sistemas

normativos pueden ser morales o jurídicos, el principio del discurso proporciona los marcos necesarios para fundar ambos tipos de sistemas normativos. El principio democrático, en cambio, se usa para la producción de normas jurídicas válidas.

El principio del discurso (o principio D) se formula del siguiente modo:

«Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales».¹⁴

El principio D así formulado sirve para la producción de las normas. Las normas se originan en una situación de comunicación particular denominada *discurso*. El discurso es una forma de comunicación particularmente exigente en la que los participantes se encuentran sometidos a ciertas condiciones. De una parte deben de reconocer las mismas oportunidades a todos los participantes para expresar sus «candidatos» a normas de conducta. De otra parte, las afirmaciones que se postulan como posibles normas deben ser susceptibles de crítica y fundamentación, es

es decir, que al emitir una proposición no sólo se está *expresando un significado* sino que se está *realizando una acción*. Los actos de habla ilocutivos son aquéllos que se realizan con el objetivo de entenderse con la otra persona (por ejemplo, se dice «el café se encuentra servido» para que la otra persona entienda que puede sentarse a la mesa a beberlo), mientras que por medio de actos de habla perlocutivos una persona intenta manipular a la otra usando el lenguaje de manera estratégica (por ejemplo, diciendo «me siento enfermo» no para ponerse de acuerdo con la otra persona en la manera de proceder, sino con el objetivo soterrado de obligarla a hacer algo que de otro modo –más libremente– no haría.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 172.

decir capaces de ser defendidas racionalmente.

Esta situación comunicativa especial denominada discurso aparece cuando se produce, en el mundo de la vida, una situación problemática. Comúnmente, en el mundo de la vida los sujetos actúan siguiendo normas. Por ejemplo, en las calles rigen las normas de tránsito y conductores como peatones se atienen a dichas reglas. Cuando alguien se pasa la luz roja el guardia lo llama a corrección, bajo el supuesto de que todos reconocen que la norma es válida. Pero cuando la validez de una norma dentro del mundo de la vida es puesta en cuestión (por ejemplo, la penalización o no del aborto), entonces se arma una mesa de discusión regida por las exigencias del discurso.

Del principio D se derivan, como cooriginarios, el principio moral y el principio democrático. Dejaremos de lado el principio moral para centrarnos en el democrático. En éste los sujetos que se encuentran en la mesa de discusión regida por las exigencias del discurso recurren al principio D para producir las normas del derecho. De esta situación surgen un conjunto de derechos fundamentales que van a servir de base para la producción de los demás derechos del sistema.

Los derechos fundamentales van a ser enumerados de la manera siguiente:

«(1) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y con-

figuración políticamente autónomos del derecho *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción*.

- (2) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembros de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.
- (3) Derechos fundamentales que resultan directamente de la *accionabilidad* de los derechos, es decir, de las posibilidades de reclamar jurídicamente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la *protección de los derechos* individuales.
- (4) Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de opinión y de voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y mediante los que establezcan derechos legítimos.
- (5) Derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengán social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados de (1) a (4)». ¹⁵

Los 3 primeros tipos de derechos fundamentales se dirigen a reser-

var libertades políticas y civiles de los ciudadanos. En ellos el dispositivo de *iguales libertades subjetivas de acción* expresa un anhelo propio del corazón de las doctrinas liberales del derecho. Empata perfectamente con la idea de que el derecho dentro de un Estado Democrático de Derecho es impuesto por el Estado (en el sentido de que es derecho positivo) y que se aplica de manera igualitaria a todos los ciudadanos.

En (1) se encuentra presente el principio democrático liberal que otorga a cada ciudadano las máximas libertades posibles compatibles con las libertades de los demás. En (2) se presenta el estatuto de los ciudadanos en tanto que sujetos libres, quienes haciendo uso de sus libertades fundamentales se reúnen para formar una comunidad jurídica. Dentro de la lógica del principio democrático es necesario concebir a los ciudadanos de esa manera, puesto que lo que se quiere resguardar es la libre participación de los ciudadanos en los procesos políticos, deliberativos y comunicativos que van a producir las leyes del derecho. En (3) encontramos el dispositivo de protección de los derechos fundamentales, ya que no basta con que éstos se promulguen, sino que es necesario que el Estado los proteja.

