

## Moralidad, identidad y «patriotismo de la Constitución»<sup>1</sup>

FRANK I. MICHELMAN<sup>2</sup>

Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard

### I. Afirmaciones básicas

De entre las aspiraciones que la filosofía política habermasiana comparte con otras filosofías políticas contemporáneas de corte liberal se encuentra la de la justificación de la política. Más específicamente, el propósito es la justificación de la democracia, la cual es, después de todo, una forma de dominación política.

Las personas se despiertan cada día para encontrar que viven, efectivamente y sin que puedan evitarlo, entre todo tipo de regulaciones de la vida social; «leyes» cuyo acatamiento demandarán, sin que quepa la menor duda, las autoridades públicamente reconocidas en un territorio. Ninguna de estas personas, en tanto que individuos, escoge estas leyes por sí misma. En un país democrático, las leyes normalmente han sido decididas por procedimientos de votación en los cuales las mayorías se imponen sobre aquellos que disienten. Éstas son las llamadas mayorías simples, «aplastantes» o compuestas. Estas son las supuestas mayorías de ciudadanos, o de alguna clase o clases de ellos, o de alguna clase o clases de sus representantes y funcionarios. Cualquiera que sea la historia específica de cómo las leyes de un país democrático llegaron a ser lo que de hecho son en el presente, no es el caso que dichas leyes hayan sido efectivamente configuradas de esa forma por las acciones de uno solo —mucho menos de cada uno de ellos— de los individuos que están obligados a obedecerlas.<sup>3</sup>

Desde un punto de vista, el problema de la justificación política se refiere a cómo y bajo qué condiciones podría ser posible que todos y cada uno de los individuos que integran una sociedad moderna —cada uno de ellos con una sensibilidad tanto hacia la igualdad como ante las diferencias políticas— pudieran llegar a obedecer, de manera voluntaria, las diversas leyes que nadie esco-

gió —y que la mayoría no hubiera escogido— por sí mismo. Desde otro punto de vista, la pregunta es: ¿de qué manera podría ser posible y adecuado para los miembros de una sociedad, a largo plazo, movilizar la fuerza (o la amenaza de ella) como una forma de lograr que una población de individuos presumiblemente libres e iguales consiga una conformidad relativamente estable hacia las leyes que ninguno de ellos escogió individualmente y que muchos de ellos no apoyan? El desafío consiste en suministrar una garantía moral para la aplicación de la fuerza colectiva en apoyo de esas leyes producidas por medios que no implican el consenso, en contra de los individuos que integran una población de personas presumiblemente libres e iguales. Para los países bajo gobiernos democráticos esto significa, como John Rawls lo ha expresado, explicar cómo «los ciudadanos [podrían], por medio de su voto, ejercer apropiadamente su poder político coercitivo sobre el prójimo» —explicar cómo tú y mi ejercicio del poder político compartido podrían ser sometidos «de manera justificable por las otras personas que también son libres e iguales».<sup>4</sup>

En la Sección III de este ensayo, muestro cómo la idea de Constitución se convierte en un elemento fundamental e indispensable en la justificación contemporánea de la política de corte liberal. Me refiero a la idea de la Constitución como opuesta a la cosa en sí. Sostendré que esta idea debe ser la que haga el trabajo, porque no puede existir un acuerdo definitivo entre la población de un país moderno en lo que se refiere a la descripción del estado actual de la cuestión en toda su especificidad concreta. Para apoyo de esta afirmación, recorro a la filosofía política de Jürgen Habermas. En su ensayo *Las luchas por el reconocimiento en el Estado constitucional democrático*, Habermas muestra la dependencia de la justificación de la política a partir de lo que él denomina «patriotismo constitucional».<sup>5</sup> No sé con certeza lo que él quiere decir con esta expresión, si se trata de una devoción hacia la elección específica de un contenido constitucional —por ejemplo, la elección de una norma de igualdad estrictamente «formal» como opuesta a otra de tipo «material» o «compensatoria» (o al revés)— o la devoción hacia un país en vista de las elecciones constitucionales específicas de ese país.

En ningún caso puede Habermas referirse solamente al compromiso de las personas con alguna noción ideal, puramente abstracta, de Constitución. Ciertamente, el patriotismo constitucional posee para Habermas una dimensión de intuición trascendental, de reconocimiento de lo que una Constitución tiene que ser en relación a su incondicionalidad y contrafacticidad para poder desempeñar su papel fundamental en la justificación moral de la fuerza legal. Pero lo que Habermas muestra, sobre todo, es que la justificación política depende, también, de una conciencia compartida por parte de la población, de sentimientos de compromiso hacia una *comunidad* concreta (aunque, debo insistir, no hacia cualquier *Constitución* concreta). El patriotismo constitucional habermasiano es de hecho la articulación de una idea constitucional contrafáctica y de un senti-

miento comunitario empírico. Este patriotismo consiste en un conjunto consciente de sentimientos de pertenencia compartidos hacia la comunidad inspirados por el sentido de nuestra pertenencia compartida hacia la idea contrafáctica. Los patriotas constitucionales habermasianos sienten devoción hacia su país precisamente porque perciben el carácter ideal ético concreto de su país el cual es tal que hace posible la puesta en práctica de cierta idea política regulativa. Tuve una pequeña confrontación con Habermas al plantear la cuestión exactamente en términos del carácter ético concreto de una comunidad. A pesar de ello creo que él aceptaría, por ejemplo, que no hay que distanciar *lo moral* (*die morale*) y *lo ético* (*das ethische*) que no hay que hacer ninguna separación, en la vida real, entre la demanda incondicional de justicia y la petición de integridad o coherencia, entre la lealtad hacia lo mejor que uno puede hacer con la historia personal y la autocomprensión de la propia vida y de la propia comunidad.

## II. Las culturas y la configuración del mundo

### A) *El giro lingüístico*

Así había imaginado yo los argumentos que como panelista ofrecería como réplica —si la ocasión se presentara, como supuse que ocurriría— en un panel sobre teoría legal, sólo para descubrir que lo que de hecho escucharíamos decir a Habermas fue su artículo «Hermenéutica y filosofía analítica: Dos versiones complementarias del giro lingüístico». <sup>6</sup> Siendo todo lo estimulante que es ese ensayo, la teoría legal no se encuentra entre sus intereses. Aun así, dicho artículo arroja una luz provechosa sobre lo que Habermas hace con la noción de patriotismo constitucional.

El artículo «Dos versiones complementarias...» se ocupa de las consecuencias filosóficas de un «giro lingüístico», ocurrido durante los albores del siglo XIX, en los dominios de la metafísica y la epistemología, el cual Habermas rastrea en la obra de Wilhelm von Humboldt. Como Habermas comprende la cuestión, el giro lingüístico requirió completamente de toda la teoría social desde que tuvo que enfrentar la idea de que el lenguaje «constituye al mundo». De acuerdo con esta visión del lenguaje como constructor del mundo, su «léxico y sintaxis»...

[...] modelan la totalidad de los conceptos y formas de aprehensión por medio de las cuales, primero, se articula un espacio conceptual para cualquier cosa que los miembros de una comunidad quieran situar en el mundo [...] Cada lenguaje articula una cierta «visión» del mundo como totalidad. Así, la fórmula según la cual el lenguaje es «el órgano constitutivo del pensamiento» podría ser entendida en el sentido transcendental de una espontánea constitución del mundo. A través de una

precomprensión lingüística del mundo como ésta, un lenguaje estructura, de manera simultánea, la forma de vida de la comunidad [...] El lenguaje no es visto más, en primera instancia, como un [espacio intermedio transparente para] la representación de objetos o hechos, sino como el medio para la formación del espíritu de un pueblo.<sup>7</sup>

Así, el lenguaje, al ordenar previamente la trama conceptual de posibilidades sobre la que los hechos descansan, está destinado a asumir una prioridad sobre la representación del mundo, ya sea la que realiza una persona para sí misma o la que realiza uno mismo para los demás; de la misma manera, en que se dice que hay prioridad sobre la intención, al limitar lo que es posible pensar o decir respetando estas categorías —objetivos, propósitos, motivos, valores, sensaciones, sentimientos, creencias, gustos, aversiones, expectativas y miedos— por medio de las cuales nos representamos ante nosotros mismos y los otros el de estar de nuestra propia mente.

