

JUSTICIA Y LEGITIMIDAD EN LA ÉTICA DISCURSIVA. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO INTERESES GENERALIZABLES NO EXCLUYENTES.

*Alejandro Sahuí**

Resumen

Cristina Lafont ha criticado la concepción de justicia de Jürgen Habermas en virtud del rechazo de la ética discursiva de considerar ciertos “hechos morales” que trasciendan la justificación y los acuerdos históricos. Por esta razón cree que la ética discursiva sacrifica su objetivismo y cognitivismo. Lafont propone incluir la noción de intereses generalizables de todos los hombres como un presupuesto fáctico implícito en toda práctica de justificación que indicaría a sus participantes qué es lo que en cada caso se busca. Más allá de Lafont, el presente artículo distingue dichas prácticas de justificación del procedimiento decisorio y propone vincular la idea de derechos fundamentales a aquella noción de intereses generalizables. Lo anterior para responder a la pregunta por las condiciones jurídicas e históricas de legitimidad de las decisiones políticas.

Abstract

Cristina Lafont has criticized Jürgen Habermas, idea of justice because of discursive ethics' rejection to consider some “moral facts” that transcend justification and historical agreements. For this reason she believes that discursive ethics sacrifices its objectivism and cognitivism. Lafont proposes to include the notion of every man's generalizable interests as a factual presupposition in all justification practices. This would indicate participants what are they looking for at each time. Beyond Lafont this paper makes a distinction between the above mentioned practices of justification and decision-making procedures, and proposes to link the idea of fundamental rights to that notion of generalizable interests. We try to respond the question for the juridical and historical conditions of political decisions' legitimacy.

* Universidad Autónoma de Campeche.

El objetivo del presente trabajo es contribuir a la discusión en torno de las nociones de justicia y legitimidad en relación con la ética discursiva tal como es presentada por Jürgen Habermas. En el discurso sobre la verdad el filósofo alemán ha admitido la realidad de un “mundo externo e independiente” de sus diversas descripciones, es decir, de un mundo que es en cierto modo *el mismo* para todos los seres humanos, y que en esta medida impone constricciones y correctivos a nuestras aserciones sobre aquél. Éstas, aunque por principio han de venir respaldadas por la argumentación y por el examen de las condiciones de su aceptabilidad racional, demandan *además* su adecuación al estado de cosas del mundo *tal como es*. En el discurso práctico, sin embargo, Habermas ha mantenido su rechazo a la existencia de ciertos “hechos morales”. Por este motivo, aquí el procedimiento discursivo refleja el único modo en que es posible acceder a la corrección moral o justicia de las normas. En este sentido, dicho procedimiento y su resultado tienen una significación constitutiva. En sus propias palabras, Habermas se ha reconocido como “un realista respecto a la cuestión epistemológica y un constructivista en cuestiones morales”¹.

El punto central de nuestra discusión es el siguiente: en la medida en que Habermas no admite un criterio independiente al procedimiento discursivo frente a conflictos normativos, su propuesta parece colapsar la distinción entre los acuerdos concretos, la aceptabilidad racional y la justicia. Acerca de esto llama la atención que Habermas insista en que su propuesta ética es, pese a todo, cognitivista. Esto es, que suponga que en los debates acerca de normas los individuos han de poder racionalmente arribar a *una* respuesta -moralmente- correcta, y no a un mero consenso fáctico. De otra forma la ética discursiva tendría obvias consecuencias relativistas o decisionistas. Habermas sabe bien que ningún procedimiento real de discusión puede garantizar un resultado justo, por más que confíe en que el discurso sea el mejor modo de aproximarnos a él. Por este motivo resulta de entrada difícil imaginar con exactitud en qué sentido puede ser considerada cognitivista la ética discursiva.

¹ Cfr. Jürgen Habermas, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 67. Asimismo, véase *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 2002; y *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, Barcelona, Paidós, 2002.

