

Wellmer, A., «Derechos humanos y Democracia», trad. de Luis Sáez Rueda, en García Casanova, J.F. (ed.), *Crítica y Autoridad*, Granada, Comares, 1997, pp. 169-199.

RESUMEN

En este magnífico ensayo, Albrecht Wellmer —sin duda uno de los filósofos más importantes de la actualidad— se enfrenta al problema de la universalidad de las normas de convivencia interpersonal. Su posición se aleja tanto del universalismo de Habermas como del decisionismo que detecta en Carl Schmitt. Con el primero, considera que los derechos y deberes ciudadanos exigen justificaciones democráticas rigurosas. Contra él admite la tesis schmittiana —que analiza con detalle— según la cual hay un momento no reglable inherente a la génesis de toda legalidad, un «poder soberano» ineludible que depende del acto performativo de decisión y que no puede ser eliminado del campo de juego de la política, de la justificación misma de las reglas políticas. Rebasando a Schmitt (que consideraba que una sociedad civil mundial significaría el fin de la política), intenta mostrar que la universalidad normativa, en un mundo globalizado, es, a pesar de todo, posible. Wellmer afirma, como cauce de ésta uno quizás infinito: un *círculo práctico-hermenéutico* entre instancias universales y particulares, como la norma y la aplicación o los derechos universales y los derechos civiles. Dicho círculo no es vacío, sino productivo, pero nos obliga a aceptar la *finitud de la democracia* y la idea de una *justicia que siempre está en germen*.

El Traductor.

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA *

ALBRECHT WELLMER
Universidad de Berlín

1. En culturas o contextos que están fuertemente determinados por el espíritu religioso el concepto de derechos humanos es interpretado de un modo distinto a como lo es en una cultura liberal. De acuerdo con ello, la aplicación, por ejemplo, de la «Fatwa» contra un escritor supuestamente blasfemo o, por tomar un caso anacrónico, la muerte de un hereje en la hoguera, no tendrían por qué significar en tales contextos una violación de los derechos humanos. Estos ejemplos muestran que *nuestro* concepto de derechos humanos, y pienso en el que se ha configurado en el contexto de las tradiciones liberales y democráticas modernas, está inserto en un ámbito conceptual que resulta difícilmente separable respecto al campo conceptual con ayuda del cual describimos el contenido normativo de esas tradiciones (jurídico-políticas). Quiero decir con ello que nuestro concepto de los derechos humanos está estrechamente emparentado con el de los derechos civiles fundamentales y es prácticamente inseparable de una comprensión universalista de la moral que se ha extendido al ámbito, entre otros, de tales derechos fundamentales. Naturalmente, el discurso acerca de «nuestra» comprensión de los derechos fundamentales o del hombre supone una tosca simplificación. Se podría decir, en efecto, en un sentido próximo al de MacIntyre, que el concepto de los derechos humanos es un concepto intrínsecamente controvertido. No obstante, el discurso acerca de

* Traducido del alemán por Luis Sáez Rueda.

«nuestra» comprensión de los derechos humanos deberá indicar tan sólo que el *espacio de juego* de las controversias en el interior de la cultura liberal está delimitado por afinidades características, que incluyen, además de una comprensión universalista de la moral, el reconocimiento de derechos liberales y democráticos fundamentales *en el interior* de esas culturas.

Pues bien, es patente que entre («nuestro») concepto de los derechos humanos y el de los derechos civiles fundamentales existe, no sólo un nexo innegable, sino, simultáneamente, una peculiar relación de tensión. Me gustaría caracterizar con mayor precisión a ambos, al nexo y a la relación de tensión, entre derechos humanos y derechos fundamentales. Los derechos humanos son derechos fundamentados moralmente y cuyo reconocimiento es el reconocimiento de una *pretensión* moralmente fundamentada que los hombres, *en cuanto* hombres, poseen ante otros seres humanos y, por ello, también ante las instituciones estatales. Reconocer los derechos humanos implica, por tanto, también reconocerlos ya siempre como derechos potenciales *frente a* un código legal positivo, aunque no aparezcan *como* derechos *en el interior* de ese código legal. Los derechos fundamentales son, por el contrario, derechos jurídicos reclamables —al menos según esa noción— como derechos *en y ante* una determinada comunidad legal. Distinguiendo dentro de ellos, como parece oportuno, entre derechos liberales de libertad, derechos democráticos de participación y derechos sociales de asociación, se aprecia que tales categorías de derechos están referidas ya siempre a una determinada comunidad legal, particular, *en y en virtud de* la cual son reconocidos como derechos jurídicos.

Hasta cierto punto, el *nexo* entre derechos humanos y civiles puede entenderse de modo que derechos humanos fundamentados moralmente fueron transformados en derechos civiles jurídicamente reclamables y condujeron de esta forma a la constitución de un tipo de legitimación nuevo, democrático. Ahora bien, la transformación de los derechos humanos en civiles supone al mismo tiempo su particularización; pues los derechos civiles son lo que son únicamente

en referencia a la comunidad legal en la cual son reconocidos *como* derechos civiles (de sus miembros). Así pues, al universalismo de los derechos humanos corresponde un particularismo de los derechos civiles, y ello a pesar de que, por su propia naturaleza, los derechos civiles constituyan propiamente sólo la transposición de los derechos humanos a una genuina forma legal. En realidad, estas relaciones conceptuales son algo complicadas porque la idea de los derechos humanos, en un sentido moderno, estuvo referida, ya siempre, al problema de la legitimidad política. Como derechos «naturales», los derechos humanos debían proporcionar la base de un nuevo tipo de legitimidad política y, en esa medida, estuvieron referidos ya siempre a su codificación jurídica. Pero esto significa que el universalismo moral, que es inherente a la idea de los derechos humanos, tomó acto de presencia en la filosofía política moderna, sobre todo, en el sentido de una pretensión universal de *validez* para el nuevo tipo de legitimación política; visto así, no había una relación de tensión entre el particularismo de los derechos civiles y el universalismo de los derechos humanos. Entretanto, sabemos, sin embargo, que el particularismo inherente a los derechos civiles posee una dinámica propia que, por así decirlo, lo conduce constantemente a un conflicto con el universalismo de los derechos humanos. Este conflicto surge hoy en multitud de lugares distintos: en todos aquellos lugares en los que el particularismo de la política democrática, que ha sido introducido con el particularismo de los derechos civiles, posee consecuencias negativas para la realización de los derechos humanos de aquellos que no pertenecen al contexto en cuestión; piénsese siquiera en la política económica, la exterior, la de medio ambiente y la de asilo de las sociedades occidentales industrializadas de la actualidad. Menciono estos ámbitos de conflicto para recordar por ahora que el problema de los derechos humanos no se agota en el de los derechos civiles; no, por lo menos, hasta que una sociedad civil mundial haga irrelevante la tensión entre el universalismo de los derechos humanos y el particularismo de los derechos civiles.

2. Dejo a un lado por el momento la tensión entre el universa-

lismo de los derechos humanos y el particularismo de los derechos civiles, mencionada anteriormente, y discutiré a continuación acerca de los derechos humanos *en cuanto* civiles; es decir, en el sentido en que han sido reconocidos *como* derechos fundamentales en las constituciones democráticas. Esto no significa, por lo demás, que ya no se pueda hablar aquí en absoluto de una tensión entre derechos humanos (fundamentados moralmente) y derechos civiles (jurídicamente codificados). Pues, dado que, como tendremos ocasión de ver, el proceso de *interpretación* de derechos civiles es inacabable, la relación de tensión entre derechos humanos y civiles surge de nuevo en el interior de los sistemas legales democráticos como una relación de tensión entre la interpretación de los derechos civiles reconocida en cada caso y una crítica a tales interpretaciones «imperantes» avalada, entre otras cosas, por argumentos morales. Se podría decir, tal vez, que la idea de los derechos humanos contiene un excedente respecto a cualquier codificación e interpretación determinada de derechos humanos, y que ese excedente puede hacerse valer, tanto en actos de legislación y en decisiones judiciales, como en la crítica de las concepciones legales imperantes.