En ningún lugar ofrece Habermas una refutación de esta posición «trascendental» sobre el lenguaje, significando esto su control decisivo, irresistible y limitante sobre la construcción de todos los posibles objetos y categorías de la experiencia y la observación. Pero Habermas tiene una dificultad con esta posición. Cada lenguaje natural es, simultáneamente, una instancia históricamente contingente y una categoría socialmente indisoluble. Si el lenguaje modela y limita decisivamente el espíritu del pueblo, tanto el «espíritu» de ese pueblo como las formas en que es posible para las personas percibir y juzgar, entonces, existen en la historia del mundo —y por todo nuestro planeta en la actualidad— un número indefinido, pero ciertamente amplio, de humores lingüísticos y formas de observar y juzgar, los cuales son colectivamente indisolubles y no son mutuamente traducibles; es decir, existe una pluralidad de «universos semánticamente cerrados» de los cuales cualquier escape posible sólo podría —dado que nadie ha experimentado del todo conscientemente estar fuera del lenguaje y la sociedad— ser equivalente a una incursión inmediata dentro de otra, igualmente limitada.

El giro lingüístico, de este modo, cuestiona las nociones de experiencia y obligación morales, tal como Habermas y muchos otros autores han entendido estos términos. Esto es así porque el giro lingüístico, al parecer, excluye la posibilidad de que exista cualquier concepto transculturalmente accesible, incluso en términos éticos; es decir, excluye la existencia de cualquier concepto que permanezca idéntico, invariable, ante los ojos de los portadores de diferentes «doctrinas comprensivas» —como John Rawls las llamaría— sobre el mundo y el bien. Una exclusión como ésta, al parecer, debe extenderse hacia los tipos motivacionales de conceptos, tales como los valores, los motivos, las máximas, las normas y las obligaciones. Pero si un valor, un motivo, una máxima, una norma o una obligación no pueden retener su identidad bajo la mirada de perso-

nas que hablan diferentes lenguajes, ¿cómo puede ser que uno se halle incondicionalmente vinculado a cada agente humano individual sólo por el hecho de ser humano? Si la respuesta es que esto no es posible, entonces, un resultado aparente del giro lingüístico habría sido excluir la existencia de cualquier cosa a la que Habermas le otorgaría el título de valor moral, motivo, máxima, norma u obligación.

B) *La recuperación de las «tendencias universalistas»:  
la experiencia moral situada*

O, al menos, así parecería. De hecho, Habermas cree que la posibilidad de una obligatoriedad universal e incondicional, del tipo de las máximas y motivos para la acción que llamamos morales, puede ser preservada en el contexto del giro lingüístico. Él intenta salvar las «tendencias universalistas» del giro lingüístico tal y como fue convertido en paradigma por Humboldt; en este sentido, su artículo «Dos versiones complementarias...» es en buena medida la narración de una operación de salvamento en la que la propia filosofía de Habermas ha desempeñado un papel fundamental, aunque él, generosamente, comparte el crédito con otros autores.

Habermas nos explica en su ensayo «Dos versiones complementarias...» que dichas tendencias universalistas se apoyan en la función «comunicativa» que Humboldt fue el primero en atribuir al lenguaje, junto con sus funciones informativa y expresiva. Estas tendencias universalistas radican en la percepción de que, cuando quienes toman parte en un desacuerdo o en una comprensión incorrecta entablan un intercambio verbal al respecto, entonces, ambas partes —como Habermas esquematiza el problema— «deben, desde su propio punto de vista, compartir la suposición de que existe un punto de convergencia».<sup>8</sup> Es decir, que nada de lo que están haciendo conjuntamente tendría sentido, si no está presente la hipótesis de trabajo, en la mente de cada una de las partes, acerca de que la discusión tiene como foco de atención un mismo objeto inmediato, en relación con el cual las partes en conflicto están ofreciendo puntos de vista rivales. Sólo esto puede explicar el gasto de energía por parte de quienes están en desacuerdo con el objetivo de «aprender a comprender» las alocuciones mutuas (descripciones, análisis, afirmaciones) que se refieren a un mismo objeto de interés.

De este modo Habermas recupera de la aparente devastación producida por el giro lingüístico, la posibilidad de experimentar la objetividad y, con ello, el razonamiento y la experiencia morales. Pero dicha recuperación, como ahora vamos a ver, no es del todo contundente.

Habermas encuentra en Humboldt la idea de que existe un punto de vista independiente, es decir, la misma e idéntica realidad de los objetos bajo discu-

sión —una realidad que vale la pena conocer de manera verdadera—, y que esto es lo que mantiene a los observadores divergentes comprometidos con el trabajo de llegar a entenderse mutuamente. Pero nótese que hay aquí una circularidad en la motivación. La sensación de las partes en discusión de que existe algún objeto particular que ellos están percibiendo —la verdad en relación con la cual ellos están tratando de pronunciarse— supuestamente debe sostener su lealtad hacia la empresa de diálogo pública o compartida. Pero entonces, ¿qué habría motivado en las partes en disputa este sentido de objetividad? Podríamos decir que la experiencia misma del compromiso dialógico crea este tipo de objetividad. Sin embargo, en este caso, tendríamos que preguntar qué es lo que en primer lugar podría haber conducido a las partes en conflicto hacia un compromiso de este tipo? o ¿qué hace que el compromiso se les presente como una opción plausible? ¿Qué es lo que hace posible que los implicados en la conversación sientan la presión de comprometerse mutuamente en la lucha por un resultado exitoso, si no es la existencia de una expectativa previa? Pero entonces, ¿qué es lo que en su mundo y en sus vidas podría promover y apoyar una expectativa de este tipo? Solamente, al parecer (si aceptamos el giro lingüístico), un lenguaje. Anticipando un argumento de Habermas que será revisado en la Sección IV, B) de este ensayo, se trataría de un lenguaje en el que existen las categorías para el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas y, también, para el reconocimiento de las obligaciones recíprocas resultantes entre individuos que se tratan unos a otros como tales.

Ahora bien, ¿necesariamente *cada* lenguaje humano debe ser de este tipo? Si es así —si existen categorías que un lenguaje humano necesariamente debe poseer—, ¿qué es lo que realmente queda en pie del giro lingüístico? Pero si éste no es el caso, entonces, lo que Habermas ha hecho es algo más que una estrategia de salvación del giro lingüístico acerca de la posibilidad de la experiencia moral y de la obligación moral. Lo que él ha hecho es mostrar cómo los seres humanos podemos —y cómo algunos de nosotros efectivamente lo hacemos— mantener en nuestras vidas la categoría de la obligatoriedad (moral) incondicional; esto es así, incluso si nosotros, reconociendo el giro lingüístico, sabemos que los motivos y la experiencia morales son motivos y experiencia, precisamente, en cuanto nosotros nos movemos no en un completo olvido del pasado sino, más bien, acarreado oleadas de elementos inconscientes desde nuestro hogar lingüístico particular.<sup>9</sup> En otras palabras, lo que Habermas ha hecho (al menos así me lo parece a mí) es dejar claro cómo es que puede existir una experiencia totalmente válida de la obligatoriedad incondicionada *que no es necesariamente accesible desde cada forma de vida humana distinta*.

Esta observación aparecerá de nuevo en mi análisis de «El patriotismo de la Constitución» en la Sección V, B) de este ensayo. Antes de que podamos pasar a ello, sin embargo, debemos hacer una pausa y observar más detenidamente algunos problemas y soluciones en la justificación política de talante

### III. Contractualismo constitucional: tres elementos centrales

Recordemos la intención de una justificación de la política democrática liberal: en palabras de Rawls, se trata de explicar cómo «los ciudadanos [podrían], por medio de su voto, ejercer apropiadamente su poder político coercitivo sobre el prójimo» —explicar cómo mi ejercicio, o el tuyo, del poder político podría ser sometido, «de manera justificada, a los demás en tanto que libres e iguales».<sup>10</sup>

De uso frecuente por parte de Habermas, Rawls y otros autores es lo que podríamos llamar un modelo de contractualismo constitucional para la justificación política.<sup>11</sup> La versión rawlsiana es, probablemente, la más familiar:

[N]uestro ejercicio del poder político es [...] justificable [...] cuando se hace de acuerdo con una Constitución, de cuyos elementos esenciales podría esperarse que todos los ciudadanos los apoyaran, a la luz de principios e ideales aceptables ante sus ojos como razonables y racionales.<sup>12</sup>

Este fragmento nos ayuda a distinguir tres elementos fundamentales en la justificación del contractualismo constitucional, los cuales señalo a continuación.