En lo que sigue trataremos de dar cuenta de esta cuestión. Para ello, en primer lugar, atenderemos rápidamente a la crítica realizada por Cristina Lafont a la propuesta habermasiana. Lafont señala la necesidad de incorporar un punto de vista realista en el ámbito práctico. Considera que la justicia o corrección *moral* de las normas depende de que puedan ser puestas en relación con los *intereses generalizables o comunes de todos los hombres*. Dichos intereses -que, según Lafont, son todos aquellos a que los seres humanos no querrían renunciar sin atentar con ello contra su naturaleza racional- operarían en el seno de las discusiones como el presupuesto *de hecho* que permitiría que la justicia o corrección trasciendan la justificación. Además de su acuerdo racional, las normas morales demandan su correspondencia con dichos intereses generales. Enseguida consideraremos que precisamente debido a la independencia de la justicia respecto de toda justificación, surgen problemas prácticos al momento de reclamar la obediencia de ciertas normas que aún habiendo sido consideradas justas por la mayoría, no hubiesen logrado el consentimiento unánime. Porque si los individuos *de hecho sabemos* que aún siendo razonables y racionales, *nada garantiza* la justicia de una norma, entonces la petición de obediencia de una norma cuya justicia no es evidente de suyo, sólo apelando al criterio de mayoría, resulta -en términos morales- por lo menos extravagante. El criterio de la mayoría no puede ser por sí mismo, en modo alguno, *moralmente* relevante. Posteriormente, para evitar la anterior encrucijada, argumentaremos a favor de distinguir el discurso en sí respecto del procedimiento decisorio. Este paso permite, en nuestra opinión, trazar una línea más o menos clara entre *justicia y legitimidad* (o como nos gusta decir: entre justicia *eterna* y justicia *terrena, política o histórica*). No obstante, la diferencia entre justicia y legitimidad no significa el rechazo de esta última del momento realista implícito en la noción de justicia. Por esta razón la legitimidad no se corresponde con la mera legalidad o consenso fáctico; ni tampoco es sólo procedimental. Lo que hace, creemos, es acotar el espectro de los intereses generalizables *relevantes* en relación con el objetivo *político* de lograr una vida cooperativa, pacífica y justa de la sociedad. A este respecto, mostraremos la dimensión constructiva de la noción de legitimidad. Mediante la incorporación de la idea de intereses generalizables al concepto de derechos fundamentales, y de éstos al de legitimidad, intentamos salvar la dimensión normativa y *realista* -en un sentido epistemológico- de la

política, pero sin confundirla con la moralidad. Como se verá al final, el constructivismo que Habermas defiende en relación con el discurso práctico no es incompatible con el tipo de realismo propuesto por Cristina Lafont. De esta manera, sugerimos, queda en pie el núcleo cognitivista de la ética discursiva.

Cristina Lafont² ha argüido convincentemente que la propuesta cognitivista de Habermas, si quiere de verdad mantenerse de manera coherente, ha de asumir una perspectiva realista. Lafont postula una concepción pragmática y formal de realidad que —en su opinión— puede ser reconocida ya en la *Teoría de la acción comunicativa* de Habermas. Dicha concepción haría plausible al mismo tiempo la existencia de una sola respuesta correcta y el pluralismo ético y epistémico. El interés de Lafont por defender una concepción realista en el ámbito normativo tiene que ver con la posibilidad de mantener la independencia analítica de la noción de justicia respecto de la de aceptabilidad racional, así como también de los acuerdos concretos. En su opinión esta independencia garantiza el falibilismo que hemos de asociar a toda pretensión normativa, ya que no existe ninguna forma de asegurar con el solo procedimiento el resultado correcto de nuestras deliberaciones. Tal independencia refleja además la trascendencia de la justicia respecto de las prácticas de justificación e indica a los sujetos que participan en ellas *qué es lo que están buscando*. La filósofa plantea que para comprender a la justicia de un modo realista es suficiente con admitir como un presupuesto práctico la idea de que existen *intereses generalizables o comunes a todos los hombres*. En estricto sentido esto no significa que exista *de hecho* este tipo de intereses, pero sí que si llegáramos a la conclusión de que aquellos no existen, la ética discursiva perdería todo su sentido³. Dicho de otra manera, se perdería de vista acerca de qué se

² Al respecto, pueden verse “Verdad, saber y realidad”, en José A. Gimbernat, *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997; *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1999; “Realismo y constructivismo en la teoría moral kantiana: el ejemplo de la ética del discurso”, *paper* inédito; “Justice and Legitimacy: The intricate relation of Morality to Politics”; *paper* inédito; “Procedural Justice? Implications of the Rawls-Habermas debate for discourse ethics”, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 29, no. 2, (2003).