Previamente a que aborde más de cerca este problema de interpretación, algunas palabras todavía sobre la alternativa de la interpretación «liberal» *versus* la «democrática» de derechos fundamentales. Se trata de la alternativa Locke-Rousseau, que hoy se repite de una forma más sutil en la oposición entre Rawls y Habermas. Los derechos democráticos de participación, de acuerdo con Rawls, son únicamente parte integrante de un grupo de derechos liberales fundamentales que, en su totalidad, guardan una relación de *prioridad* respecto a cualquier forma posible de discurso democrático¹. Habermas, por el contrario, comprende los derechos «subjetivos» de libertad y de protección que son característicos de la tradición liberal (los «de-

¹ Tal es la construcción de Rawls en *A Theory of Justice*, Cambridge/Mass, 1971. Cfr. especialmente las aclaraciones respecto al primer principio de la justicia, *ibíd.*, pág. 61.

rechos de libertad de los modernos») como una *función* de los derechos democráticos de participación y de comunicación². La cuestión que aquí se plantea es la de la relación (de fundamentación) entre autonomía «privada» y autonomía «pública»³. Sin duda, se trata de un importante e interesante problema en relación a la «construcción» o fundamentación de los derechos fundamentales. Sea cual fuere la actitud que se mantenga respecto a este problema de arquitectónica, salta a la vista que ambos autores parecen coincidir en un punto, a saber, en que sin un afianzamiento de los derechos liberales fundamentales, por un lado, no puede haber ningún discurso democrático que merezca ese nombre, mientras que, por otro lado, sólo en el discurso democrático mismo se pueden tomar decisiones acerca de la interpretación y concreción de los derechos liberales fundamentales —así como acerca de los derechos democráticos de participación y de los derechos sociales de asociación—⁴. La coincidencia afecta no sólo a la idea de que el concepto de los derechos liberales fundamentales, así como el de los derechos democráticos de participación, quedan incompletos sin una relación conceptual interna y recíproca entre ambos tipos de derechos fundamentales, es decir, a la idea de que la libertad «privada» y la «pública» han de ser com-

² Véase también el artículo de Rawls en el mismo volumen, *op. cit.*, pp. 173-174.

³ Véase el artículo de Rawls en el mismo volumen, *op. cit.*, pp. 173-174.

⁴ Véase el artículo de Rawls en el mismo volumen, *op. cit.*, pp. 173-174.

² Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., 1992, págs. 151 ss.

³ Bajo ese lema han desarrollado Habermas y Rawls su más reciente discusión, en J. HABERMAS, «Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism» y J. RAWLS, «Reply to Habermas», *The Journal of Philosophy*, Vol. XCII, n.º 3, marzo 1995. V., especialmente, el tercer párrafo de cada uno de los escritos, así como el cuarto en la intervención de Rawls.

⁴ En lo que respecta a la primera parte de esta idea, hay que mencionar que es la forma en que la posición de Habermas ha experimentado una aproximación a la posición originaria de Rawls. Cfr. *Faktizität und Geltung*, *op. cit.* En lo que concierne al contenido de la segunda parte, habría que señalar que es para Rawls, así parece, consecuencia inmediata de una interpretación correcta (es decir, no-realista) de su «modelo de cuatro niveles» presentado en *A Theory of Justice*. Cfr. «Reply to Habermas», *loc. cit.*, págs. 151 ss.

prendidas como dos partes de un todo indivisible; más allá de ello, parece haber una coincidencia implícita en la convicción de que de esa copertenencia entre autonomía privada y pública resulta una peculiar relación dual entre derechos fundamentales y discurso democrático: el discurso democrático tiene que presuponer esos derechos fundamentales como «condición de su posibilidad» y, al mismo tiempo, tiene también que *crearlos* en su forma legal e institucional concreta, exclusivamente *desde sí mismo*.

Pues bien, podemos seguir el curso de esta relación dual entre derechos fundamentales y discurso democrático en dos direcciones diferentes, a saber, en la de un análisis constructivo-conceptual y en la de un análisis pragmático-hermenéutico. Habermas y Rawls siguen sobre todo la dirección de un análisis constructivo-conceptual. Habermas, cuya perspectiva en la teoría de la democracia me gustaría tomar como punto de partida, intenta realizar una distinción entre cuatro *categorías* de derechos fundamentales (entre las que cuenta la de los «derechos negativos de libertad», en el sentido de la tradición liberal), categorías que comprende como *condiciones de posibilidad* de un discurso democrático⁵. Supuesto esto, puede abandonar en manos del discurso democrático mismo la interpretación y concreción de tales derechos fundamentales. Bajo el punto de vista de un análisis constructivo-conceptual, la relación dual entre derechos fundamentales y discurso democrático se interpreta en el sentido de una jerarquía conceptual: las cuatro categorías de derechos fundamentales pertenecen al *concepto* del discurso democrático; su concreción, interpretación y desarrollo institucional son *asunto* del discurso democrático.

En contraste con esto, a mí me interesa aquí el aspecto hermenéutico-pragmático de aquella relación dual. Sólo hay discurso democrático allí donde ya han sido reconocidos ciertos derechos liberales fundamentales en una forma concreta —jurídico-formalmen-

⁵ Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, págs. 155 ss.

te o incluso de modo informal—, allí, por consiguiente, donde las categorías de derechos fundamentales mencionadas por Habermas son reconocidas no sólo *en cuanto* categorías, sino, de un modo más o menos compartido, como derechos fundamentales concretados histórica e institucionalmente. Desde esta perspectiva, las presuposiciones del discurso democrático no son *categorías* de derechos fundamentales, sino determinadas institucionalizaciones y concreciones de derechos fundamentales. Si partimos ahora de la base de que, por regla general, los discursos democráticos no acaban resultando en consensos alcanzados discursivamente —aunque todos los participantes reclamen la posibilidad de un consenso semejante respecto a sus argumentos—, esto significa, al mismo tiempo, que el reconocimiento de derechos fundamentales, más o menos compartido y más o menos institucionalizado, que ha sido supuesto, tiene que incluir asimismo un acuerdo acerca del trato con los disensos, acerca de procedimientos de decisión (sea el caso de la decisión por mayoría), acerca de formas de representación, de la separación de poderes, etc. Ahora bien, la relación dual entre derechos fundamentales y discurso democrático se presenta, así considerada, como un inevitable *círculo práctico*⁶. Pues toda nueva codificación, institucionalización o concreción de derechos fundamentales en el medio del discurso democrático se opera, entonces, bajo la presuposición de o en referencia a codificaciones, institucionalizaciones o concreciones ya existentes. Una sociedad democrática está obligada a extraerse a sí misma del pantano de sus injusticias pretéritas, tirando de sus propios cabellos⁷. Me gustaría abordar la estructura de este círculo práctico de un modo más preciso.

⁶ Cfr. Albrecht WELLMER, «Bedingungen einer demokratischen Kultur. Zur Debatte zwischen “Liberalen” und “Kommunitaristen”», en A. WELLMER, *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne*, Frankfurt a. M., 1993, págs. 61 ss.