*Primer elemento fundamental: «universalismo racional» («podría esperarse que todos los ciudadanos [en tanto que racionales] lo apoyarán»).* El contractualismo constitucional comienza con una proposición que podríamos esquematizar, de manera muy apresurada, de la siguiente manera (aunque las versiones específicas difieren entre los filósofos): los ejercicios de poder político coercitivo pueden estar justificados a condición de que cada uno de los individuos afectados tenga razones para aceptarlos a la luz de sus intereses. En la filosofía de Habermas, la versión más específica de la categoría de justificación racional-universalista señala una inflexión decididamente intersubjetivista. Es así que todos —cada uno juzgando desde su propio punto de vista y con la debida apreciación de sus propios intereses— deben ser capaces de observar cómo el conjunto de los demás individuos —cada uno juzgando de manera similar— puede encontrar razones comunes para aceptar el acto político que significa el acuerdo en cuestión. «Una ley», propone Habermas, «es moralmente válida cuando puede ser aceptada por todos y cada uno, desde la perspectiva de cada individuo».<sup>13</sup>

En el núcleo de la categoría de justificación para la coerción política de tipo racionalista-universalista, que tanto Rawls como Habermas tienen en mente, lo que se encuentra es una petición de coincidencia entre actos políticos potencialmente coercitivos y las razones de cada uno (no de «todos», en alguna forma colectivizada del pronombre «todos») de los individuos diversos entre quienes abundan los conflictos racionales o de intereses. Es esta sensibilidad intransigente de tipo individualista —este aparente llevar hasta el extremo la insistencia en la gravedad y la singularidad de las personas, sus intereses o deseos; esta renuencia, en última instancia, a dejar que «el bien de la sociedad

decida»— la que me conduce a etiquetar como «liberal» a la familia del contractualismo constitucional considerada como totalidad.

*Segundo elemento fundamental: «esencialismo constitucional» («en armonía con una Constitución [...] cuyos elementos esenciales podría esperarse que todos los ciudadanos [...] apoyarán»).* Ahora, nadie sugiere seriamente la aplicación de una categoría de justificación universalista de este tipo (coincidencia con los motivos de cada persona) para todos y cada uno de los actos políticos considerados singularmente, para todos y cada uno de los eventos legislativos en el interior de las instituciones o para cualquier otro ejercicio del poder político en un país determinado. En los países modernos y libres marcados por lo que Rawls llama un pluralismo razonable de doctrinas comprensivas e ideas de lo bueno y, en consecuencia, marcados por los conflictos reales entre los proyectos políticamente relevantes y los intereses de las distintas personas,<sup>14</sup> sería una presunción obviamente ilusoria aplicar dicho estándar de justificación para todos y cada uno de los actos políticos discrecionales emanados desde el sistema legislativo establecido en esos países.

De manera ineludible, lo que encontramos es que la categoría racionalista-universalista de justificación política realmente no necesita de una base que implique la aplicación de acto por acto o de bases legislación por legislación. Más bien, este estándar de justificación necesita su aplicación para *el sistema legislativo* —esto es, para las *leyes constitucionales*, el conjunto singular de leyes fundamentales, incluyendo la declaración de derechos que modela, organiza, limita y dirige, de manera fundamental, las operaciones legislativas de un país. Así, como doctrina normativa, el contractualismo constitucional gira fundamentalmente alrededor de la idea de Constitución. El contractualismo constitucional depende esencialmente de la idea de que su aceptación como derecho —justo y equitativo, digno del respeto de los ciudadanos— emanado de un *sistema* legislativo (o Constitución) compromete a los ciudadanos a aceptar el desempeño diario de los eventos legislativos que emanan del sistema en su conjunto.<sup>15</sup> Esto es, después de todo, lo que interesa a Rawls al afirmar que los ejercicios de coerción política son justificables en tanto están de acuerdo «con una Constitución, cuyos elementos esenciales podría esperarse que todos los ciudadanos [...] apoyarán».<sup>16</sup>

Pero, ¿por qué Rawls llama la atención sobre «los elementos esenciales [de la Constitución]»? Lo más importante de la respuesta a esta pregunta radica en la demanda, percibida como necesaria, de certeza objetiva en la aplicación de las normas legales sistémicas (el «derecho constitucional») a controversias específicas —una necesidad aparentemente implicada por el papel fundamental que ahora hemos asignado a las Constituciones en el argumento de justificación contractualista.<sup>17</sup>

Supóngase que existe un conjunto de leyes básicas públicamente reconocidas en la práctica política y legal de un determinado país, denominado como «la



Constitución», el cual es considerado para modelar, organizar, limitar y dirigir las operaciones legislativas de ese país. Todos aceptan que esta Constitución consiste de 26 cláusulas, de la A a la Z, y que su redacción es canónica e incontrovertible. Pero también es cierto que todos creen con honestidad que es imposible decir con certeza, en relación con cada una de las leyes promulgadas, si se apartan o no verdaderamente del contenido de las cláusulas de la T a la Z, porque dichas cláusulas simplemente no tienen algún tipo de aplicación objetiva, de una u otra manera, a los tipos de leyes que actualmente están promulgadas (por ejemplo, la cláusula T señala que a cada uno le debe ser garantizado un «estándar de vida mínimamente decente» y el Parlamento sólo ha reemplazado el bienestar por las condiciones de trabajo dignas, reducido el salario mínimo a la mitad, elevado el control de la renta y presupuestado una suma anual de tres billones de coronas para los insumos de vivienda y la capacitación para el trabajo). Estas cláusulas, entonces, no pueden ser consideradas como parte de la Constitución *esencial*, de la misma que se supone cumple la función de pivote que las constituciones tienen que desempeñar en la justificación contractualista.

La idea general es que yo puedo aceptar libremente el funcionamiento diario de los actos de coerción que provienen de un régimen político constituido, incluyendo aquellos que yo juzgo como perniciosos o injustos, si y sólo si: i) yo considero a este régimen, *qua* régimen, en una situación de armonía con los intereses racionales de todos, incluyéndome a mí; y ii) si yo observo al gobierno y a mis conciudadanos comprometidos por este régimen y acatando sus disposiciones. Una conjunción de percepciones como ésta podría ser posible para mí, pero sólo si en todo momento yo puedo considerar, de manera confiable, que la condición ii) está realmente satisfecha. Y yo no podría hacer esta consideración si la cláusula T es parte del régimen en cuestión. Entonces, incluso si T es un elemento del *documento* «Constitución», no puede ser considerada como un elemento *esencial* de la Constitución, la misma que realiza el trabajo fundamental que la Constitución tiene que desempeñar en la justificación contractualista.

En suma, todo esto significa que el contractualismo constitucional es un asunto realmente delicado. Éste requiere la existencia, en un determinado país —el estar obligado por ella en ese territorio— de una Constitución esencial que satisfaga dos demandas potencialmente contradictorias. Primero, la Constitución esencial tiene que incluir a cada norma sistémica o garantía que pueda ser requerida, para que ella justifique ante todos la conformidad voluntaria con las leyes promulgadas bajo el régimen que dicha Constitución, valga la expresión, constituye. Pero, segundo, la Constitución esencial no puede incluir cualquier norma sistémica o garantía que, de manera aislada o en combinación con otras, requiera caracterizar las aplicaciones más o menos objetivas que se hacen a todos los casos que, de manera más o menos justificada, caen bajo su dominio.

*Tercer elemento fundamental: «moralidad responsable» («a la luz de principios e ideales aceptables ante los ojos [de los ciudadanos] como razonables y*

*racionales*»). ¿Cómo y por qué pueden las personas sensibles permitirse a sí mismas incluso esperar que exista alguna manera para satisfacer completamente ambas demandas simultáneamente? A mí me parece que todos los partidarios de la justificación del contractualismo constitucional, Habermas incluido, cifran nuestras esperanzas sobre una cierta clase de atribución motivacional favorable para las personas en general. En este punto, la obra de Rawls es muy importante dada su estipulación de que las acciones políticas están justificadas cuando, de una manera justa, están de acuerdo con los principios reflexivos de la esencia constitucional, los cuales deben ser racionalmente aceptables para cada persona «razonable».