³ Lafont muestra la analogía en los usos corrientes entre las nociones de verdad y justicia: ambas pretenden una validez incondicionada, están codificadas binariamente (una norma no es

está discutiendo. La cuestión empírica de si *de hecho* una determinada norma ha resultado en igual interés de todos los individuos una vez que disponemos de nueva información o aparece alguna consecuencia imprevista es lo único que permite mantener siempre abiertas las discusiones.

Ahora bien, en la medida en que nunca podemos saber de entrada –antes de toda discusión– *cuáles son los intereses reales compartidos por todos*, sino que sólo nos son accesibles los intereses *de hecho manifestados por individuos concretos*, por definición hemos de suponer en cada debate la posible parcialidad de los mismos. Como ésta es una cuestión que ha de resolverse siempre empíricamente a partir de información limitada y ejercicios hermenéuticos de autocomprensión, aunque no se pierda de vista la perspectiva independiente de la justicia, cualquier resultado que no consiga eliminar el conflicto de intereses no podrá entenderse por los propios participantes sino como un mero compromiso. En el ámbito jurídico-político –que es el que a nosotros nos interesa aquí– ésta no puede ser una solución estable. Porque dicho ámbito requiere de los individuos una motivación suficiente como para llegar a admitir que *aún en contra de sus propios intereses* (mientras no logren convencer a los demás de su justicia) *deben* someterse a determinados acuerdos logrados públicamente. Decir que dicha motivación podría derivarse de un interés anterior de convivir pacíficamente no haría sino pervertir el sentido con que normalmente comprendemos la legitimidad democrática en los estados constitucionales. Porque en dichos estados se aspira a lograr la justicia de las normas y no el sometimiento incondicionado a la regla de mayoría es porque todas las constituciones ponen límites y cualifican dicha regla.

Nada de lo dicho ha de afectar empero el cognitivismo y realismo propuestos por Lafont, que estimamos deben mantenerse. No se sugiere tampoco, a pesar de las dificultades señaladas, la eliminación en el discurso público de la noción de justicia y de intereses generalizables. Creemos como ella que ha de asumirse la existencia de unos intereses semejantes para poder aprehender el sentido normativo de la justicia. Lo que ponemos en cuestión es la oportunidad de emplear *directamente* en el ámbito jurídico-político dicha noción de intereses, o si quizás

más o menos justa, sino sólo *justa o injusta*), y tienen un carácter fijo en el tiempo (no se dice que una norma era antes justa y ahora es injusta). Su idea es que ninguna propuesta cognitivista sería lógicamente posible sin estas condiciones.

no pudiera ser conveniente que apareciera mediada por otra más adecuada a dicho ámbito.

Nosotros consideramos que, en cierto modo, la autonomía conceptual de la justicia respecto de la aceptabilidad racional y de los consensos fácticos termina haciendo problemática su operatividad en la esfera política. Lafont argumenta que esta concepción de la justicia tiene la ventaja de indicarnos *qué estamos buscando*. Sin embargo, como dicha concepción implica *per se* que aún habiéndola encontrado no sabremos con certeza si ése ha sido el caso, no queda sino simplemente cerrar las discusiones, en cada momento, de manera decisionista o vía compromiso. Como en virtud de la autonomía de la justicia no puede lógicamente decirse que una decisión particular ha de obligar porque *de hecho* atiende por igual a los intereses de todos, sino únicamente porque *de hecho* ha sido acordada por la mayoría, vemos que el verdadero y más urgente problema no era en realidad corroborar si la justicia era una cuestión independiente del modo de decisión, sino precisamente el contrario: cómo hacer para que las decisiones sean *ellas mismas justas*.