Finalmente (4) y (5) se dirigen a preservar libertades políticas y sociales fundamentales. Puesto que la participación política debe resultar de un proceso de comuni-

¹⁵ *Ibid*, pp.188-189.

cación entre los ciudadanos en la esfera pública, los medios de comunicación cumplen un papel de primera importancia para facilitar la formación de una voluntad política de la ciudadanía. El lugar de los medios de comunicación y los procesos de comunicación dentro de la sociedad civil resulta de crucial importancia para la salud de una democracia liberal fundamentada en los principios de un Estado democrático de derecho es de crucial importancia porque ellos permiten la formación de una opinión pública, que es la expresión de una voluntad pública de ciudadanos autónomos pero articulados en la misma comunidad política. De este modo la ciudadanía genera poder público.

Esta idea de expresión de la voluntad ciudadana a través de la forjación de opinión pública se inspira directamente en la idea

de «uso público de la razón» que Kant había expresado en su momento en su opúsculo *Respuesta a la pregunta ¿qué es la ilustración?* En él Kant señalaba que a través de la expresión de su discrepancia frente a las normas del derecho positivo a través de los medios públicos de comunicación. En tanto que docto (señala Kant allí), es decir, en tanto que ciudadano reflexivo y preocupado en que las instituciones de la República mejoren, los ciudadanos han de expresar sus críticas y alcanzar sus sugerencias para que sean debatidas y examinadas por los demás ciudadanos.¹⁶ De este modo se forma voluntad pública, es decir, aquello que Kant denomina Voluntad Popular, que es el antecedente de la idea de poder público articulado comunicativamente presentado por Habermas¹⁷.

2.3. Rawls y los principios de la justicia

A diferencia de Habermas, Rawls no cuenta con una *Teoría de los derechos* sino que presenta una *Teoría acerca de la justicia*. Esto trae como consecuencia que el autor estadounidense no tematice explícitamente el asunto de los derechos fundamentales. Sin embargo, su teoría acerca de la justicia ofrece los principios desde los cuales se derivan tales derechos. Rawls tematiza y justifica los principios de la justicia en dos obras que han devenido en clásicos de la filosofía jurídica.

En 1971 escribe su *Teoría de la justicia*¹⁸ donde realiza una crítica a las teorías utilitaristas sobre la justicia que habían copado el espectro de la filosofía del derecho norteamericana desde principios de siglo XX.¹⁹ Frente

¹⁶ KANT, Immanuel. «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?». En KANT, Immanuel. *En defensa de la ilustración*. Barcelona: Alba Editorial, 1999.

¹⁷ En nuestro medio se presentan tres escollos a la formación de poder público: a) se ha malinterpretado constantemente el término «opinión pública»; b) se ha hecho patente cada vez más un conflicto de intereses que se inserta en los medios de comunicación social; y c) se ha hecho evidente la tendencia a la homogenización de la opinión en lo que se conoce como «Pensamiento Único».

a) Respecto del concepto de «opinión pública» sucede que los medios de comunicación, que son quienes difunden opinión pública y utilizan más dicho término lo conciben como el parecer privado y atomizado de personas individuales respecto de temas de relevancia pública, como si se tratara de realizar la suma de la opinión de A, B y C personas tomadas individualmente para obtener una opinión pública. Ésta es la lógica que se encuentra en el corazón de las mal llamadas encuestas de opinión pública. En cambio, una auténtica opinión pública se forma en un proceso de discusión y deliberación sobre cuestiones públicas a través de medios públicos. Al respecto, confróntese el texto de Gonzalo Gamio *Opinión ¿pública?*

b) De otro lado, los medios se encuentran habitados por un conflicto de intereses que genera una tensión interna de difícil solución y frente al cual es necesario realizar un ejercicio constante de contrapesos y de reflexión. De una parte, los medios son empresas privadas, es decir, responden a los intereses de sus dueños; por otra, tienen una función de tipo social. Así, éstos han de informar de manera clara y transparente, sin ocultar información y sesgando lo menos posible la información. Para expresar sus puntos de vista sobre la situación política los editores, directores y dueños de los medios tienen los espacios de opinión, las editoriales y otros espacios pertinentes. La exigencia de informar de manera transparente es ineludible.

c) Por «Pensamiento Único» no debe entenderse el que toda la sociedad piensa igual, sino el que los medios promueven las mismas pautas o directrices de opinión, porque defienden intereses políticos y económicos similares. Esto se puede ver cuando uno puede percibir que detrás de diversos diarios, revistas y programas de televisión se encuentran los mismos mensajes políticos.