Si esto es cierto, la pretensión completa, aunque un poco esquemática, del modelo contractualista-constitucional para la justificación política podría formularse de la siguiente manera:

Los ejercicios específicos del poder político coercitivo están justificados cuando [*esencialismo constitucional*] están validados por un conjunto de elementos constitucionales esenciales [*universalismo racional*], siendo que todos [los ciudadanos] pueden observar que cada uno de los afectados [por ellos] tiene razones para aceptarlos a la luz de sus intereses [*responsabilidad*], considerándose [cada uno de estos ciudadanos] a sí mismo como uno de entre muchos otros conciudadanos presumiblemente libres e iguales, [y considerando también que] todos ellos están bajo la presión motivacional moral para lograr un acuerdo en términos justos de cooperación dentro de su espacio social necesariamente compartido.

Al llamar a la referida presión como de tipo «moral», yo quiero decir que la concibo como carente de un contenido instrumental ulterior, es decir, como si fuera exclusivamente una motivación para encontrar y acatar los términos de cooperación social justos o universalmente aceptables, sólo por causa del respeto que cada ciudadano tributa, precisamente por ello, a sí mismo y a otros en tanto libres e iguales. Aquí estoy aventurando la idea de que cualquier filósofo contemporáneo que postula la posibilidad de la aceptabilidad universal y racional de una Constitución política, en realidad, se basa en la estipulación de la experiencia, por parte de todos los implicados, de la motivación moral para encontrar un acuerdo justo.<sup>18</sup> Ésta podría ser una sugerencia muy controversial. Los seguidores de Habermas se podrían sentir incitados a resistirse ante la preocupación que hace depender a la justificación de una contingencia empírica —es decir, la contingencia de que las personas realmente implicadas tengan una motivación específica que ninguna persona en tanto persona necesita tener. Esta preocupación particular podría ser innecesaria, y sin embargo, explicar por qué esto es así nos ayudaría a preparar el escenario para una discusión provechosa en relación con un tipo más bien diferente de preocupación en la teoría de Habermas.

#### IV. Habermas y la motivación moral

##### A) «Aceptabilidad» hipotética

Hacer que la justificación dependa de que cada ciudadano, de hecho, se sienta motivado por los deseos de lograr un acuerdo justo (o quizá por el deseo secundario de ser la clase de persona que posee este tipo de motivación) podría violar, aparentemente, la incondicionalidad que Habermas pone como requisito, de manera apropiada, para una justificación de la política. Después de todo, ¿qué es lo que importa de esta justificación? Lo que importa es establecer la posibilidad de un régimen político justo y, también, la posibilidad de obtener la garantía política de que cada ciudadano se unirá en el mantenimiento colectivo de la amenaza de la fuerza y el castigo, para asegurar el acatamiento del derecho positivo de un régimen político. La esencia de una garantía como ésta debe consistir en razones que cada ciudadano en tanto libre e igual —cada uno siendo capaz de llegar, como todas las demás personas, a su propia concepción del bien— podría considerar para dar su asentimiento al régimen. Así, éstas tienen que ser razones que, podríamos decir, se aplican a todos, independientemente de las particularidades de su situación, identidad y punto de vista ético (cuya naturaleza, aparentemente, debe ser del tipo de las que llamamos razones morales).<sup>19</sup> Estas razones no gobiernan los deseos en cuanto tales, los cuales se encuentran fuera de cuestionamiento, dado que los deseos, seguramente, pueden muy bien ofrecer a las personas razones apropiadas para actuar. Excluidos de esta consideración quedan, sin embargo, todos los deseos excepto aquéllos (si es que existe alguno) de los que podemos decir que cada persona en tanto libre e igual debe tener. Y, quizá, no parece que nada como un deseo de encontrar y vivir en términos justos de cooperación social —o un deseo de tener un deseo de este tipo— puede ser un deseo del tipo que, podríamos decir, cada persona en tanto libre e igual debe tener.<sup>20</sup>

Más bien, parece que en algunos países y en algunos momentos, los deseos de esta clase podrían ser comunes entre las personas, mientras que en otros países o en otros momentos, dichos deseos podrían no estar presentes. Desde un punto de vista habermasiano (el cual es, en este punto, una perspectiva kantiana), un conjunto de elementos esenciales constitucionales que es justo y moralmente tolerable, en un país donde deseos de este tipo prevalecen, no podría ser injusto y moralmente intolerable en un país donde estos deseos no prevalecen. *La cuestión de la justicia no puede depender, en este sentido, del funcionamiento de los deseos de las personas de un país y, contingentemente, de lo que no tendría por qué suceder.*

Hasta aquí, ¿qué hemos descubierto? Que los habermasianos no pueden ser contractualistas constitucionales, a menos que, o entre tanto, el contractualismo constitucional haga que la justicia, o la posibilidad de la justicia, dependa,

en este sentido, de que prevalezca una «responsabilidad moral», o algo parecido, entre las personas de un país. No obstante, esto no es así, al menos no completamente. La afirmación básica del contractualismo constitucional consiste en que una serie de elementos esenciales constitucionales está moralmente justificada —y así es que usted o yo damos nuestro asentimiento a su imposición y la de sus contenidos legislativos sobre quienes no están de acuerdo— en tanto el conjunto sería aceptable en todas sus razones y para todos a quienes nos imaginemos como personas moralmente sensibles; esto último significa (aunque sea repetitivo) que una persona se comprende a sí misma como viviendo en compañía de conciudadanos presumiblemente libres e iguales, todos ellos bajo presión moral motivacional para encontrar un acuerdo en torno a los términos justos de cooperación social.

Lo importante es que la prueba contractualista de justificación es una prueba de aceptación *hipotética* y no *real* de los elementos constitucionales en cuestión. Es, en los términos de Habermas, una prueba de «acceptabilidad».<sup>21</sup> La justificación contractualista, por tanto, no depende de si la sensibilidad moral está, de hecho, verdaderamente presente en todos o, en este caso, en nadie. (No tiene que *existir* ninguna persona moralmente sensible, en tanto el resto de nosotros pueda entender lo que esta sensibilidad moral significa, de manera tal que pueda juzgar si un conjunto dado de elementos esenciales constitucionales podría o no ser aceptable para todas las personas con sensibilidad moral, si es que existiera alguna.)

### B) *Una breve genealogía de las éticas políticas*

En tanto contractualistas constitucionales, los partidarios de Habermas buscan establecer la posibilidad y las características generales (en última instancia) de un régimen político que es racionalmente aceptable —aceptable considerando los intereses propios— para cualquier persona que es (hipotéticamente) razonable. Además, estos habermasianos buscan hacer esto sin suponer cualquier punto de vista ético sustantivo que sea compartido por las personas implicadas. Pero, ¿puede ser esto posible?

Considérese la siguiente explicación genealógica —como podríamos llamarla— del carácter moralmente necesario del constitucionalismo democrático. La exposición comienza con una afirmación empírica a propósito de los deseos y necesidades humanos generales, pero una del tipo que no esperaríamos que fuera puesta en duda por nadie.<sup>22</sup> La proposición fundamental es que, en las sociedades modernas y plurales, no existe alternativa frente al desastre en la vida de todos los ciudadanos que genera el conflicto social y el desorden, a menos que recurramos al siempre potencialmente coercitivo medio del derecho positivo, institucionalmente promulgado. Thomas Hobbes, asumimos, ex-

pliqué de manera convincente, y para siempre, por qué en las sociedades postradicionales todos tenemos motivos para apoyar *algún tipo* de práctica de un orden positivo legal. Igualmente insuperable, sin embargo, es la certeza, en sociedades como éstas, donde existe un profundo y obstinado desacuerdo, acerca del papel que debe desempeñar el derecho positivo y, además, la certeza de lo que deben ser las disposiciones institucionales para decidir, de tiempo en tiempo, aquello que las leyes ofrecerán. De esto se sigue, según los habermasianos, que las personas interesadas tienen, de alguna manera, que superar juntos su desacuerdo sobre estos asuntos básicos de contenido legal positivo, así como sobre las disposiciones básicas y procedimientos para la promulgación de más leyes en el futuro.

Antes de seguir adelante con las razones de por qué los habermasianos hacen estas afirmaciones y hacia dónde quieren llegar con ello, debe notarse cómo ya hemos establecido un pequeño y seguro punto de apoyo en la empresa de justificar una Constitución democrática; esta Constitución es considerada como un conjunto particular de disposiciones para la producción de derecho positivo, sin la más mínima sugerencia de confianza sobre la posibilidad que alguien sea movido, de hecho, por cualquier tipo de intereses, motivaciones o actitudes éticas sustantivas (actitudes del tipo que serían fáciles de incluir en el rango de la «sensibilidad moral»). Los partidarios de Habermas afirman que ninguna confianza de este tipo es necesaria, y menos, para concluir con éxito la empresa de la justificación política. La lógica, de cierto tipo, es todo lo que se necesita.