William Rehg⁴ ha insistido en la necesidad de distinguir en la ética de Habermas entre discurso y procedimiento decisorio. Observa con acierto que los discursos reales solamente pueden llegar hasta un determinado punto, después del cual, independientemente de la información disponible y de la desaparición o no del conflicto de intereses o valores, se requiere tomar una decisión que pueda ser admitida por todos los sujetos que participan en dichos discursos. Su preocupación central es cómo hallar un procedimiento que sea *en sí mismo* justo, de modo que sus resultados, aunque no respondan exactamente a lo que cada participante considera lo más justo para el caso, merezcan sin embargo ser reconocidos por ellos mismos como obligatorios. Rehg arguye con acierto que el establecimiento de un mecanismo de decisión no elimina de ningún modo la perspectiva de la justicia. Ni los procedimientos de azar, por usar un ejemplo extremo, ni la regla de mayorías confirman en ningún sentido las pretensiones de los individuos *como justas*. Esto significa que los individuos no esperan, como en las ordalías medievales, tener la verdad o la justicia de su lado por haber sido favore-

⁴ Cfr. William Rehg, "Against Subordination: Morality, Discourse, and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas", *Cardozo Law Review*, Volume 17, march 1996, numbers 4-5, pp. 1147-1162.

cidos por el procedimiento; ni mucho menos, que de repetirse éste indefinidamente el resultado estaría siempre de su lado. La conciencia de que en cualquier momento puede llegar nueva información o argumentos que hagan claro quién tiene la razón, hace que el tema de la disputa permanezca siendo una cuestión de justicia. En su perspectiva, como los discursos reales en política difícilmente llegan a una solución unánime, el procedimiento decisorio debe estar orientado a alcanzar decisiones vinculantes de una manera que se mantenga la solidaridad a través del mutuo reconocimiento de igual valor de “ganadores” como de “perdedores”.

Ahora bien, parece razonable suponer que no todo mecanismo decisorio sería admisible para cualquier tema o situación. Como si por ejemplo hubiera de decidirse un juicio criminal por un procedimiento de azar (como echar una moneda al aire). Esto quiere decir que el propio objeto de la discusión ha de orientar de algún modo el tipo de procedimiento cuyas respuestas podrían admitirse como válidas. Luis Villoro ha señalado que cualquier procedimiento debe ser visto por la comunidad de justificación a la que se dirige como el más racional posible de acuerdo con las prácticas que debe guiar y el tipo de conocimiento que pretende alcanzarse⁵.

Con el término “legitimidad” nosotros nos referiremos al especial tipo de validez relacionado con los procedimientos jurídico-políticos de discusión y decisión en la esfera pública ciudadana⁶.

Ahora bien, ¿de qué modo es posible incorporar la perspectiva de la justicia al ámbito de validez de la legitimidad? Hay que ser claros a este respecto debido a que al asociársela con el mecanismo decisorio, la legitimidad suele ser comprendida en términos de puro procedimiento. Para nosotros, en cambio, esta comprensión procedimentalista de legitimidad explica bien en realidad lo que es la sola legalidad –en sentido positivista típico.

En contra de esto, nuestra estrategia consistirá en vincular internamente la idea de intereses generalizables a la noción de derechos fun-

⁵ Cfr. Luis Villoro, *Creer, saber, conocer*, México, Siglo XXI, 1994, p. 282.

⁶ Para John Rawls, el principio liberal de legitimidad puede entenderse, en pocas palabras, como un principio democrático. Dicho principio reza: “nuestro ejercicio del poder político es propia y consiguientemente justificable sólo si se realiza de acuerdo con una constitución, la aceptación de cuyas esencias pueda razonablemente presumirse de todos los ciudadanos a la luz de principios e ideales admisibles por ellos como razonables y racionales”; cfr. John Rawls, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, p. 252

damentales, de tal modo que desde el principio pueda quedar atada la perspectiva realista de la justicia a la concepción de legitimidad. Si tal propuesta resultara razonable, los derechos pasarían a ocupar el lugar de los intereses como el presupuesto que habría que asumirse para señalar *qué es lo que estamos buscando* con el procedimiento decisorio. Es decir, para señalar el objetivo de la justicia *política e histórica*.