¹⁸ RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: F.C.E. 1995.

¹⁹ Jeremy Bentham había sido el último en presentar, en el mundo anglosajón, a principios del siglo XX una teoría del derecho completa, que abarcaba tanto el ámbito de la fundamentación de los principios del derecho como el de la derivación de los derechos y la presentación de las instituciones fundamentales del Estado. Su doctrina combina una teoría jurídica utilitarista con una posición

al utilitarismo y al positivismo reinante²⁰ Rawls ofrecerá una teoría de la justicia de inspiración kantiana. Tal inspiración va a significar que la consideración fundamental que ha de tener el sistema jurídico es la libertad de cada ciudadano y no la utilidad social ni la coherencia entre las leyes. Si bien la utilidad social y la coherencia pueden ser importantes lo que quiere evitar Rawls es que sea legítimo sacrificar las libertades y derechos fundamentales de algún sector de la ciudadanía en vistas al bienestar general. La herencia kantiana exige en Rawls la preservación de las libertades fundamentales.

En 1993 Rawls reajustará sus planteamientos en su obra *El liberalismo político*.²¹ Allí hace frente a las críticas que desde la teoría ética de inspiración aristotélica se hicieron a la primera obra. En *El liberalismo político* Rawls procura hacer más explícito su intención de ofrecer una teoría de la justicia liberal para una sociedad marcada por el hecho del pluralismo, es decir, la convivencia en la misma sociedad de grupos que tiene

diferentes concepciones de vida buena.

Sin embargo, el planeamiento central respecto de la justicia permanece en pie. Este planteamiento sostiene que la justicia debe ser concebida bajo la forma de la imparcialidad. Esta concepción de la «justicia como imparcialidad» debe impregnar la estructura básica de la sociedad, es decir, las instituciones fundamentales del Estado, como la constitución, el poder judicial, así como las instituciones de la sociedad como el sistema de mercado.

La justicia como imparcialidad se articula gracias a principios de la justicia, los cuales son generados en la condición hipotética que Rawls denomina «posición original». La posición original es una reactualización de la idea de contrato y se trata de un artificio que tiene como objeto el producir los principios de la justicia. En tal posición los ciudadanos son representados por sujetos que tiene como objetivo producir los principios para una sociedad justa. Allí los representantes de los ciudadanos

buscan los principios de la justicia por medio de un proceso de deliberación. Tal proceso comunicativo inserta la producción del derecho en un contexto intersubjetivo característico del giro lingüístico que domina el paradigma contemporáneo.

Puesto que lo que se busca es adquirir principios para la justicia entendida como *imparcialidad*, los representantes tendrán que encontrarse sometidos a restricciones de información respecto a las cualidades de sus representados. Tales restricciones Rawls las agrupa en lo que denomina «velo de ignorancia». Por «velo de ignorancia» Rawls está entendiendo un conjunto de restricciones de información que los representantes tienen respecto de sus representados al interior del artificio contractual que es la posición original. Dicho velo cubre la conciencia de los representantes que van a elegir los principios de justicia para la sociedad. Así, los representantes ignorarán cuáles son las características físicas y psíquicas de sus representados, no conocerán si sus representados serán discapacitados, si

eminentemente positivista respecto de la naturaleza del derecho. De esta manera, el derecho legítimo es sólo aquél que es promulgado por las instancias pertinentes, donde los criterios de promulgación son dos: a) el beneficio del mayor número de personas dentro del sistema social; b) la coherencia en el sistema de leyes y normas.

La teoría de la justicia de Rawls se presenta como una crítica y una alternativa a la teoría utilitarista de corte benthamiana que copó el espectro jurídico durante la primera mitad del siglo XX en los Estados Unidos de América. En contra del presupuesto utilitarista de «bienestar social», en nombre del que sería legítimo reducir a las minorías en nombre de la utilidad general, Rawls recurre al liberalismo presente en Kant, liberalismo que vela por las libertades fundamentales de cada individuo. Así, Rawls está presentando una doctrina alternativa al utilitarismo, doctrina que combina el valor de la libertad individual con la exigencia de igualdad en derechos, libertades y bienes primarios.