Esta lógica se desarrolla como sigue. Por sí mismo, el derecho positivo está prescribiendo el conjunto de las disposiciones, al interior de una sociedad, para la producción de (más) leyes positivas; la Constitución se halla en una posición delicada. Inevitablemente, muchas de sus estipulaciones son, en sí mismas, objeto de un desacuerdo razonable, y también es cierto que estas estipulaciones pueden ser enmendadas, discutidas, en cualquier momento dado, porque en ellas radica el programa institucional para debatir y pronunciarse en torno a puntos específicos en disputa o a modificaciones propuestas en relación con todas y cada una de las prescripciones legales positivas —incluyendo las propias provisiones constitucionales. Entonces, ¿cómo pueden ser justificadas provisiones constitucionales impugnadas? ¿Qué es lo que hace posible que estas provisiones constitucionales puedan ofrecernos un estándar de lo justo para el programa institucional que decidirá todas las demás cuestiones políticamente debatibles? Según los habermasianos, la respuesta que lo que posibilita este estándar de lo justo no es otra cosa que las normas ya implícitas en un «punto de vista» específico, aquel que «integrantes de las sociedades postradicionales [...] adoptan de manera intuitiva cuando encuentran que ellos deben recurrir a razones» para justificar cualquier cosa.<sup>23</sup> Como Habermas ha condensado estas normas, recientemente, éstas son del tipo:

[...] i) que nadie que pudiera realizar una contribución relevante [a la discusión] quedara excluido; ii) que todos los participantes tienen garantizada una igual oportunidad para realizar contribuciones; iii) que los participantes deben hacer explícito el punto de vista que sostienen; y iv) que la comunicación debe hallarse libre de coerción externa e interna, de tal forma que las posturas de «sí» o «no» que adoptan los participantes en el diálogo, sobre demandas de validez que pueden ser sometidas a la crítica, están motivadas exclusivamente por la fuerza racional de las mejores razones.<sup>24</sup>

Habermas realiza una estipulación fuerte. No existiendo en las sociedades postradicionales ninguna autoridad normativa más «elevada» que «la buena voluntad y perspectiva» de aquellos que deben acatar los términos básicos de la cooperación social, podría decirse, con propiedad, que el estándar para la decisión y el juicio que se haga sobre tales términos de cooperación, en tanto *proposiciones de obligación moral*, «debe derivarse exclusivamente de la situación en la cual los participantes buscan *convencerse mutuamente*», considerando el punto de vista de los demás.<sup>25</sup>

Pero, ¿por qué debemos juzgar estos términos de cooperación como cuestiones de obligación *moral*? ¿Por qué no como problemas de obligación *legal*, que es como usualmente juzgamos la validez de las leyes? Cuando una garantía es solicitada por la ley, generalmente lo que esperamos que se produzca es una garantía legal. Pero considérese dónde encontramos esta garantía legal. La encontramos, en última instancia, en la fuerza de la Constitución específica. (En Estados Unidos, por ejemplo, puede observarse que la ley está promulgada por las mayorías constitucionales, en ambas sedes del Congreso y ratificada por el Presidente, de tal forma que permite la discusión de una función de interés ciudadano que la Constitución asigna al gobierno nacional; al mismo tiempo, no se puede habilitar constitucionalmente ningún proyecto de ley para la proscripción de este poder ciudadano ni tampoco limitar la libertad de expresión, etc.). Pero el propósito de la justificación de la política es ofrecer una garantía para la complicidad en el apoyo coercitivo para *la Constitución misma*, pero una garantía *como ésta* no puede ser de tipo legal. En este caso, sólo puede tratarse de una garantía moral, y el argumento de Habermas es que nada puede dotar a la Constitución de una garantía de este tipo, excepto su conformidad, tanto en un sentido sustantivo como procedimental —en consideración, esto es, tanto a su contenido prescriptivo programático como el proceso por medio del cual han llegado a tener este contenido—, con ciertos principios prácticos implícitos en un «punto de vista» específico. A saber, éste es el punto de vista *moral*, el «punto de vista en el que miembros de las sociedades postradicionales adoptan de manera intuitiva» cuando se encuentran en la necesidad de convencerse mutuamente sobre alguna cuestión relacionada con lo justo, lo bueno, lo conveniente en cualquier materia, porque estos ciudadanos observan que la resolución de

estas cuestiones tendrá que vincularlos a todos y que, además, *ellos no podrían dejar de considerar a sus semejantes como personas libres e iguales*. (Lo que no les estaría permitido a los ciudadanos exclusivamente desde el punto de vista del giro lingüístico).

En otras palabras, cuando los habermasianos dicen que la justificación de un conjunto de elementos constitucionales esenciales es, y sólo puede producirse cuando, «estos elementos *podrían* encontrar la aceptación de todos aquellos interesados, dada su capacidad como participantes en un discurso práctico»,<sup>26</sup> o que estos elementos constitucionales *podrían* «ganar el acuerdo de todos los interesados, bajo la condición de que discutan conjuntamente en un discurso práctico» si el paquete o conjunto «está en el interés equitativo de todos»,<sup>27</sup> en este caso, la incorporación del condicional «*podrían*» implica que los elementos constitucionales están asumiendo una suposición hipotética de sensibilidad moral, o razonabilidad, válida para «todos los interesados». La demanda específica sobre la conducta de los ciudadanos en un régimen democrático es tal, que una práctica constitucional no puede, presumiblemente, hacer que coincidan el estándar de aceptabilidad racional universal y lo razonable, a menos que la Constitución mantenga su propio contenido siempre abierto a un proceso de revisión de acuerdo con los mismos estándares —a menos que someta todas las determinaciones posteriores de su contenido constitucional a una cierta concepción normativa de la democracia política, extraída del ideal del discurso práctico.<sup>28</sup>

Ahora, es posible evaluar el argumento completo, y se hace evidente que la abstracta justificación moral habermasiana del constitucionalismo democrático se ha completado sin la atribución empírica, a ninguna persona, de ningún tipo de sensibilidad moral o cualquier clase de disposición motivacional.

## V. Hacia el patriotismo de la Constitución

### A) *La amenaza de la interpretación*

Considérese, ahora, que el «patriotismo constitucional» se refiere, seguramente, a algún tipo de disposición motivacional. Me parece que con esta expresión se alude a una disposición de compromiso con el propio país, específicamente a la vista de un cierto espíritu sustentado por los habitantes del país y sus líderes al debatir y decidir sobre el desacuerdo en torno a la importancia de los elementos esenciales constitucionales.

¿Qué papel puede estar desempeñando una noción empírica como ésta en la teoría constitucional habermasiana? La respuesta, me parece, se halla en la sensibilidad de Habermas hacia una afirmación que yo prometí antes recuperar: que debe ser la idea de la Constitución la que realiza el trabajo crucial en una justificación de la política como la que hace el contractualismo constitucional, dado que

no pueden haber acuerdos definitivos entre las personas de un país sobre la descripción del actual estado de cosas en toda su especificidad concreta.

El desacuerdo existente en un país en torno a la importancia de los elementos constitucionales esenciales nunca puede ser restringido al desacuerdo en torno a la redacción de las disposiciones constitucionales canónicas, las «cláusulas» de la Constitución. Inevitablemente, también existirán desacuerdos en torno a cómo las cláusulas van a ser aplicadas a casos y controversias específicos. Considérese la experiencia constitucional estadounidense. Una y otra vez encontramos que nuestras disposiciones constitucionales canónicas, en relación con los elementos constitucionales esenciales, no pueden ser aplicadas, de manera decisiva, a las controversias reales de la vida social sin que se produzcan interpretaciones coyunturales, las cuales, de manera inevitable, estarán abiertas al desacuerdo razonable por sí mismas. Piénsese acerca de los procesos sustantivos debidos; también sobre la libre práctica religiosa. Y también considérese el caso de la protección equitativa: el principio para el trato y el respeto equitativos de cada persona, por parte del gobierno, es, sin lugar a duda, un elemento constitucional esencial en Estados Unidos. Muy pocos cuestionarían que un principio de este tipo esté canónicamente establecido en toda su evidencia —y que esto se haga de una manera correcta— en la Constitución estadounidense. Sin embargo, el desacuerdo estalla de nuevo cuando, como sucede en Estados Unidos ahora, el principio prohíbe, permite o requiere acciones gubernamentales orientadas racialmente bajo cualquier circunstancia. Alguien —quizá la mayoría de una Suprema Corte explícitamente dividida— va a tener que decidir sobre la cuestión, y sobre el desacuerdo —¿quién podría decir que este desacuerdo no es razonable?— persistente y sincero.<sup>29</sup>