Por otra parte, en la medida en que se mantiene la distinción analítica entre derechos e intereses, se deja lugar para comprender el constructivismo que Habermas mantiene respecto de las normas sociales, pudiendo entender que los derechos fundamentales representan tan sólo *una* de –quizá– muchas respuestas válidas posibles frente a la cuestión de la justicia.

Como Habermas, nosotros comprendemos también los derechos fundamentales como una noción jurídico-positiva, con independencia de que dichos derechos se encuentren codificados en constituciones estatales o instrumentos internacionales. No nos pronunciamos, empero, acerca de la existencia o no de derechos humanos, naturales o morales allende el derecho positivo. Subrayar aquí el aspecto de la positividad, sin embargo, no debe leerse como un rechazo a otras fuentes de normatividad, sino más bien como una prevención para que cualquier interés humano que pueda hacerse exigible mediante el poder del estado, tenga que pasar por un procedimiento democrático de formación de la voluntad política.

Teniendo en cuenta lo anterior sostendremos que aunque *no todos* los intereses generalizables pueden ser comprendidos como derechos fundamentales, si en cambio *todos* estos derechos, bien entendidos, tendrían que responder a algún interés de ese tipo. Difícilmente podríamos defender públicamente un derecho que no tuviera nada que ver con un interés semejante de las personas. En todo caso, nótese que al retener la distinción analítica entre derechos fundamentales e intereses generalizables, podemos explicar que quepan *diversas* interpretaciones acerca de los *mismos* intereses. Desde esta perspectiva los derechos fundamentales serían considerados como *una* de nuestras interpretaciones de los intereses generalizables de todos los hombres. Con la noción de interés vinculada internamente a la concepción de los derechos se asegura la perspectiva del realismo moral y se retiene un criterio independiente para criticar aquellos derechos que parezcan encubrir ideologías excluyentes. Si se acepta esto podremos admitir fácilmente que existan

intereses generalizables que *deberían ser* reconocidos como derechos, sin decir que dichos intereses son *per se* derechos. Al respecto nosotros creemos que la no-confusión entre intereses generalizables y derechos se corresponde con una intuición liberal insoslayable, dado que los ciudadanos de las democracias constitucionales han de ser conscientes que en caso de conflictos entre intereses, solamente aquellos que hayan decidido consignar como fundamentales deberán prevalecer y hacerse respetar, incluso mediante el ejercicio de la violencia estatal. En cambio, respecto de cualquier otro interés generalizable no cabe sino postular un deber moral, sancionable sólo mediante algún tipo de reproche social o por la mera conciencia individual. Por otra parte, como se entiende que los derechos no son sino una posible interpretación acerca de determinados intereses de los seres humanos, se da lugar a una visión histórica y contingente de los derechos. Si lo anterior no conduce al relativismo, ello se debe al vínculo existente entre la noción de intereses generalizables y derechos.

Para nosotros quizás la mejor forma de caracterizar los intereses generalizables, de tal manera que sean plenamente compatibles con nuestra comprensión corriente de los derechos fundamentales, es la ofrecida por Luis Villoro; quien entiende que aquellos intereses en el espacio público-político han de ser sobre todo *no-excluyentes*, además de generalizables⁷. Esta perspectiva pone de relieve que en la construcción de lo político el respeto igual para todos los individuos, la prohibición irrestricta de la exclusión y el daño, está antes que la maximización de ciertos bienes o derechos⁸. En este sentido, la propia idea de derechos fundamentales impone una constricción a cualquier *moralismo* irresponsable o dogmático, que mirando especialmente o sólo a la maximización de ciertos intereses, desatendiera las condiciones sociales y/o materiales de cumplimiento de otros intereses más elementales de los demás. Respecto de los derechos fundamentales, como bien señala Javier Muguerza⁹ en el mismo sentido de Villoro, ha de regir el principio

⁷ Cfr. Luis Villoro, "Sobre el principio de la injusticia: la exclusión", *Isegoría*, no. 22, septiembre de 2000, pp. 115-116.