²⁰ El positivismo jurídico tanto en el ámbito anglosajón —con Bentham y Hart— como en el alemán —con Kelsen, por ejemplo— hace depender la validez del derecho en la coherencia existente entre las normas promulgadas, sin atender a otro principio. Como vimos, Habermas, siguiendo en eso a Kant, introduce un principio de validez diferente, el principio democrático, que se retrotrae, finalmente al principio D. Rawls hará lo mismo al introducir sus principios de la justicia. Así se configuran dos de las tres importantes doctrinas en Filosofía del Derecho. La primera es el positivismo jurídico, la segunda es la doctrina liberal del Derecho. La tercera doctrina es la iusnaturalista, la cual ha caído completamente en desuso por los presupuestos metafísicos que implica.

²¹ RAWLS, John. *El liberalismo político*. México: F.C.E. 1996.

tendrán disfunciones psíquicas; no sabrán cuáles son sus concepciones metafísicas del mundo, sus cosmovisiones y visiones generales de la vida, así como sus adhesiones morales o religiosas; ignorarán, además, qué lugar ocupan en el sistema social: no sabrán si son ricos o pobres. La única información con la que contarán los representantes en la posición original respecto de sus representados es que son agentes racionales y que buscan las mejores condiciones posibles para sí mismos. La justificación del velo de ignorancia se encuentra justamente en que lo que buscamos son principios la justicia equitativa.

Una manera intuitiva de entender cómo se derivan los principios de justicia es imaginar la posición original como el reparto de una torta. Puesto que estamos buscando los criterios más inteligentes para repartirla y una vez que sabemos que los pedazos serán asignados a suerte, lo más *racional* será exigir que los pedazos sean iguales. Es decir, si cada cual quiere acceder al trozo más grande posible y sucede que no se sabe qué trozo, una vez partida, va a tocar a cada cual, el exigir que la torta en cuestión se parta en trozos iguales resulta ser lo más racional.

Este ejemplo nos conduce a la concepción de la persona que Rawls presenta. Señala el autor que estamos comentando que las personas tienen dos características: son racionales y razonables. Son racionales en el sentido de que tiene una concepción de lo que es

una vida buena para ellos y son lo suficientemente inteligentes como para usar los medios que tiene a disposición para realizar ese modelo de vida feliz. Además son razonables, de manera que son capaces de entender que, al interior de la sociedad, los demás tienen sus propios modelos de vida feliz y todos tienen derechos a alcanzar tales bienes, siempre y cuando no impidan que los otros puedan alcanzar los propios.

Así, la razonabilidad es la característica humana que hace posible que aquéllos que tienen modelos de vida buena diferentes puedan convivir dentro de un mismo Estado de manera pacífica y justa. Aquello que garantiza que en la posición original los sujetos se comportarán de manera razonable al momento de elegir los principios de la justicia es el conjunto de restricciones de información que el velo de ignorancia representa. Otra manera de referirse a las características de racional y razonable que los seres humanos tienen es decir que todos tienen a) una concepción del bien y b) una noción de la justicia, donde la justicia representa lo razonable.

Dicho esto, podemos señalar que los principios que se derivan de la posición original en la que los sujetos se encuentran cubiertos por el velo de ignorancia van a ser los siguientes:

«a. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo es-

quema para todos; y en este esquema las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo.

b. Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados».²²

El primer principio empata con la aspiración kantiano-liberal de igualdad de derechos y libertades. Aquí se encuentra, pues, la justificación de los derechos fundamentales. El esquema de derechos y libertades básicos representa derechos fundamentales que deben ser reconocidos a todos los ciudadanos de parte del Estado. La intuición rawlsiana se basa en que al reconocer esas libertades y derechos básicos a una persona, el Estado está dotándolo de los dominios necesarios para que pueda desarrollar su estilo de vida feliz. Pero, al reconocer un paquete igual de tales derechos y libertades a *todos* se está, además, realizando lo más propio de la justicia, que es la imparcialidad.