Recuérdese, ahora, cómo es que el esencialismo constitucional se convierte en un componente central en la justificación política contractualista. Al percartarnos de la futilidad de la aplicación de un estándar racional-universalista a la evaluación de cada acto político y cada ley particulares, esperamos, más bien, que un estándar de este tipo debiera quedar satisfecho si se aplica sólo a un conjunto de principios de referencia, relativamente móviles, e ideales para un sistema legislativo. Pero ahora la dificultad, desgraciadamente, parece reaparecer en el punto donde los principios de referencia relativamente abstractos tienen que ser aplicados para decidir la validez legal de las decisiones políticas mayores, cargadas con presunciones morales. (Debe quedar bien entendido que, a lo largo de esta discusión, mi presunción es que el desacuerdo tiene lugar sobre cómo responder adecuadamente la cuestión normativa; es decir, bajo cuál de las interpretaciones en competencia, el conjunto de elementos constitucionales esenciales en cuestión será del tipo que podría conseguir la aceptación de todos los interesados en un discurso práctico.) Para poner el problema de otra manera: no resulta del todo claro cómo podemos decir que una norma constitucional como la que afirma «la igualdad de trato y de respeto» permanece idénti-



ca —permanece una y la misma norma— bajo diversas interpretaciones razonables y en disputa que se hacen sobre ella (el punto de vista «ciego ante la diferencia en el color de piel» *versus* el punto de vista «contrario a la existencia de castas»). Y esto es lo que amenaza con volver desastrosa la justificación de la política propuesta por el contractualismo constitucional. Porque, obviamente, la justificación no puede ser exitosa si cancela los «principios e ideales» constitucionales en relación con los cuales el asentimiento de cada persona, en tanto razonable, es una forma de legislación para las situaciones de desacuerdo no resueltas y profundas entre las personas razonables.

### B) *El patriotismo de la Constitución al rescate*

Habermas ha tomado y respondido a lo importante de este debate. Y su forma de percibirlo y tratarlo, ahora quisiera sugerir algo que hace directamente eco en la explicación que encontré antes a propósito de salvar a la posibilidad de la experiencia moral a partir del giro lingüístico, es decir, de su explicación de la manera en que puede existir una experiencia moral completa de lo incondicionalmente obligatorio y que no es necesariamente accesible desde el interior de cada forma humana de vida.

Habermas, como yo lo entiendo, afirma que los ciudadanos, movidos por el inquebrantable reconocimiento de las demandas de los otros, considerados tan libres e iguales como uno mismo, podrían atribuir excesiva importancia a sostener la idea de acuerdo existente en torno a un único conjunto de principios reflejados en los elementos esenciales de la Constitución de su país; y su sentido de la urgencia por afirmar el acuerdo *sobre estos principios* podría mantener a los ciudadanos comprometidos con la idea de que sus desacuerdos *en lo tocante a la aplicación* no acusa —no podría permitirse esto— la invariabilidad de los principios mismos. Las aplicaciones mayores y discutidas de los principios constitucionales, afirma Habermas, «no pueden ser éticamente neutrales». No obstante, él insiste, «los debates se producen siempre en torno a la mejor interpretación de los mismos derechos y principios constitucionales».<sup>30</sup>

Estos principios y derechos *tienen* que ser concebidos de este modo, Habermas parece sugerir, dado que sólo a partir de la percepción de una persistente «condición de idénticos» —de su invariabilidad bajo interpretaciones mayores en disputa— pueden los elementos esenciales constitucionales desempeñar su papel fundamental en la justificación política del contractualismo constitucional. Desde este punto de vista, una discusión o desacuerdo en torno a la interpretación de los elementos constitucionales esenciales es un tipo especial de discusión o desacuerdo normativo, en el cual algo especial está en juego: a saber, la posibilidad de una forma de asociación política que es *justa* en el sentido de que aparece como racional y razonablemente aceptable ante todos. Los participantes en estos deba-

tes, por consiguiente, tienen, tanto si lo saben como si no lo saben, una razón especial para entender los debates de una forma particular.

Desde el punto de vista de la justificación, siempre quedan dos maneras alternativas para describir los debates sobre la interpretación constitucional que implica elementos constitucionales esenciales. Podemos observar como debates sobre el significado o la aplicación de un conjunto de elementos canónicos, ya certificados, de una manera segura, como aceptables ante todas las personas razonables, pase lo que pase en lo referente a las disputas sobre cómo aplicarlos. O podemos verlos como debates en torno a *qué clase* de significados o aplicaciones en disputa *someterán* tales elementos como aceptables para cada persona razonable. Un problema obvio con el primer punto de vista es su desconcertante implicación: que la aceptabilidad racional de ciertos elementos constitucionales nominales, también razonables, puede ser independiente, de alguna manera, de lo que dichos elementos nominales vayan a desechar al momento de que la presión empiece a ser verdaderamente significativa. Y de hecho, *sólo* al adoptar el primer punto de vista es que cualquier persona podría proponerse ejercer su juicio sobre la afirmación de que un régimen político dado está justificado, sin tener que esperar, hasta la eternidad, a observar cómo cada una de las disputas interpretativas que se suceden infinitamente van a ser resueltas por la Suprema Corte o por otros poderes fácticos.<sup>31</sup> Así es como resulta que la posibilidad de una justificación como la que realiza el contractualismo constitucional depende de que los ciudadanos sean capaces, de una manera verosímil, de observar los debates en torno a la interpretación constitucional de acuerdo con el primer punto de vista, el único que permite que un elemento constitucional esencial sea juzgado como racionalmente aceptable, por ser también razonable, ante cualquier persona que sepa cómo dicho elemento va a ser interpretado y aplicado en casos moralmente disputables al extremo.

Entonces, la pregunta resulta ser: ¿cómo pueden ciudadanos inteligentes decidir dar su aprobación a un elemento constitucional esencial, que es simultáneamente racional y razonable, cuyo contenido al final del proceso no conocerán completamente?

La única respuesta posible a esta cuestión es que estos ciudadanos no tienen esta opción. El destino de la justificación del contractualismo constitucional depende de una posibilidad diferente. Debe existir alguna manera en que los ciudadanos puedan percibir que, incluso sus desacuerdos más intratables y polarizantes en torno a la *aplicación* de las normas constitucionales, se dirigen hacia algo que no es el *contenido* de las normas mismas. Pero, entonces, ¿sobre qué otra cosa podrían ser los desacuerdos? ¿Qué hay, aparte del contenido de una norma, que pueda decidir, o ayudar a decidir, la aplicación de esa norma? Una respuesta aparente sería: el contexto de aplicación.

Ahora bien, una dimensión del contexto de aplicación de una norma constitucional esencial es lo que algunos han llamado «la identidad constitucional»

de un país.<sup>32</sup> Dados los desacuerdos en torno a la aplicación de las normas constitucionales esenciales, los ciudadanos no tienen que adscribirse a estos desacuerdos debido a la ambigüedad o vaguedad en las normas mismas. Más bien, deberíamos adscribirnos a un desacuerdo pertinente debido a la incertidumbre o desacuerdo acerca de exactamente quiénes pensamos que somos y aspiramos a ser en tanto un pueblo políticamente constituido, es decir, de dónde pensamos que venimos y hacia dónde consideramos que nos dirigimos. Desde un punto de vista habermasiano, de hecho es más fácil observar cómo los ciudadanos podrían diferir acerca de tales cuestiones «éticas» que observar cómo ellos podrían disentir acerca de las demandas centrales que realiza el ideal moral de respeto, para cada persona en tanto libre e igual, sobre la práctica constitucional misma —un ideal que, si Habermas está en lo correcto, es trascendentalmente inmanente en la práctica del argumento constitucional mismo. Tales demandas centrales invariables, entonces, siempre aparecen como un «punto fijo de referencia para [el] patriotismo constitucional, que sitúa el sistema de derechos dentro del contexto histórico de una comunidad legal».