⁸ También Onora O'Neill, ante la ausencia de un parámetro común con el cual maximizar los intereses de las personas, considera que es mejor comprender la justicia desde la idea del rechazo de las máximas no generalizables; cfr. *Constructions of Reason. Explorations of Kant's Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 214-218.

⁹ Cfr. Javier Muguerza, "La alternativa del disenso", en *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 52.

de los vasos comunicantes; esto es, que ha de buscarse sobre todo nivelar la estatura jurídica de los sujetos.

Insistimos, al distinguir analíticamente derechos e intereses generalizables, sin renunciar a estos últimos, disponemos de un muy buen criterio realista para considerar que la noción de legitimidad no es puramente procedimental. Con la idea de intereses generalizables no-excluyentes incorporados a los derechos fundamentales, la justicia queda atada necesariamente a la idea de legitimidad, más o menos en el sentido de lo que Habermas llama una “trascendencia desde dentro”¹⁰. Si reconocemos que los derechos no pueden sino encarnar intereses generalizables, y que la diferencia entre ambos es básicamente de amplitud, entonces el momento de la justicia está siempre presente en las discusiones que versan acerca de tales derechos. Sin embargo, mientras con la idea de intereses generalizables la justicia sólo puede ser una presuposición pragmático-formal de los discursos públicos, con la noción de derechos fundamentales la justicia se expresa como justicia histórica y material. Nótese que el reconocimiento de dicha historicidad, con todos los condicionamientos que nos podamos imaginar, no subvierte en ningún sentido el carácter de las discusiones públicas sobre derechos fundamentales como discusiones relacionadas con cuestiones de justicia. Porque nunca puede ser entendido por tales derechos “lo que es bueno para todos *nosotros*”. De hecho, el uso de “nosotros” dentro de cualquier pretensión normativa sería el mejor motivo para dudar que se está hablando de derechos fundamentales.

Lo que estamos sugiriendo, entonces, es que los derechos fundamentales representan una *construcción* que trata de brindar una respuesta *correcta* en el ámbito político-institucional a los requerimientos de la justicia *como legitimidad*. En términos morales, sin embargo, no ha de implicarse que dichos derechos sean la *única* respuesta correcta, sino más bien que frente a la posibilidad de que haya *varias* respuestas correctas -lo que ha de resolverse empíricamente-, se supone que nosotros hemos llegado a la conclusión que los derechos fundamentales representan una muy buena herramienta para organizar pacífica y cooperativamente la vida social. Pero como en esta perspectiva los derechos fundamentales no son naturales en ningún sentido, sino que responden al interés de poner a resguardo del poder político determinadas cues-

¹⁰ Cfr. Jürgen Habermas, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós ICE / UAB, 1991.

tiones, pensar que son en sí mismos *la* respuesta correcta, llevaría a clausurar la discusión sobre su posible mejora o sobre si cabe un mecanismo de protección más idóneo. Por el contrario, creer que ni siquiera son *una posible* respuesta correcta, no proporcionaría la motivación suficiente para asegurar su cumplimiento. Defender los derechos fundamentales frente a otras culturas con distintas formas de organización política implica que consideramos que éstos protegen mejor los intereses de *todos los seres humanos*, no únicamente los *nuestros*. Reconocer que son una construcción nuestra, sin embargo, debe hacernos mucho más autocríticos y disponernos a escuchar a quienes defienden con igual denuesto sus propias construcciones. Si la defensa de aquellos otros se basa en meros intereses particulares, y no en los intereses de todos, sabremos que la discusión no versa sobre cuestiones de justicia. Pero si en lugar de ello argumentan –como se supone hacemos nosotros– a favor de intereses generalizables no-excluyentes para todos los hombres, que requerirían otro tipo de organización política, la discusión tendría entonces que llevarse al plano empírico y tratar de resolverse en términos de cuál de ellas favorece mejor ese tipo de intereses.