⁷ N. T. Hemos preferido conservar este giro, de todo punto extraño en castellano, debido a la relevancia filosófica del mismo. La frase apunta al conocido relato

He señalado ya que, por regla general, las decisiones democráticas no pueden apelar a un consenso alcanzado discursivamente por todos los afectados. Aunque partamos de la base de que todos los «interlocutores en el ámbito del derecho» («*Rechtsgenossen*») —bien en cuanto parlamentarios, bien en cuanto jueces o participantes en el discurso público— *aspiran* con sus argumentos en pro de determinadas normativas jurídicas, o de una determinada interpretación o concreción de derechos fundamentales, a la posibilidad de un asentimiento racional de todos los afectados, subsiste sin embargo el hecho de que la adopción de una *decisión* respecto a casos controvertidos no puede esperar, por lo general, al consenso. Si bajo tales circunstancias se pretende asegurar la legitimidad democrática de las decisiones, sólo queda la posibilidad de recurrir a un consenso de más alto nivel —o quizás a un consenso restringido— sobre procedimientos legítimos de decisión: decisiones de la mayoría, decisiones del tribunal constitucional, procedimientos de la administración de justicia, etc. Pero, naturalmente, el problema no puede ser resuelto de esta forma: en cuestiones jurídicas importantes no puede haber una «justicia puramente procedimental» (en el sentido de Rawls), de modo que ni siquiera mediante la invocación de un consenso de más alto nivel, por lo menos mientras el «cuasi-procedimiento» de la argumentación no conduzca a un consenso, puede ser extirpado el aguijón de la injusticia del proceso democrático (esto es, de la conciencia de los afectados en cada caso) ⁸. A decir verdad, bajo las con-

popular alemán según el cual el barón de Münchhausen intentó en cierta ocasión sacarse a sí mismo de un pantano tirando de sus propios cabellos. Como se sabe, la alusión al grotesco empeño del barón ha sido utilizada en un sentido peyorativo, por ejemplo, por Karl Popper y Hans Albert para simbolizar, en un contexto filosófico, la vacuidad de una fundamentación circular. Es obvio que Wellmer se refiere aquí, por el contrario, a un peculiar círculo práctico que resulta productivo y que recuerda al llamado por Heidegger y Gadamer «círculo hermenéutico».

⁸ Este punto ha sido minuciosamente abordado por Rawls en «Reply to Habermas», loc. cit., págs. 170 ss.

diciones de un discurso democrático las decisiones no pueden ser nunca últimas, irrevocables o inapelables; más bien, permanecen involucradas en un discurso democrático que, por principio, siempre puede conducir a la revisión de decisiones controvertidas. No obstante, y en primer lugar, esto no tiene el significado de una salida al círculo práctico que he descrito; en segundo lugar —y en ello se centra mi interés en este punto— las decisiones que son revisables por principio son a menudo decisiones «últimas» en un sentido cuyas consecuencias resultan notables: madres que abortan son sancionadas, injusticiadas personas declaradas culpables de asesinato, criminales nazi o delincuentes en materia económica son absueltos, expulsados individuos que solicitan asilo, y se golpea con virulencia a manifestantes. No juega aquí, por lo demás, un papel decisivo el que sólo haya mencionado casos «críticos» de la legislación y administración de justicia alemana —o también americana—; a propósito de casos críticos se puede dilucidar mejor el momento «performativo» que también forma parte del discurso democrático sobre normas y derechos fundamentales; me refiero al momento de decisión democrática, administrativa o judicial, en virtud del cual en cada caso particular el discurso es llevado provisionalmente (y para los afectados, tal vez, de modo irrevocable) a su término.

3. A este momento performativo de la decisión que está alojado también en el discurso democrático se ha referido, como es sabido, Carl Schmitt⁹ y, después de él —con un signo completamente distinto— Jacques Derrida¹⁰. Me gustaría distinguir en este punto entre la teología política antiliberal de Carl Schmitt, es decir, todas

⁹ Cfr. Carl SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München y Leipzig, 1934, especialmente págs. 39-46.

¹⁰ Jacques DERRIDA, *Gesetzeskraft. Der «mystische Grund der Autorität»*, Frankfurt a. M., 1991, especialmente págs. 46-59. Para una interpretación ulterior de Carl Schmitt a la luz de las reflexiones de Derrida, V. C. MENKE, «Entscheidung und Aufschub: Schmitt im Lichte Derridas», en prensa.

aquellas posiciones políticas y filosófico-jurídicas con contenido que hicieron de él un nazi, y su «meta-teoría» filosófico-jurídica, de la cual creía él —falazmente— poder deducir sus opciones políticas autoritarias y hasta totalitarias. Esta meta-teoría filosófico-jurídica está constituida fundamentalmente por algunos argumentos, escasos e incansablemente repetidos, contra dos ilusiones características que halló en las autointerpretaciones del estado de derecho liberal y parlamentario. La primera ilusión concierne a la supuesta disolución de todas las relaciones de poder en relaciones discursivas en la democracia parlamentaria, especialmente en lo que afecta a la *constitución* del derecho. Esta ilusión mereció el desprecio de Schmitt hacia la burguesía como una clase «parlante», un desprecio en el que coincidió con los críticos marxistas del estado liberal de derecho¹¹. La segunda ilusión concierne a la *aplicación* del derecho en dicho estado liberal. Se trata de la ilusión de una conversión racional necesaria de los principios generales del derecho en decisiones concretas¹². En ambos casos, Schmitt está interesado en demostrar que existe un momento irreductible de decisión, y en realidad *legislador*, que es parte integrante de la forma del derecho en cuanto tal, y de un modo, por cierto, que resulta incompatible con las autointerpretaciones racionalistas de una cultura jurídica liberal.

Me gustaría intentar reformular el argumento decisivo de Schmitt de forma que resulte aplicable en el contexto presente. En tal caso, el argumento señala —y algo semejante ha reivindicado también Derrida— que, tanto en la fundación de un orden constitucional, como en el acto de legislación y administración de justicia, persiste una distancia entre fundamentación y decisión que, por principio, no puede ser salvada tampoco por medio de un incremento de las razones o de la discusión; esta distancia configura primordialmente

¹¹ Cfr. Carl SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlín, 1961.

¹² Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, *op. cit.*

el carácter «performativo», y discursivamente culminante, de la decisión en cuanto tal. Me parece difícilmente discutible que un momento de decisión en ese sentido —tomado aún de un modo completamente abstracto— es de hecho inherente al derecho; a éste le es propio el ser puesto en vigor o anulado y que se deba decidir acerca de su concreción y de la interpretación que ha de tener vigencia. Pues bien, este estado de cosas admite una interpretación más bien inocente y desdramatizada y otra menos inocente. La interpretación más inocente indica que las fundamentaciones son falibles y que, por ello, también las decisiones fundadas pueden ser erróneas. Bien podría ser que una decisión errónea tuviera consecuencias dramáticas para los afectados; pero *que* esto sucediera no sería algo dramático en sentido *filosófico* alguno. Menos inocente es, por el contrario, una interpretación distinta del estado de cosas mencionado anteriormente. Mientras la primera interpretación, inocente, vincula la relación entre fundamentación y decisión a un sujeto particular —aunque se trate de un sujeto colectivo— se pone en juego ahora la pluralidad constitutiva de los afectados por un sistema de derecho. Pues precisamente, si se supone con Habermas que las decisiones jurídicas de cualquier nivel pueden extraer su legitimidad exclusivamente de la aprobación racional de todos los afectados, se hace manifiesto inmediatamente por qué la decisión normativa ha de *anteceder* necesariamente a la resolución de una pretensión correspondiente de validez: la decisión no puede esperar al consenso normativo. En ese sentido, la decisión posee el significado de una ruptura prematura del discurso racional y la producción de hechos validados legalmente, lo que, no en último término, incluye la legitimación de la violencia para la *imposición* del derecho. A este respecto, como se dijo, nada fundamental cambia mediante la apelación a la legitimidad de los *procedimientos* de decisión; pues, en primer lugar, también un procedimiento legítimo puede conducir a decisiones erróneas y, en segundo lugar, los procedimientos son también parte del orden legal: también acerca de ellos se hace preciso decidir. Sea cual sea el punto firme al cual se intente recurrir, en cualquier punto semejante —sea el caso del acto