De otro lado, en relación con el segundo principio, los derechos fundamentales incorporan derechos económicos y sociales que están representados en la segunda parte del segundo principio de

²² *Ibid*, p 31.

justicia. Que las posiciones y cargos se dirijan a proveer el máximo beneficio de los menos aventajados de la sociedad constituye un dispositivo legal que busca preservar la libertad y los derechos de los ciudadanos de la arremetida del sistema económico. La teoría de los bienes básicos o primarios va a venir a complementar este principio. Rawls denomina bienes básicos o primarios a un paquete de libertades, derechos y recursos del que ningún ciudadano debe carecer. Lo que caracteriza a tales bienes es que son convertibles inmediatamente en libertades. Con esto garantiza que el sistema social haga justicia al principio de libertades y derechos iguales que se fundamenta en la dignidad.

De esta manera, los derechos fundamentales se encuentran compuestos por: a) un conjunto de libertades y derechos compatible con un conjunto igual para los demás ciudadanos; b) por un conjunto de oportunidades iguales para todos; y c) por un conjunto de bienes primarios de los que nadie puede descender.

3. DERECHOS A LA MEDIDA DEL PUNTO DE VISTA MORAL

Por medio del «principio D» y del «principio democrático» de Haber-

mas, así como de los principios de la justicia que Rawls nos ofreció hemos visto desarrollarse la matriz justificatoria de los derechos fundamentales. Para completar nuestra exposición falta aún explicar una característica que las teorías jurídicas que hemos analizado comparten con la posición kantiana. Este rasgo compartido es lo que denominamos, junto con otros autores, *punto de vista moral*.²³ Tal punto de vista opera una distinción entre concepciones de vida buena y concepción de la justicia.

Tanto Kant, Habermas como Rawls tiene la tarea de ofrecer pautas del derecho para sociedades no tradicionales. Caracteriza a una sociedad tradicional, entre otras cosas, el hecho de que todos los miembros comparten una misma religión o una misma cosmovisión. Esto facilita, allí, a que el Estado y las instituciones básicas se encuentren impregnadas por tal religión y cosmovisión. Con el advenimiento de la modernidad las sociedades se complejizan a la vez que se encuentra en un proceso de racionalización y secularización. En esta nueva situación las sociedades se encuentran albergando a grupos de individuos que profesan diferentes religiones y concepciones de la vida. El Estado, entonces, no puede tener

una religión oficial, puesto que de hacerlo estaría siendo injusto. Las instituciones del Estado deben ser, en consecuencia, imparciales.

Esta situación propia de las sociedades postconvencionales o postmetafísicas exigen la distinción entre el bien y la justicia, distinción que abre las puertas al punto de vista moral. Desde este punto de vista el sistema normativo del derecho debe basarse en criterios y procedimientos de justicia que aseguren la imparcialidad y que se alejan que cualquier concepción de vida buena. Desde nuestro punto de vista tanto Kant, Habermas como Rawls tiene razón en exigir que la justicia sea procedimental. El procedimiento establece las pautas y los principios que las sociedades complejas requieren para tener una justicia imparcial.

Puesto que en las sociedades complejas no se puede recurrir a ninguna noción de vida buena para determinar las leyes del Estado, tales leyes deben de alcanzarse por medio de un *proceso* que sea capaz de garantizar la coexistencia establemente justa entre las diferentes pretensiones del bien.²⁴ De esta manera, la determinación de los principios de justicia opera de manera análoga al operar de

²³ Respecto del *Punto de Vista Moral*. Cfr. PUTNAM, Hilary. *La herencia del pragmatismo*. Barcelona: Paidós, 1997 y HABERMAS, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós, 1991.