Ahora bien, hablar de derechos fundamentales como construcción no debe inducir el error de suponer que éstos han resultado formar parte de un diseño o plan deliberado de determinados individuos, ni de que cualquier cosa puede ser construida por la simple voluntad de las personas. Con dicha metáfora más bien se intenta poner de manifiesto su carácter contingente e histórico. Sobre esto Habermas ha dicho que los derechos fundamentales no pueden ser explicados sino a partir de ciertas condiciones sociales generadas por el individualismo y la secularización de la sociedad occidental moderna que debe verse como un *factum* y que, por lo tanto, no necesitan una justificación retrospectiva¹¹. Pero, si es cierto que en relación con las circunstancias de su surgimiento los derechos no requieren de justificación, ésta sí es necesaria cuando dichos derechos tratan de ofrecerse como una respuesta normativa frente al problema *actual* de atender a los intereses generalizables de las personas. Lo anterior porque la asunción de toda pretensión normativa no puede realizarse sino en actitud realizativa, y no admite ser sólo descrita desde una perspectiva objetivante. Para nosotros, aunque históricamente los derechos fundamentales sean el resultado imprevi-

¹¹ Cfr. Jürgen Habermas, “Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos”, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 153.

to de circunstancias socio-económicas contingentes, y aunque sólo hayan llegado a ser comprendidos cabalmente bajo la forma del derecho positivo, su defensa en términos normativos no puede ser planteada más que en función de las expectativas e intereses actuales de sujetos autónomos.

A partir de estas reflexiones podemos observar que el constructivismo no implica *per se* la negación de una única realidad accesible por igual a todos los seres humanos¹². Supone tan sólo que toda aproximación a dicha realidad depende de perspectivas parciales y sistemas de interpretación históricos que destacan diferentes aspectos de esa única realidad común en función de intereses y desarrollos determinados. Ahora bien, dado que las distintas descripciones de la realidad han de contar para diferentes individuos como válidas (verdaderas o correctas), la opción constructivista remite ella misma a la asunción de un procedimiento de decisión públicamente reconocido. Debido a lo anterior, puede decirse que el constructivismo entraña también un sentido *normativo*, que se enfrenta al hecho de que las creencias de las personas tienen un carácter realizativo¹³. Esto significa que lo que haya de contar como verdadero o como justo deberá por principio respetar el sentido de la autonomía subjetiva de las personas.

Con esto en mente y de acuerdo con las actuales condiciones sociales de nuestros saberes y creencias más comunes acerca del fenómeno político en las democracias constitucionales existentes, parece plausible sostener que la admisibilidad –o *legitimidad*– de toda decisión jurídicamente vinculante se haga depender del reconocimiento de un espe-

¹² Nosotros creemos que así entendido el constructivismo, en un sentido “débil” o “epistémico”, podría ser puesto en paralelo con el realismo interno de Hilary Putnam, tal como aparece expresado en *Razón, verdad e historia*, Madrid, Tecnos, 1988. Debo a una conversación con Axel Müller el señalamiento de lo anterior. Dicho paralelismo ha sido observado también por Ana Rosa Pérez Ransánz, *Kuhn y el cambio científico*, México, FCE, 2000, p. 209. Sobre el no-necesario rechazo constructivista a la idea de una realidad independiente en diferentes ciencias, puede verse Niklas Luhmann, “The Cognitive Program of Constructivism and the Reality that Remains Unknown”, *Theories of Distinction. Redescribing the Descriptions of Modernity*, Stanford, Cal., Stanford University Press, 2002, pp. 128-152.