fundacional de una asamblea constituyente— surge de nuevo el momento de una decisión *legisladora* que no ha podido esperar al consenso que la legitima y que, no obstante, incluye la posibilidad de una justificación de sanciones violentas. Y aunque en determinados casos se pudiera hablar realmente —desde un punto de vista empírico— de un consenso, *ningún* consenso semejante puede, sin embargo, garantizar su propia estabilidad, ni en lo que afecta a los miembros que se integran con posterioridad —acaso las generaciones futuras—, ni en lo que concierne a su substancia objetiva; todo consenso empírico es, en este sentido, provisional. Y ello significa que, incluso en caso de acuerdo, la decisión tiene que preceder necesariamente a aquello que podría ser caracterizado como resolución definitiva de su correspondiente pretensión normativa de validez. Dos consecuencias resultan de todo ello: la primera es que tampoco en el discurso democrático pueden ser reducidas las relaciones de poder a puras relaciones de reconocimiento. Es cierto que el poder democrático de decisión sólo existe en cuanto poder reconocido; pero el principio es susceptible de ser invertido: no hay relaciones de reconocimiento de ningún tipo que no sean simultáneamente relaciones de poder. La segunda consecuencia es que precisamente en el estado de derecho tiene que ser «inventado» el derecho de modo permanente, incluso allí donde se trate sólo de su concreción, interpretación y aplicación. Pues ningún principio codificado de derecho puede contener en sí mismo garantía alguna de que su observación o aplicación conduzca a resultados justos. El excedente moral *en* el derecho democrático, del que he hablado con anterioridad, y que también podría ser caracterizado como un excedente de la idea de la justicia respecto a cada una de sus concreciones jurídicas¹³, obliga a replantear y a resolver de nuevo en cada caso particular el problema de la justicia a través de la interpretación del derecho.

¹³ De un modo parecido, DERRIDA, en *Gesetzeskraft*, *op. cit.*, págs. 52 ss.

El logro de Derrida consiste en haber mostrado que determinados argumentos de Carl Schmitt no pueden o no deben ser abandonados a los enemigos de la democracia liberal. Pues realmente la «instrumentalización» de tales argumentos se transforma, pero no su núcleo racional, si se parte —en contraste con Schmitt— de que las decisiones de las que aquí se trata *aspiran* a la justicia, al respeto de la dignidad humana, a la realización adecuada de los derechos liberales, democráticos y sociales fundamentales, y de que intentan *encontrar* un posible consenso racional y *agotar* las posibilidades de una clarificación discursiva (lo que, naturalmente, no es frecuentemente el caso desde un punto de vista empírico). Asombrosamente, los argumentos de Schmitt son susceptibles de ser dirigidos incluso *contra* sus propias conclusiones políticas y en filosofía del derecho, pues son más apropiados para agregar a la teoría democrática y liberal del derecho un fermento crítico capaz de liberar a esta teoría de la desafortunada alternativa entre una fundamentación meramente «afirmativa» y una crítica utópica. Lo *trascendente*, en efecto, de la idea de la justicia emerge con mayor claridad en la medida en que se hace más patente que no podemos pensar la justicia como una justicia *realizada*, ni aquí y ahora, ni en una situación final utópica. Se puede describir esto con Derrida diciendo que también bajo las condiciones de un sistema legal democrático la idea de la justicia sigue siendo, necesariamente, algo deficitario en cualquier decisión legal concreta. En este sentido, la justicia siempre está (y sólo) en germen¹⁴. La idea de la justicia trasciende todo aquí y ahora de las decisiones legales concretas, y ciertamente, como añade Derrida, no en el sentido de una idea regulativa —que incluyera la idea de una posible aproximación infinita a una situación ideal— o en el de una promesa mesiánica, sino en el sentido de una exigencia que tiene que ser cumplida en cada aquí y ahora y que, sin embargo, en ningún aquí y ahora puede ser definitivamente satisfecha.

¹⁴ Cfr. DERRIDA, *op. cit.*, pág. 56.

4. El círculo práctico del que he hablado, haciendo referencia a la relación dual entre derechos democráticos fundamentales y discurso democrático, ha sido recientemente tematizado también por Fred Michelman. Señala Michelman que la diferencia entre «generación» e interpretación de normas ha de ser relativizada¹⁵. En efecto, por un lado, los actos de legislación por parte del pueblo soberano —y justamente si se trata de normas constitucionales— siempre son también actos *interpretativos* (lo dicho hasta aquí se sigue también de la construcción habermasiana); por otro lado, los actos de la administración de justicia que interpretan normas poseen consecuencias más o menos directas para la interpretación de normas constitucionales y, por ello, para la *realidad* de la constitución —en ese sentido, son también actos *generadores* de normas y, naturalmente, en cuanto actos *legisladores*, pertenecen propiamente a la competencia del pueblo soberano. Ahora bien, la anulación de una clara distinción entre generación e interpretación de normas sólo podría significar que el pueblo democrático soberano no puede ser ya pensado como una fuente unitaria o punto de fuga del proceso democrático del derecho; que, más bien, se puede localizar a este pueblo soberano en todas partes y en ninguna; en todas, porque ha de ser imaginado como presente en cualquier acto de legislación y de administración de justicia; en ninguna, porque puede hacerse presente únicamente en cuanto representado, teniendo que conservar respecto a sus representaciones una diferencia insuperable, susceptible de transformarse en cualquier momento en un *conflicto*. El idealizado pueblo soberano no puede hacerse *presente* jamás en forma pura. Esto significa, al mismo tiempo, que cualquier decisión concreta es —*qua* decisión— un acto político en un *campo de poder*. Ahora bien, todo acto así transforma las condiciones del discurso democrático. Y dado también que las *presuposiciones* correspondientes del discurso democrático se de-

¹⁵ Frank I. MICHELMAN, «The Liberal Concept of Law: A Deduction», Ms., pág. 24.

ben a tal acto político —digamos, por ejemplo, al acto político de una asamblea constituyente— hay dos connotaciones —constitutivas— que no pueden solaparse nunca completamente en el concepto de soberanía popular: a saber, la connotación de un consenso de todos, libre de coacciones y alcanzado argumentativamente, por un lado, y la connotación de una voluntad soberana, por otro. La primera connotación da cuenta de la idea de una supresión de las relaciones de dominio a través del dominio de una ley dada por el pueblo a sí mismo; la segunda connotación da cuenta de la soberanía de la voluntad popular frente a toda codificación preestablecida del derecho. Esa soberanía de la voluntad popular, no obstante, puede quedar plasmada institucionalmente sólo por medio de un sistema de representación y de división de poderes en el cual cada decisión, en cuanto decisión prematura acerca de lo que ha de valer como voluntad popular racional, significa al mismo tiempo la transformación de un campo de poder. Aproximadamente en este sentido interpretaría la tesis de Michelman según la cual «law» —the “government of laws” formula must stand in a circular relation with politics as both outcome and input, both product and prior condition»¹⁶.

5. Me gustaría describir ahora nuevamente y de otro modo el «círculo práctico» del que he hablado. He dicho hace un momento que, para que un discurso democrático pueda hacerse realidad, los derechos democráticos fundamentales (para hablar con Habermas¹⁷) tienen que ser reconocidos ya siempre como derechos fundamentales *concretados* en un sistema de instituciones y prácticas. Esto significa, en particular, que la idea de los derechos igualitarios de participación política han de haber experimentado ya una cierta plasmación por medio de un sistema de instituciones, prácticas y derechos específicos, para que un discurso democrático que merezca su nombre

¹⁶ Frank I. MICHELMAN, «Law's Republic», en *The Yale Law Journal*, Vol. 97, pág. 1.501.