Así, por ejemplo, en Estados Unidos, en la actualidad, el derecho constitucional protege vigorosamente la libertad de pronunciar discursos de odio racista,<sup>33</sup> mientras que en Canadá esto no sucede.<sup>34</sup> En un sentido habermasiano, la diferencia no es evidencia de que diferentes principios básicos de libertad e igualdad prevalecen en los dos países sino, más bien, de que los dos países tienen, de algún modo, identidades constitucionales diversas.<sup>35</sup>

Ahora nos acercamos al núcleo del «patriotismo constitucional». Al parecer el «patriotismo constitucional», parece ser, es la disposición moralmente necesaria, entre las personas de un país, para aceptar el desacuerdo sobre la *aplicación* de los principios constitucionales centrales de respeto para cada persona en tanto libre e igual, sin que se pierda la confianza en el *contenido unívoco* de tales principios dado, y en tanto que, los ciudadanos pueden entender el desacuerdo como algo estrictamente vinculado con las luchas que definen la identidad constitucional. Pero, ¿qué es lo que explica esta disposición, cuándo se produce y de dónde proviene? La respuesta a esta pregunta debe ser que las condiciones extendidas por toda la comunidad garantizan un nivel de confianza tal, que la lucha *sobre* la identidad corporativa sucede *al interior* de una identidad corporativa que es actualmente conocida y fijada de manera incompleta, pero en un grado suficiente para garantizar la cohesión. La respuesta es, en otras palabras, una contingencia cultural —la contingencia cultural, donde y cuando suceda, de que la identidad corporativa en cuestión, lo debatida que esté en otros aspectos, ya está siendo percibida por los ciudadanos interesados como cayendo en el dominio de las identidades constitucionales *moralmente conscientes* (y, por ello, democrático-procedimentalistas). Escuchemos a Habermas:

[E]n las sociedades complejas, la ciudadanía como un todo no pueda ya mantenerse unida en virtud de un consenso sustantivo sobre los valores, sino sólo a consecuencia de un consenso en el procedimiento para la promulgación legítima de leyes y el ejercicio legítimo del poder. Los ciudadanos que están políticamente integrados de esta manera, comparten la convicción, racionalmente basada, de que la libertad irrestricta de comunicación en la esfera pública política, un proceso democrático para resolver los conflictos, y la canalización constitucional del poder, todos estos elementos reunidos, suministrarán una base para equilibrar el poder ilegítimo y asegurar que el poder administrativo es usado en el igual interés de todos. El universalismo de los principios legales se manifiesta, por sí mismo, en un consenso procedimental, el cual debe ser incorporado por medio de la clase de patriotismo constitucional que se produce en el contexto de una cultura política históricamente específica.<sup>36</sup>

En este texto no hay ambigüedad acerca de lo que es y lo que no es empírico y contingente. La integración política, que se comparte una convicción racionalmente fundamentada, una cultura política históricamente específica: todas estas expresiones hacen referencia a algo que sólo puede ser empírico y contingente, a saber, una coincidencia cognitiva e intersubjetiva experimentada por las personas que habitan un país en particular.

Habermas afirma que no se trata de una coincidencia «sustantiva» en torno a «valores», sino una coincidencia sólo en lo que tiene que ver con el procedimiento. Por supuesto, la discusión no termina aquí. Necesitaremos considerar lo que significan estas disposiciones, y cómo ellas actúan. El procedimiento habermasiano, parece ser, es un problema que se relaciona más con lo que nosotros llamamos una visión «sustantiva», comprensiva de las cosas. Por ejemplo, Habermas observa —me parece que de manera correcta— que los «derechos humanos» son una parte de lo que tiene que «satisfacer el requerimiento de una práctica civil del uso público de la libertad comunicativa que esté institucionalizada legalmente».<sup>37</sup> En el caso de este discurso ideal que está «implícito en el punto de vista» de los ciudadanos moralmente sensibles que aceptan la obligación de convivirse mutuamente sobre la aceptabilidad del régimen que a todos afecta, ¿no es este ideal un valor?<sup>38</sup> ¿Qué sucede con la idea de que una «forma social de integración» consiste en «un tipo de solidaridad entre extraños, abstracta y legalmente mediada»?<sup>39</sup> ¿No es esto un valor? ¿Y no son estos, después de todo, *valores éticos* implicados en, y que reflejan, una forma particular de vida? Una forma de vida, me parece, que prefiere el razonamiento honesto y sincero entre los ciudadanos sobre la fuerza y la manipulación —o una forma de vida que caracteriza un lenguaje (como yo lo afirmé antes) con categorías existentes para el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas y, además, para el reconocimiento de obligaciones recíprocas entre las personas para tratarse según esta caracterización.

En este momento, no estoy seguro de lo que queda de la distinción entre sustancia y procedimiento. Lo que parece quedar claro es que el hecho de la coincidencia, entre las personas de un país, sobre el discurso ideal —procedimental y abstracto, como todo ideal debe ser— es una cuestión empírica y contingente. Este punto se mantiene a pesar de la sugerencia persuasiva de Habermas en el sentido de que la aparición de tal coincidencia entre las personas de un país no necesita preceder, en ese país, al establecimiento de instituciones que son producto del discurso democrático, sino que más bien podemos esperar que esa coincidencia surja, precisamente, de dichas instituciones.<sup>40</sup> «La autocomprensión ético-política de los ciudadanos en una comunidad democrática» —él escribe— «no debe ser tomada como un *a priori* histórico-cultural que hace posible la formación de una voluntad democrática posible». Una autocomprensión nacional de este tipo, más bien, debe entenderse como «el contenido fluido de un proceso circular que se genera a través de la institucionalización legal de la comunicación entre los ciudadanos».<sup>41</sup> Lo importante, parece, es que es consustancial al poder de los habitantes de un país la posibilidad de crear la coincidencia y el acuerdo, «dada» su «voluntad política» para hacerlo.<sup>42</sup> Esta idea de «lo dado» me parece a mí que alude a una contingencia empírica, y lo que no sé es qué cosa no es moral sobre eso.

#### NOTAS

1. Traducción del inglés: Mario Alfredo Hernández. Revisión: María Pía Lara.
2. Para la redacción de este ensayo, estoy en deuda, especialmente, con las conversaciones que sostuve con Rainer Forst, Jürgen Habermas, David Rasmussen y Charles Sabel.
3. Véase: Frank I. Michelman, *Brennan and Democracy*, 14-16, 31-33 (1999).
4. John Rawls, *Political Liberalism*, 217 (1993).
5. Jürgen Habermas, «Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State», en *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, 225-226, 203-236 (Ciarin Cronin y Pablo DeGrieff, eds., Ciarin Cronin, trad., 1998) (de aquí en adelante me refiero a este texto simplemente como: Habermas, *The Inclusion of the Other*).
6. Jürgen Habermas, «Hermeneutics and Analytic Philosophy: Two Complementary Versions of the Linguistic Turn» (ensayo presentado en la Reunión Anual de la Sociedad de Fenomenología y Filosofía de la Existencia, Denver, Colorado, 1999) (en los archivos de la *Denver University Law Review*).
7. Ídem.
8. Ídem.
9. Los adoradores del poder de las palabras podrían observar en esta afirmación una implícita equivalencia entre el lenguaje y Dios pero, después de todo, ¿no es ésta una forma de describir el giro lingüístico? «En el principio era...»
10. Rawls, *supra* nota 4, 217.
11. Debo hacer saber que, por mi parte, siento una fuerte tentación de adherirme al modelo del contractualismo constitucional, aunque mi intención en este ensayo es, más bien, problematizarlo.
12. Rawls, *supra* nota 4, 217.

13. Jürgen Habermas, «A Genealogical Analysis of the Cognitive Content of Morality», en Habermas, *The Inclusion of the Other*, *supra* nota 5, 31 (de aquí en adelante, citado como: Habermas, «Cognitive Content of Morality»); véase también: «“Reasonable” versus “True,” or the Morality of Worldviews», en Habermas, *The Inclusion of the Other* (de aquí en adelante: Habermas, «“Reasonable” versus “True”»).

14. Véase: Rawls, *supra* nota 4, 36-37.

15. Para decirlo con claridad, la idea es que la aceptación del sistema implica que, si se encuentran leyes particulares injustas, esto no nos autoriza a emplear la fuerza ilegal; dicha aceptación no nos impide la denuncia, el compromiso con la desobediencia civil o la objeción de conciencia. Véase: John Rawls, *A Theory of Justice* 363-391 (1971).