¹³ Cfr. Christine M. Korsgaard, *Las fuentes de la normatividad*, México, UNAM, 2000. La profesora de Harvard ha escrito que la pregunta por lo normativo debe tener las siguientes características: a) debe ser formulada en primera persona; b) debe ser “transparente”, lo que significa que ha de permitir actuar a la luz de un pleno conocimiento de lo que se entiende como moral, de por qué somos sensibles a su influencia, y permitimos creer que nuestras acciones están justificadas y tienen sentido; y por último, c) su respuesta debe apelar al sentido de quiénes somos, a nuestro sentido de identidad; pp. 29-31.

cial tipo de derechos (fundamentales) y de un proceso decisorio abierto al mayor número de personas. Sin embargo, lo que haya de contar como tales derechos, o lo que pueda ser acordado mediante un procedimiento semejante, no dependerá directamente de ninguna concepción particular de lo moral, sino de nuestra comprensión contingente de los intereses que en cada circunstancia han resultado *políticamente* relevantes¹⁴. Si respecto de determinados derechos o aspectos procedimentales podemos predicar *además* un contenido moral, ello no deberá ser entendido sino como una coincidencia feliz. En nuestra propuesta, no obstante, dicha coincidencia ha sido deliberadamente buscada mediante la adopción para los dos ámbitos como criterio de validez relevante la noción de intereses humanos generalizables¹⁵; en cierto modo porque creemos que la estabilidad de los órdenes políticos depende en mucho de la adhesión autónoma de sus ciudadanos –por sus propias razones–¹⁶, y no sólo de la pura violencia o el compromiso estratégico. En todo caso, dado que dicha adhesión puede también apoyarse en razones injustas, hemos optado por mantener la distinción analítica entre derechos e intereses generalizables, reservándonos el calificativo de derechos fundamentales legítimos sólo para aquellos intereses que de hecho resulten ser generalizables y no-excluyentes después de un procedimiento democrático de decisión. Este último enunciado amerita algún comentario adicional. Con él no se quiere decir en modo alguno

¹⁴ Habermas remite a Jean Cohen para indicar: “*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 participación” [Las cursivas son mías, A.S.]; cfr. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 383. Puede notarse fácilmente el paralelismo con la idea rawlsiana del “valor equitativo de las libertades políticas”; cfr. John Rawls, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 200-205.

¹⁵ En las sociedades democráticas sin dificultad se admitiría que un voto, siempre que fuera emitido libremente, pueda ser considerado como la expresión de un interés ciudadano. La generalizabilidad de la que se habla en el seno de las democracias constitucionales, empero, aunque no se referiría *a priori* a toda la humanidad, es perfectamente reconocible en la medida en que los ciudadanos han de saber que la propia institución de la democracia requiere para su subsistencia la protección igual de los intereses de todos los individuos que participan en ella, tanto como para los de uno mismo. Por ello puede decirse con propiedad que una papeleta depositada en una urna por un niño, una persona con discapacidad mental, o por un individuo amenazado, no es un “voto” en estricto sentido.

¹⁶ Esto es lo que en John Rawls se entendería como un “consenso entrecruzado” (*overlapping consensus*). Para Rawls esta noción trata de dar cuenta de la estabilidad y unidad social en regímenes constitucionales caracterizados por el “hecho del pluralismo” (*fact of pluralism*). Cfr. John Rawls, “The Idea of an Overlapping Consensus”, *Collected Papers*, op. cit., pp. 421-448.

que ciertos intereses han de ser considerados *de hecho* como generalizables *en virtud* del procedimiento legislativo, sino que los intereses que *ya son en sí mismos* generalizables requieren *además* su reconocimiento democrático¹⁷. Sólo en este sentido puede hablarse de la significación realista y constructiva de los derechos y la democracia, —en palabras de John Rawls— en un sentido político, no metafísico¹⁸.

Recepción: 26/09/2006

Aceptación: 7/02/2008

¹⁷ Esta circunstancia ha llevado a Lafont a afirmar: “El hecho de que una norma sea justa no la hace legítima. Esto es, entre dos normas o reglas igualmente justas, solamente la decidida democráticamente por una específica comunidad política es legítima”; cfr. Cristina Lafont, “Justice and legitimacy. The intricate relation of morality to politics”, *paper* inédito, 2003, p. 19.

¹⁸ Cfr. John Rawls, “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, *Collected Papers*, op.cit., pp. 388-414.