¹⁷ Cfr. HABERMAS, *op. cit.*, pág. 162.

pueda cobrar realidad. El círculo práctico consiste ahora en que *fuera* del discurso democrático no puede haber ninguna instancia legítima que pudiese estar autorizada para decidir *en última instancia* acerca de la continuación, ampliación o transformación de la institucionalización y de la interpretación de derechos fundamentales. El discurso democrático, que, por así decirlo, ha llegado a convertirse en reflexivo, tiene que asumir la potestad sobre la conservación, crítica y ampliación de sus propios fundamentos. Hasta aquí he intentado únicamente mostrar que un discurso democrático semejante, que no puede abstenerse ante sus propios fundamentos, ha de caracterizarse por una relación de tensión, no soluble discursivamente, entre argumentación y decisión, entre acuerdo discursivo y poder («soberano») político. No obstante, esta descripción es incompleta, pues no permite reconocer qué es lo que continúa siendo válido en la idea de una disolución de relaciones de dominio en las de una voluntad popular que se ha constituido libre de coacciones, aunque el momento de la decisión no pueda ser eliminado en favor de la idea de un consenso alcanzado argumentativamente. Lo que continúa siendo válido en aquella idea es, hablando en abstracto, que *ninguna* decisión debe poder sustraerse a la «coacción libre de coacciones» de la crítica y la revisión discursivas, de una crítica y una revisión discursivas en el sentido, precisamente, de aquel principio democrático de legitimidad que exige para las decisiones legales la posibilidad de una aprobación racional de todos los afectados. El principio organizativo de semejante reintegración de la decisión en el discurso es el *ámbito democrático de lo público*. En cierto modo, el discurso democrático está codificado doblemente: como una retícula de instituciones con procedimientos de decisión formalmente reglados, por una parte, y como una retícula de ámbitos de lo público, por otra. Sólo de esta forma pueden ser contemplados dos aspectos igualmente constitutivos del principio democrático de legitimidad desde el punto de vista de una relación recíproca productiva, si bien siempre trabada de tensión: bajo el primer aspecto, el principio democrático de legitimidad aparece como principio de la participación igualitaria

y de los *derechos* de comunicación, y el discurso democrático como la forma organizativa de la formación política de la voluntad que permite alcanzar *decisiones* democráticamente legitimadas. Bajo el segundo aspecto, el principio democrático de legitimidad aparece como la exigencia de que la voz de cualquier afectado/a deba hacerse valer en el discurso democrático de la forma más adecuada. Sólo si la voz de cualquier afectado/a queda adecuadamente representada en el discurso democrático pueden ser *justas* las decisiones democráticas. Los dos aspectos del principio democrático de legitimidad son igualmente fundamentales; pero no pueden solaparse conceptualmente, puesto que las decisiones legitimadas democráticamente no tienen por qué ser necesariamente justas, así como las justas no tienen por qué ser necesariamente decisiones legitimadas democráticamente. Porque esto es así, necesita el segundo aspecto del principio democrático de legitimidad de su propia forma organizativa, y ésta es precisamente el ámbito democrático de lo público. El ámbito democrático de lo público es aquella esfera en la cual puede hacerse valer el punto de vista de una posible aprobación racional de todos los afectados, sin la coerción de una limitación *personal y temporal* que es característica del «discurso de decisión». La discusión pública no sólo repercute en el discurso de decisión, es también el medio de una revisión y una crítica discursivas de las decisiones. El ámbito democrático de lo público es, así, aquella esfera en la cual el discurso puede ser continuado incluso más allá del momento de la decisión, y ciertamente de modo tal que el poder comunicativo de la opinión pública pueda obligar incluso a la revisión de decisiones.

Por supuesto, esto no puede ser nuevamente malentendido de una forma idealista. También la discusión pública está circunscrita en una determinada institucionalización e interpretación de *derechos* de comunicación y atravesada por *relaciones de poder*. Con todo, el ámbito democrático de lo público sigue siendo un campo de experimentación de convicciones y argumentos en el que el discurso no está limitado por reglas restrictivas (representación y división de poderes) y por las presiones de la decisión, al no podersele *poner término*.

no ni tan siquiera por medio de una decisión legitimada democráticamente. En esa medida, el discurso público sigue siendo el medio en el cual cualquier decisión puede en principio ser puesta nuevamente en tela de juicio —como una decisión, en fin, que *no* satisface el desiderátum de una posible aprobación libre de coacciones por parte de todos los afectados.

El ámbito democrático de lo público y las instituciones democráticas pueden complementarse, interpenetrarse y corregirse mutuamente de diversas maneras, y siempre de modo tal que *cada uno de ellos* mantiene una referencia a la correspondiente esfera del otro: el ámbito público necesita de la institucionalización jurídica y de la protección legal, así como las instituciones necesitan del discurso público. Más aún, entre el discurso democrático de lo público y las instituciones democráticas son posibles transiciones de muy distinta índole, bajo el aspecto de una participación, parcialmente formal o informal, de los ciudadanos y las ciudadanas en los procedimientos formales de decisión, por no hablar de las asociaciones de la sociedad civil, que no sólo repiten a pequeña escala la polaridad entre el ámbito de lo público y los procedimientos formales, sino que pueden, incluso, desempeñar el papel de instancias de mediación entre el ámbito democrático de lo público y las instituciones estatales.

Los dos aspectos del principio democrático de legitimidad que he mencionado refieren internamente el uno al otro: que las decisiones democráticas hayan de poder ser justas, en la medida en que puedan alcanzar la aprobación, libre de coacciones, de todos los afectados, significa que la voz de todos los afectados en el discurso democrático tiene que hacerse valer de un modo adecuado. Y esto significa, a su vez, que los afectados deben poder hacer valer su voz, en la forma en que sea posible, por sí mismos y responsablemente, es decir, en un discurso real. El principio democrático de legitimidad demanda, como principio de la *justicia*, la posibilidad de una concurrencia real de los afectados en el discurso democrático. Por otro lado, el principio democrático de legitimidad incluye, como principio de la participación igualitaria y de los derechos de comunicación, la exi-

gencia de que todos los participantes en el discurso democrático argumenten —no sólo, pero en cualquier caso *también*— por mor de la justicia, es decir, de que hagan valer en el discurso el principio democrático de legitimidad como principio de la *justicia*. A esa doble codificación del principio de la democracia se aviene también el juego conjunto entre instituciones y ámbitos de lo público. Y sólo porque esto es así se hace posible que el «círculo práctico» del proceso democrático que he tomado como punto de partida *pueda* conducir a una ampliación y profundización de las formas democráticas de socialización y, con ello, a una «eticidad democrática»; y que la democracia liberal pueda, en fin, extraerse a sí misma, por los cabellos, de la ciénaga de su injusticia pretérita (no hablo aquí sobre las tendencias en contra). Lo importante es que la fuerza trascendente de la idea de la justicia, que se hace efectiva en semejante transformación de la democracia, no designa ni un término ideal ni una promesa mesiánica. Para *cualquier* forma de democracia que podamos imaginar sigue siendo válido, más bien, que la justicia está sólo en germen: que, por consiguiente, ni será el reino de Dios en la tierra, ni podrán solaparse en ella sin fisuras razón y decisión. Precisamente en este sentido la representación y la división de poderes siguen siendo necesidades insuperables de una democracia moderna. En el conflicto por el perfeccionamiento de la representación y de la participación democráticas, sobre la reintegración de las decisiones del tribunal constitucional en el discurso democrático, o en torno a la pregunta de cómo puede un discurso democrático orientado al interés común hacerse valer política e institucionalmente frente a la persecución desenfrenada de los intereses particulares —en ese conflicto necesario y productivo, la cuestión de la que se trata no puede consistir jamás en la disolución de todas las instancias mediadoras, en la superación de la representación y de la división de poderes en cuanto tal, o en la transformación del poder político de la decisión y de la lucha por el reconocimiento en un discurso «puro». La tesis puede parecer trivial; pero creo que se trata de una trivialidad que vale la pena comprender adecuadamente. Pues la tesis como tal es trivial