²⁴ Ya en la antigüedad griega Aristóteles había dado cuenta de que los individuos tienen una vida y realizan acciones refiriéndose constantemente a concepciones de lo que es el bien, o la vida buena para ellos. En este sentido, señala en su *Ética a Nicómaco*: «Todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección parecen tender a algún bien; por eso se ha manifestado, con razón, que el bien es aquello hacia lo cual todas las cosas tienden». ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Gredos, 1985, p. 129. De esta manera, se señala que la referencia al bien y la vida buena es fundamental en la experiencia de los seres humanos. Esto es lo que caracteriza a la ética *teleológica* aristotélica, vale decir, el referir constantemente la vida y acciones humanas a fines y en última instancia, al bien. El término *teleológico* o *teleología* deriva del término griego *tele* que quiere decir fines. Además, Aristóteles

un proceso judicial. Así como en el proceso judicial, al momento de determinar los principios de la justicia, las partes pertinentes recogen las diferentes pretensiones y alegatos de los grupos sin comprometerse con éstos con el fin de establecer lo que compete a cada uno conforme a la *justicia*. Es, precisamente, en la imparcialidad del procedimiento que descansa la justicia del sistema jurídico.

Kant había hecho descansar el procedimiento en la razón independiente de los sujetos. Era por medio de un proceso de universalización, representado en la primera formulación del Imperativo Categórico,²⁵ que los individuos aislados podrían alcanzar leyes justas. Tanto Habermas como Rawls desgajan la validez de las leyes de la razón y la hacen reposar en el lenguaje y la comunicación. Así, tanto el principio «D» como la posición original presentan las condiciones de la comunicación que hacen posible arribar a leyes justas. De este modo, el punto de vista moral abandona el ámbito descontextualizado de la razón moderna y se asienta en los contextos de comunicación modelados por los procedimientos que la imparcialidad exige.

Es necesario enfrentar un equívoco al respecto de la expresión

punto de vista moral y a su uso. Identifico el punto de vista moral tanto con la posición original como con el principio del discurso o principio «D». Desde aquí se derivan, a la vez y cooriginariamente, las normas morales y las normas del derecho. El intento de identificar el punto de vista moral automáticamente con las normas morales es un error. La falsa identificación que queremos eliminar aquí traería como resultado que el derecho se derive de la moral. En cambio, derecho y moral son dos sistemas de integración social que operan a través de normas y que se originan a la vez, desde un vértice común pero de manera independiente. El derecho regula aquellas relaciones sociales que requieren del apoyo de la fuerza coactiva, mientras que la moral se dirige a aquellos ámbitos del mundo de la vida en los que basta la motivación de conciencia para encontrar su regulación. De esta manera, los derechos fundamentales no encuentran su fundamento en la *moral* sino en el *punto de vista moral*. Ellos resguardan las libertades básicas de los ciudadanos contra la intromisión del Estado y el mercado, buscando realizar el anhelo de la libertad igualitaria de la que debe gozar todo ciudadano en el seno de la sociedad.

4. CONCLUSIONES

Hemos comenzado nuestra exposición ubicando el asunto de los derechos fundamentales de dos maneras. Primero, hemos separado el asunto de la *promulgación* de los derechos del problema de la *justificación*. Como señalamos en su momento, el asunto de la promulgación y los procedimientos a seguir para producir las leyes para ello compete a los juristas, mientras que el problema de la justificación o validez del derecho es tarea de los filósofos.

La segunda manera que hemos elegido para ubicar el problema de los derechos fundamentales ha sido una presentación histórica de cómo se ha desarrollado el concepto filosófico que albergan tales derechos. De esta descripción salieron a la luz dos clases de derechos fundamentales, los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales calzan, conceptualmente hablando, con las dos primeras generaciones de derechos humanos.

Realizadas estas distinciones preliminares, nos hemos abocado a nuestro tema de fondo, a saber, la conexión interna entre los derechos fundamentales y el sistema democrático desde las perspecti-

consideraba —y en esto Hegel lo va a seguir, en plena modernidad— que la ética era una especie de la política. En este sentido, las concepciones de vida buena las adquiere un individuo, por medio de procesos de socialización, de los contextos comunitarios a los que pertenece. De esta manera, una persona tiene ciertos valores y se propone desarrollar ciertas virtudes, como la valentía, la amistad, la generosidad o la piedad, porque adquiere tales modelos de vida de la comunidad en la que ha nacido y a la que pertenece. Pero, puesto que las sociedades contemporáneas son sociedades complejas, en las que coexisten individuos con diferentes adscripciones comunitarias, es necesario complementar la perspectiva aristotélico-hegeliana con una perspectiva democrática.