16. Rawls, *supra* nota 4, 217 (énfasis añadido).

17. También existe una respuesta superficial, la cual señala que cualquier «Constitución» prácticamente útil —en el sentido de ser una ley que prevalece sobre otras leyes y no es ella misma modificable excepto siguiendo sus propias disposiciones (quizá muy onerosas) para la enmienda constitucional— contiene, de manera inevitable, una cierta dosis de arbitrariedad, e incluso de irracionalidad, que posiblemente no podría decirse que responde a razones atribuibles a todos y cada uno de los ciudadanos. Parece obvio que la presencia de una dosis de este tipo en una Constitución dada, no la descalifica necesariamente para desempeñar su papel fundamental en la justificación contractualista. Por ejemplo, la Constitución de Estados Unidos garantiza, de manera invariable, la representación igual en el Senado de cada Estado de la Unión, independientemente del número de su población. Véase la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Art. V. La idea es que una Constitución podría desempeñar el papel fundamental en la justificación contractualista, en la medida que todos sus elementos «esenciales» puede considerarse que están cumpliendo con el universalismo racionalista.

18. No estoy diciendo que todas las defensas filosóficas contemporáneas del constitucionalismo democrático-liberal, de hecho, se fundamenten deliberadamente sobre una explicitación de la posibilidad de la aceptabilidad universal. Sólo lo estoy afirmando, en consideración de aquellos que lo hacen, una clase en la que incluyo la defensa recientemente ofrecida por Rawls y Habermas. Actualmente, no tengo la certeza de hasta dónde extender la pretensión de este tipo de defensas del constitucionalismo democrático-liberal ofrecidas por el liberalismo «ético» o «perfeccionista» (opuesto al de tipo «político»), tal y como hacen Ronald Dworkin, «Foundations of Liberal Equality», en *The Tanner Lectures on Human Values* (1990), y Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986).

19. Véase, *i.e.*, Habermas, «Cognitive Content of Morality», *supra* nota 13, 21-22, 27-28, 32; y «“Reasonable” versus “True”», *supra* nota 13, 86-87.

20. Véase, Habermas, «Cognitive Content of Morality», *supra* nota 13, 15.

21. Véase, *idem*, 95-96. Habermas sostiene que sólo la conducta real del debate democrático, apropiadamente estructurado, puede suministrar una base adecuada para la creencia de que los acuerdos en cuestión satisfacen una prueba de (hipotética) aceptabilidad universal, pero éste es otro problema. Véase, *idem*, y también: Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* 296, 448 (trad. de William Rehg, 1996) (de aquí en adelante: Habermas, *Between Facts and Norms*).

22. El escenario, escribe Habermas, significa «un desarrollo típico-ideal que podría haber tenido lugar bajo condiciones reales». Habermas, «Reasonable versus True», *supra* nota 13, 39.

23. Véase Habermas, «Cognitive Content of Morality», *supra* nota 11, 127; Ciaran Cronin y Pablo DeGreiff, «Editor's Introduction» de Habermas, *The Inclusion of the Other*, *supra* nota 5, vii-ix.

24. Habermas, «Cognitive Content of Morality», *supra* nota 13, 127.

25. *Ídem*, 24.

26. *Ídem*, 34 (énfasis añadido).

27. Ídem, 36.

28. En el texto de Habermas, la primera de las fórmulas citadas en este párrafo viene precedida por lo siguiente: «[Kant] asume, de manera tácita, que, al realizar su juicio moral, cada individuo puede proyectarse a sí mismo suficientemente hacia la situación de todos los demás *a través de su propia imaginación*. Pero cuando los participantes ya no pueden confiar en una precomprensión trascendental enraizada en condiciones vitales e intereses más o menos homogéneos, el punto de vista moral puede ser realizado exclusivamente bajo condiciones de comunicación que aseguren que *cada persona* evalúa la aceptabilidad de una norma, implementada en una práctica general, también desde la perspectiva de su propia comprensión de sí mismo y el mundo. En este sentido, el imperativo categórico recibe una interpretación discursivo-teórica». Ídem, 33-34.

29. Lo importante aquí no es simplemente que el acto interpretativo requerido frecuentemente será razonablemente impugnado, en tanto producido bajo cualquier método dado de interpretación constitucional. También es relevante que, entre las personas de un país, exista un desacuerdo actual y razonable acerca de exactamente qué método de interpretación constitucional va a ser empleado.

30. Habermas, *The Inclusion of the Other*.

31. Véase: Frank I. Michelman, *Always Under Law?*, 12 Const. Commentary, 227, 235-238 (1995).

32. Acerca de las visiones identitarias de la interpretación constitucional (como podríamos llamarlas), véase: Bruce Ackerman, «A Generation of Betrayal?», 65 *Fordham L. Rev.* 1519, 1519-1536; George P. Fletcher, «Constitutional Identity», 14 *Cardozo L. Rev.* 737, 737-746 (1993); Robert Post, *Constitutional Domains* (1997) (discutido por Frank I. Michelman en «Must Constitutional Democracy Be “Responsive”?», 107 *Ethics* 706, 706-723 (1997).

33. Véase: *i.e.*, R.A. V. vs. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

34. Véase: *i.e.*, R. vs. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697.

35. Algunos pasajes en el principal juicio que se ocupó del caso canadiense sugieren que éste es el punto de vista del Procurador General de Justicia de Canadá: «La cuestión que nos importa en esta audiencia no es, por supuesto, lo que la ley es o debe ser en Estados Unidos. [...] Aunque yo [...], de ningún modo, rechazo el conjunto de la doctrina derivada de la Primera Enmienda, en una serie de puntos no estoy de acuerdo [...], como en la aplicabilidad de esta doctrina en el contexto de un cuestionamiento de la legislación sobre la propaganda de odio [en Canadá]. [...] [A]plicando el Estatuto a la legislación cuestionada en esta audiencia, se revelan importantes diferencias entre las perspectivas constitucionales canadiense y estadounidense [...] [D]esde mi punto de vista [...], el papel especial dado a la igualdad y el multiculturalismo en la Constitución Canadiense necesita tomar distancia del punto de vista, prevaleciente de manera razonable en Estados Unidos al momento presente, en el sentido de que la prohibición de la propaganda de odio es incompatible con la garantía de la libertad de expresión. [...] La Sección 27 sostiene que “27. Este Estatuto deberá ser interpretado de una manera consistente con la preservación y promoción de la herencia multicultural de los canadienses”. [...] Esta Corte ha tomado en cuenta, hasta donde ha sido posible, la Sección 27 y su reconocimiento de que Canadá posee una sociedad multicultural, en la cual la diversidad y riqueza de diversos grupos culturales es un valor que debe ser protegido y fomentado [...] Tengo la convicción de que la Sección 27, y el compromiso con la visión multicultural de nuestra nación, debe tenerse presente al enfatizar la aguda importancia del objetivo de erradicar la propaganda de odio del seno de la sociedad». Ídem, 740-741, 743-744, 757 (C.J. Dickinson).

36. Habermas, *The Inclusion of the Other*.

37. Compárese: Jürgen Habermas, «On the Internal Relation Between the Rule of Law and Democracy», en Habermas, *The Inclusion of the Other*, *supra* nota 5, 259-261; y Michelma, *supra* nota 3, 16-18, 33-34.

38. Habermas distingue «valores» de «normas», a lo largo de cuatro dimensiones. Primero, las normas obligan, mientras que los valores atraen; el cumplimiento de una norma consiste en su no-violación, mientras el cumplimiento de un valor consiste en su procuración exitosa a través de una acción propositiva. Segundo, que lo que se propone como una norma obliga (se hace válida como norma) o no obliga (no es válida como norma), mientras que los valores construyen relaciones o jerarquías de preferencia entre varios, quizá alternativos o competitivos, estados o consecuencias. Tercero, las normas vinculan incondicionalmente a todos, mientras que los valores son relativos a las culturas y creencias. Cuarto, las normas al interior de un sistema de normas no pueden señalar direcciones conflictivas, mientras que los valores si pueden ser competitivos. Véase: Jürgen Habermas, «Reconciliation Through the Public Use of Reason», en Habermas, *The Inclusion of the Other*, *supra* nota 5, 55. No me parece claro, por medio de estos criterios, que el ideal relacional-interpersonal implícito en el punto de vista de cualquiera que se disponga a convencer al otro sea, de manera ambigua, una norma y no un valor.

39. Jürgen Habermas, «Does Europe Need a Constitution? Responde to Dieter Grimm, en Habermas, *The Inclusion of the Other*, *supra* nota 5, 159.

40. Véase: ídem, 159-160.

41. Ídem, 61.

42. Ídem.