sólo en la medida en que en ella se clausura (ist beschlossen) una negación de determinadas variantes del pensamiento filosófico-histórico y utópico. No-trivial me parece, por el contrario, el contexto de fundamentación en el cual la he presentado. Pues se desprende de éste que dicha tesis no incluye también, en modo alguno, una negación de aquellos impulsos radicales y emancipatorios que constituyen el carácter «transgresivo» de la democracia moderna¹⁸. Me interesaba mostrar, más bien, que la crítica justificada de las autointerpretaciones ilusorias de la democracia liberal no afecta en absoluto a los impulsos radicales y emancipatorios que son inherentes a ésta. Tales impulsos son inherentes a la democracia moderna porque ella misma ha asumido el criterio que exige la eliminación categórica de las injusticias aquí y ahora, y precisamente por cuanto éste designa una justicia que siempre (contínuamente) está sólo en germen.

6. Sólo ahora abordo —para concluir— el tema «derechos humanos y democracia», que hasta este momento me he limitado a circunscribir. Hasta ahora, en efecto, he hablado exclusivamente sobre los derechos humanos en cuanto derechos *civiles* y sobre su lugar en la democracia. Si hablamos, más allá de ello, de derechos humanos, nos referimos a «derechos» en un sentido que ya no es claramente aprehensible de un modo jurídico, aunque en el *reconocimiento* de tales derechos se insinúe ya una coacción —si bien, hasta ese momento, indeterminada y dirigida de forma indeterminada— a transformarlos en derechos jurídicos, dado que sólo así pueden ser *consolidados* como derechos. Cuando el problema de los derechos humanos estaba prácticamente fundido con el de los derechos civiles, como era ampliamente el caso en la tradición del derecho natural moderno, se podía considerar a los sujetos mismos del derecho como destinatarios de esta coacción, pudiendo ser comprendida la coacción

¹⁸ Sobre el carácter «transgresivo» de la democracia moderna, Cfr. A. WELLMER, «Bedingungen einer demokratischen Kultur. Zur Debatte zwischen "Liberalen" und "Kommunitaristen"», *op. cit.*, págs. 63 ss.

misma, bien en cuanto coacción pragmática —como en Hobbes—, bien en cuanto coacción analógico-moral —como en Kant—. En ambos casos, la coacción podría ser resumida en el principio: *Exeundum est e statu naturae*. En el fondo, los derechos humanos interesaban en aquel caso sólo como puntos de partida para la construcción de un sistema de derecho que correspondiese al desiderátum de un tipo de legitimidad racional, sea liberal o democrática. Por el contrario, cuando hoy hablamos de derechos humanos se pone siempre en juego, ante todo, también una *diferencia* —o, mejor, una *diferencia posible*— entre moral y derecho. En mis reflexiones anteriores he tematizado esta diferencia sólo en la medida en que continúa siendo efectiva también en el *interior* de los sistemas democráticos del derecho, es decir, haciendo referencia a la interpretación de los derechos civiles fundamentales. De una forma completamente distinta se pone en juego esta diferencia allí donde se trata —desde la perspectiva de los sistemas democráticos del derecho— de derechos humanos de los no-ciudadanos.

Los derechos humanos —recordémoslo una vez más— son *pretensiones* de rectitud reconocidas o fundamentadas moralmente por *nosotros*, es decir, por demócratas liberales con una concepción universalista de la moral, y cuya violación no —o no sólo— criticamos porque dicha violación represente así mismo, en el sistema del derecho en el que tiene lugar, una violación de derechos (civiles) fundamentales reconocidos (allí), sino también en el caso en que el sistema de derecho en cuestión admita legalmente una violación semejante. No hablo aquí sólo de regímenes totalitarios, autoritarios o fundamentalistas, sino también de sociedades democráticas en las que, en completa sintonía con el derecho vigente, podrían ser vulnerados tal vez los derechos humanos de los refugiados o, también, los derechos humanos de las ciudadanas. Lo que es común a los dos casos mencionados es que en ellos entra en conflicto un concepto, moralmente fundamentado, de los derechos humanos con una comprensión dominante del derecho. Lo que diferencia a ambos casos es que el segundo de ellos pertenece ya, en realidad, a la historia *interna* de

las democracias modernas, en las cuales, por ejemplo, la discriminación sexual y los prejuicios religiosos han conducido a un tratamiento bárbaro de casos de embarazo no deseado, producto de violaciones. Más iluminador es, sin embargo, el otro caso mencionado, el de la violación de los derechos humanos de los refugiados a través de sistemas democráticos de derecho. Naturalmente, no hablo aquí de aquellos casos banales de violación de derechos humanos, como los que por ejemplo ha reprochado «amnesty international» en la actualidad a la policía berlinesa, y en los que, si las acusaciones son ciertas, se trataría de delitos criminales también según el derecho alemán vigente. Me interesan, más bien, aquellos casos en los que son controvertidos no (sólo) los hechos, sino (también) los juicios morales —como sucede en Alemania en el caso, sobre todo, de solicitantes de asilo y de refugiados. Aquí se pone de manifiesto de forma especialmente pregnante que las fronteras entre un discurso meramente moral y uno jurídico-interpretativo son difusas. Que la dignidad de los hombres es inviolable es un principio que —como principio del derecho— figura en la ley fundamental alemana. En caso de conflicto sólo es objeto de controversia, por tanto, la interpretación de este principio del derecho —por ejemplo, su compatibilidad con medidas legales concretas y su plasmación administrativa, como en el caso de la práctica de expulsión de personas que buscan asilo. Sin duda alguna, dicho principio implica que en el marco del sistema alemán del derecho la violación de los derechos humanos está prohibida por la constitución —y esto significa legalmente— independiente de si se trata de ciudadanos alemanes o de refugiados extranjeros. Lo único controvertido es, como se ha dicho, la cuestión de si determinadas leyes, prescripciones administrativas o actos de las autoridades de justicia implican, o hacen probable, una violación de los derechos humanos. A este punto quería llegar. Pues ahora se pone de manifiesto una de las razones por las cuales se ha hecho necesaria, en cierto modo de una forma paralela a la codificación de derechos civiles fundamentales, una codificación de derechos humanos para *no*-ciudadanos y, con ello, su transformación en un componente interno

de los sistemas democráticos del derecho. No otra cosa significa, si estoy en lo cierto, la ratificación, por parte de gobiernos democráticos, de derechos humanos internacionales, o de convenciones referentes a refugiados. Y lo interesante en este punto es que el problema de los derechos humanos, en este caso definido al principio sólo de un modo moral, se convierte *volens volens* en un problema legal interno y de nuevo cuño en las sociedades democráticas. Pero aquí el universalismo de los derechos humanos —al menos latente— de todas las constituciones democráticas modernas entra en escena de un modo completamente nuevo¹⁹. Si para los representantes del derecho natural moderno este universalismo era propiamente tan sólo otra expresión de la pretensión universal de su concepto político de legitimidad, surge ahora a partir del universalismo inherente a las constituciones democráticas un reto, en cierto modo externo, completamente nuevo para las sociedades democráticas: el reto consistente en hacer valer los derechos humanos de los no-ciudadanos —en tanto en cuanto son violados en los sistemas legales *de éstos*— en los *propios* sistemas legales, y realmente sólo, porque y en la medida en que se trata de *hombres* que ansían acogida y protección.