²⁵ Que reza de la siguiente manera: actúa de modo tal que tu máxima de acción particular (es decir, la regla según la cual justificas tus acciones ante tu conciencia individual) pueda convertirse en ley universal (y encontrarse justificada desde el consentimiento racionalmente motivado de todo ser racional).

vas de dos filósofos contemporáneos, el alemán Jürgen Habermas y el estadounidense John Rawls. Como hemos mostrado, Habermas y Rawls se presentan como los representantes contemporáneos más lúcidos del *punto de vista moral*. Dicho punto de vista constituye una estrategia filosófica para la investigación en cuestiones vinculadas a la vida práctica, especialmente la investigación ética, la filosofía política y la filosofía del derecho.

El *punto de vista moral* exige realzar la distinción metodológica entre cuestiones vinculadas a la vida buena, bien y la felicidad, de una parte, respecto de las cuestiones asociadas a la justicia y la moral, de otra. Aplicada al derecho, tal distinción ofrece un adecuado punto de referencia para entender la naturaleza de los derechos fundamentales.

Hemos visto cómo tal estrategia metodológica Habermas y Rawls la han heredado de Kant. Además hemos presentado la manera en que el filósofo alemán potencializa la estrategia kantiana. Habermas desplaza el asunto de la justificación de los derechos fundamentales de la razón —lugar donde la había hecho reposar Kant, como buen filósofo moderno— al lenguaje. Esto le permite conectarse con el llamado *giro lingüístico* realizado en la filosofía desde principios del siglo XX.

Con el fin de centrar la resolución de la validez de los derechos fundamentales en el lenguaje, Haber-

mas remite la justificación de los asuntos normativos —tanto del derecho como de la moral— a lo que ha llamado «principio del discurso» o «principio D». Como vimos, tal principio hace descansar la validez de una norma en su aceptación «racionalmente motivada» (es decir, consciente) por parte de los sujetos involucrados. De este principio se deriva un principio secundario que se aplica exclusivamente a cuestiones del derecho, el llamado «principio democrático». Este principio, basándose en la primacía de la libertad jurídica de los ciudadanos, comprende un conjunto de cláusulas de las que se derivan los derechos fundamentales en sus dos dimensiones: derechos civiles y políticos y derechos sociales, económicos y culturales.

Respecto de Rawls hemos precisado su ubicación en el paradigma contemporáneo de la filosofía señalando que al recurrir al contrato social incorpora los elementos deliberativos y discursivos que caracterizan al paradigma intersubjetivo. En la posición original, los representantes de los ciudadanos (sometidos a las restricciones de información que el «velo de ignorancia» impone) realizan una deliberación de los principios fundamentales del Derecho. De tales principios se desprenden los derechos fundamentales. Así, del primer principio brotan los derechos que exigen la igualdad en libertades y derechos, mientras que del segundo principio se derivan aquellos derechos que rigen la incorporación de medidas y protecciones sociales y económicas.

Con estas estrategias argumentativas tanto Habermas como Rawls ofrecen las herramientas teóricas para justificar los derechos fundamentales al interior del sistema democrático. Tal justificación convierte al mismo sistema de derecho democrático en un organismo jurídico en función de la protección de los derechos y libertades básicas de los ciudadanos. Esto permite ofrecer una respuesta al problema retórico que los regímenes totalitarios planearon, de manera claramente ideológica, al sistema democrático. Tal problema se presentaba de esta manera: puesto que en el sistema democrático todo se elige por votación, y dada la elección por «votación de la mayoría», es claro que la mayoría podría —si así lo quisiese— tiranizar a los grupos minoritarios.

En respuesta a este *falso* problema, los defensores del sistema de derecho democrático sostienen que la ilusión de justificar sus propios sistemas totalitarios ha llevado a los adversarios de la democracia a construir castillos en el aire, es decir, carentes de fundamentos. El suelo sólido con que cuenta el sistema democrático de derecho son aquellos derechos fundamentales que se encuentran *fuera de toda negociación política* y que garantiza que no ocurra lo que desearían los gobiernos totalitarios: que una «mayoría manipulada» no sólo pudiese tiranizar a la minoría, sino tiranizarse a sí misma colocando sus libertades y derechos a merced del capricho y los intereses de los autócratas de turno.