Ahora bien, en este momento se pone de manifiesto que el relativismo y la indiferencia ante aquello que percibimos *nosotros* como violación de derechos humanos en otras sociedades no son auténticas opciones para *nosotros* —para las sociedades democráticas—. Pues la recepción de refugiados está sometida a limitaciones —por mucho que estos límites residan más allá de lo que se entiende normalmente por límite—. Quiero decir con ello: en tanto en cuanto hablemos de derechos humanos, la única solución imaginable al problema planteado por éstos, que ha llegado entretanto a hacerse universal, consiste en que los derechos humanos de aque-

¹⁹ Cfr. al respecto y para lo que sigue A. WELLMER, «Bedingungen einer demokratischen Kultur. Zur Debatte zwischen "Liberalen" und "Kommunitaristen"», *op. cit.*, págs. 75 ss.

llos que están excluidos de *nuestros* derechos civiles se conviertan en derechos civiles en *sus* sociedades. El hecho de que semejante transformación democrática sea impensable sin una radical transformación *económica* no representa una objeción; ilumina, tan sólo, la prodigiosa complejidad del problema. El universalismo de los derechos humanos reclama una universalización de los derechos civiles democráticos; los derechos humanos pueden llegar a ser derechos protegidos y exigibles sólo en una sociedad civil mundial. Esta es la gramática profunda kantiana del discurso democrático —de *cualquier* discurso democrático moderno—; y el reto que para las sociedades democráticas supone hoy la idea de los derechos humanos, reside, y no en último término, en que su política tiene que tener en cuenta esta necesidad.

Este «tiene que» es, *prima facie*, un «tener que» moral —si bien uno moralmente indeterminado. Pero tal vez haya también que dar la razón a Kant en que la esperanza de un posible desarrollo político-moral en la dirección de una sociedad civil mundial no sólo puede fundarse en la confianza en la percepción moral y en la voluntad moral de aquellos que podrían actuar políticamente en la dirección oportuna, sino que incluso un pueblo —yo diría: un linaje— de demonios, tan sólo con que éstos tuviesen entendimiento, debería poder alcanzar una constitución cosmopolita del derecho. Con esto no quiero decir finalmente que el colaborar en pro de una realización de los derechos humanos en todos los lugares del mundo se haya convertido hoy en una cuestión de supervivencia para las sociedades democráticas lo cual, sin cambios dramáticos en los ámbitos de la economía y de la política de medio ambiente, constituiría una empresa bastante carente de sentido, si es que no ha de tratarse exclusivamente de una nueva ideología imperialista. Sin embargo, la alternativa vendría dada por un auto-amurallamiento de las sociedades democráticas ricas, lo que supondría, hasta donde puedo vislumbrar, el previsible final de las democracias occidentales modernas; es decir, la restauración de aquel estado político de naturaleza entre las naciones, etnias o religiones que Carl Schmitt tenía por la esencia de lo político.

No obstante, esto es sólo una cara del problema. Una realización de los derechos humanos, en *nuestro* sentido, en todos los lugares del mundo, suponiendo que fuese pensable, es prácticamente inimaginable sin una profunda transformación de las culturas, religiones y formas tradicionales de autocomprensión en todas aquellas sociedades en las que, hasta la fecha, los derechos humanos no han sido todavía transformados en derechos democráticos fundamentales. El «overlapping consensus» del que habla Rawls en referencia a las sociedades democráticas ha sido así mismo, por cuanto ya existe hoy, el resultado de una profunda transformación de sistemas tradicionales de orientación y valores y de formas religiosas de autocomprensión. No deberíamos olvidar de qué sangriento y violento modo se ha desarrollado extensamente este proceso de transformación en Europa; y de paso recordaremos que la Edad Media de las guerras de religión no ha cesado todavía completamente, tampoco en Europa. De todas formas, la obcecación en la historia propia —una obcecación, en cierto modo, desde la perspectiva de los «justos», es decir, de las democracias liberales— podría cegarnos para comprender las dimensiones de la destrucción y del daño «injustos» que la implantación de los derechos humanos en sociedades no-occidentales podría *también* suponer. No es fácil especificar la medida de *esa* injusticia. Que la destrucción de identidades culturales y religiosas, así como de tradiciones, representa un *daño* está completamente fuera de cuestión. Por otro lado, me parece también innegable que un amplio consenso liberal y democrático no podría desplegarse a nivel mundial sin ocasionar algún daño de este tipo. Sería tranquilizador que pudiésemos ofrecer aquí —desde la perspectiva de la democracia liberal— una fórmula que nos permitiera distinguir entre daños «justos» e «injustos». Y ni siquiera sería difícil ofrecer semejante fórmula; ésta podría rezar: «las identidades colectivas de carácter nacional, cultural o religioso podrían ser, bajo el punto de vista de una moral política, a lo sumo algo penúltimo. Su derecho está limitado por un bien obligatorio para *todos los hombres*, a saber, la justicia de un orden en el que estén garantizados los derechos humanos de todos. Y esta jus-

ticia es pensable sólo como una realización cosmopolita de *derechos civiles* liberales, democráticos y sociales que, si tuviese lugar alguna vez, constituiría al mismo tiempo la única protección *justa* posible contra una destrucción violenta de las respectivas tradiciones e identidades culturales específicas». Pues bien, creo que esta fórmula es *correcta* si nos trasladamos al punto de vista histórico de un proceso de transformación ya *consumado*; pues, en cierta medida, caracteriza sólo al «overlapping consensus» de una posible sociedad civil mundial. Pero la fórmula no debería tranquilizarnos cuando de lo que se trata es del proceso mismo de transformación. Y puesto que este proceso de transformación tal vez no alcanzará jamás un final, posiblemente no pueda tranquilizarnos nunca por completo. Pero, ¿por qué ha de ser así?

Los argumentos son, en cierto sentido, palmarios. Pues están puestas en cuestión constelaciones políticas en las que no cabe hablar precisamente de un «overlapping consensus». Ahora bien, esto significa que *nosotros* enjuicamos *otras* culturas de acuerdo con un criterio de justicia que no es (por ahora) el suyo. En la medida, sin embargo, en que tales juicios orientan la acción práctica (y podemos preguntarnos, naturalmente, si hay juicios morales que no tengan nunca consecuencias prácticas), no hay que forzar mucho la historia para ver que, en cierto modo, los peligros de un tutelaje imperialista y de la violencia política, económica y militar, están inscritos en el universalismo de los derechos humanos. Y ciertamente, pienso, no sólo en el sentido de un peligro de perversión ideológica abierta, propia de una política de fuerza. El peligro posee, antes bien, un carácter más íntimo y tal vez no será nunca eliminable del mundo. Pues siempre que enjuicamos a otros con criterios de justicia que no son los suyos cabe la posibilidad de que les infrinjamos *también* una injusticia. Esta no es una tesis relativista; más bien es válida justamente bajo la presuposición del dispositivo liberal-democrático del que he partido. Pues en esos casos no podemos contar con una aprobación libre de coacciones por parte de los afectados. Ahora bien, esto significa que las estructuras de una limitación *interna* del discurso

democrático, que he analizado anteriormente, se repiten de una forma dramática en el escenario mundial de la problemática de los derechos humanos. Pues, por un lado, está claro que la decisión —a favor, acaso, de intervenciones para la protección de los derechos humanos— no puede esperar al consenso; por otro lado, apenas existen a nivel internacional las instancias de un discurso democrático protegido por la legislación de lo civil, por medio de las cuales pueda, hasta cierto punto, corregirse de nuevo la injusticia. La injusticia de la que hablo afecta sobre todo a la posible destrucción de identidades culturales y formas regionales de la soberanía política y de la autodeterminación. Que ahí pueda darse *también* una violación de los derechos humanos me parece algo evidente. Pero si esto es así, tanto más importante será que una política orientada a los derechos humanos se limite a sí misma, por así decirlo, desde dentro: por medio de una política de la *diferencia* que haga justicia, no sólo a la *otredad* (*Andersheit*) del otro, en cada caso individual (esto forma parte ya de la idea de los derechos humanos), sino también a la *otredad* de las otras culturas. Sin duda, algunos factores indican que ambos puntos de vista pueden entrar ocasionalmente en conflicto, un conflicto al que tal vez se le podría calificar de «trágico».

Una respuesta muy plausible a tales dificultades es, naturalmente, que el proceso de transformación del que he hablado más arriba debería confiarse a aquellas mismas sociedades y culturas que son aquí objeto de discusión. En un impresionante informe contra la confusión del Islam con el fundamentalismo, ha aludido A. Schimmel²⁰ a la diversidad de las culturas islámicas y a las tradiciones ilustradas *en el Islam*; esas alusiones las vincula con advertencias frente a las simplificaciones y paternalismos que *también* pueden residir en una retórica de los

²⁰ En el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* con fecha 24.05.1995. Cfr. también los discursos de Roman Herzog y Annemarie Schimmel con motivo de la concesión a la señora Schimmel del premio a la paz por la Cámara Alemana de Comercio, el 15.10.1995, publicados en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del día 16.10.1995.

derechos humanos. Tales alusiones y advertencias apoyan, efectivamente, la respuesta que se acaba de mencionar. A pesar de ello, hay un elevado número de razones —de algunas he hecho ya mención— de por qué esta respuesta ya no resulta hoy suficiente como respuesta *general*; por encima de ello, sin embargo, tampoco la transformación interna de las culturas excluye esa forma de injusticia de la que aquí tratamos. Más bien, hay muchas razones para pensar que la transición a una situación cosmopolita del derecho incluye ya una «tragedia en lo ético», en la medida en que la *relativización* de las tradiciones culturales específicas implica simultáneamente su transformación y, cuando menos, su debilitamiento parcial. Seguramente, este proceso de debilitamiento parcial es también un proceso de aprendizaje y de emancipación; pero deberíamos guardarnos de olvidar el daño y la injusticia que podrían ser infringidos en ese proceso a una parte de los afectados. Quiero decir con ello: sin ambivalencias y manteniendo una conciencia enteramente limpia, apenas podría ser hoy posible una política de derechos humanos. Que, con todo, sea absolutamente necesaria, está para mí fuera de cuestión. Pero en ocasiones tal vez podría ser mejor esta política si no sólo se abusase menos de ella en el sentido de una política de fuerza, sino si también fuesen sofocadas en menor medida aquellas ambivalencias.

He dicho anteriormente que tal vez no podremos nunca estar completamente satisfechos con esa fórmula con la cual quería yo ofrecer un criterio relativo a la justicia y la injusticia de los daños a una identidad cultural. Quería decir con ello que el *problema* que es objeto de esa fórmula no desaparecerá por completo presumiblemente nunca. Y esto significa simplemente que no podemos imaginar un «overlapping consensus» de las sociedades democráticas que, de alguna manera, fuese inquebrantable e impermeable. En todo consenso, sin embargo, yace el germen de un conflicto, de una violencia posible y, por eso, también de una posible injusticia. Todo esto tenemos que considerarlo cuando pensemos en la estructura de una posible sociedad civil mundial. Ello significa, al mismo tiempo, que la diferencia entre «dentro» y «fuera», registrada por Carl Schmitt en

aquel concepto de lo político que aplicó *contra* la tradición liberal²¹, conservaría su significado también en el *interior* de la cultura liberal —aunque se hubiese convertido en la de una sociedad civil mundial—. Hablar de derechos humanos no implica sólo excluir al resto de los animales; en el discurso acerca de los derechos de *todos* los hombres se oculta, más bien, un problema, un problema que ha confundido a la teoría moderna de los derechos humanos desde sus primeros pasos. Este problema aparece con toda su crudeza si se reconoce, precisamente, la relación interna entre derechos humanos y civiles (como ocurre en la tradición moderna del derecho natural). No necesito aquí traer a la memoria las discusiones sutiles, aunque cómicas desde el punto de vista actual, sobre la cuestión de *qué* seres humanos merecerían realmente plenos derechos civiles²², o, lo que viene a ser lo mismo, sobre la cuestión de *quién* debería contar realmente como ser humano en el sentido de los derechos humanos²³. Esa discusión parece haber llegado a su fin con la ampliación de los derechos civiles a las mujeres y los hombres adultos en su totalidad. Pero, ¿lo son realmente? Pues no sólo ocurre que en la decisión sobre la cuestión de quién ha de contar como adulto se oculta un margen de arbitrariedad; más aún, de entre los que cuentan como «adultos» hay que sustraer de nuevo aquellos a los que le son negados, provisional o permanentemente —en cuanto deficientes mentales, criminales o enemigos del estado—, plenos derechos civiles. Ahora bien, puesto que las *decisiones* sobre tales exclusiones obedecen precisamente a la

²¹ Cfr. Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, 1991.

²² Según Kant («Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Werke in sechs Bänden*, ed. por Wilhelm Weischedel, vol. VI, *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, Darmstadt, 1964) discurriría una frontera semejante entre «peluqueros» y «fabricantes de pelucas» (Cfr. la nota correspondiente a A 247, *Ibíd.*, pág. 151); a saber: sólo para los últimos sería válido que son su «propio señor» (A 246) —lo cual, naturalmente (debido a su cualificación natural, se entiende), tampoco valdría para la «mujer» (*Ibíd.*)

²³ Hoy, sobre todo, en la discusión en torno al aborto.

lógica que he descrito al principio, en la perpetua diferencia entre «dentro» y «fuera» se expresa una porción más de aquellas relaciones de poder respecto a las cuales intenté mostrar que no pueden ser eliminadas del discurso democrático.

No considero que se debiera dramatizar este hecho; seguramente no se debería dramatizar en el sentido de Carl Schmitt. Señalé al comienzo que la idea de una justicia que siempre (contínuamente) está sólo en germen incorpora un agujijón en las democracias capaz de protegerlas también contra la propia autojustificación. Afirmar la finitud de la democracia no significa restarle valor; significa, más bien, honrarla del modo más apropiado. Si Carl Schmitt, por lo demás, mantenía que una sociedad civil mundial significaría el fin de la política²⁴, es porque, como me parece, en el interior mismo de su propio sistema de pensamiento se oculta un grave error. He intentado mostrar que hay un momento «performativo» de decisión y, con ello, un momento de «poder soberano», que no es susceptible de ser eliminado de la realidad de los sistemas democráticos y liberales del derecho. La idea de una sociedad civil mundial señala, así, no el final de la política democrática, sino más bien, como una condición vital de la democracia moderna, su continuación con un signo distinto. Carl Schmitt ha sucumbido finalmente bajo la trampa de su propia crítica a la *autocomprensión* de la democracia liberal, al proclamar como ilusoria, junto a esa autocomprensión, también la *realidad* posible de una democracia tal. Afortunadamente, el desenlace de la segunda guerra mundial lo ha rebatido por el momento. Sin duda, Schmitt tiene razón en un punto, a saber, en que en caso necesario las democracias tendrán que luchar por su propia supervivencia. Pero la figura de una lucha semejante posee un aspecto distinto al previsto por Schmitt: las democracias no pueden luchar por su propia supervivencia, en cuanto democracias, sin tomar partido, simultáneamente, por los derechos humanos de sus enemigos, los derechos humanos, al fin y al cabo, de todos.

²⁴ Cfr. Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, *op. cit.*, pág. 54.