

DIRECCION GENERAL DEL SERVICIO JURIDICO
DEL ESTADO

XVI JORNADAS DE ESTUDIO

LA CONSTITUCION ESPAÑOLA
EN EL ORDENAMIENTO
COMUNITARIO EUROPEO

(I)

VOLUMEN II



MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR
SECRETARIA GENERAL TECNICA
CENTRO DE PUBLICACIONES
1995

XVI JORNADAS DE ESTUDIO
LA CONSTITUCION ESPAÑOLA
EN EL ORDENAMIENTO
COMUNITARIO EUROPEO (I)

VOLUMEN II

CUARTA CONFERENCIA
ROSARIO SILVA DE LAPUERTA

COMUNICACIONES

M. ^a del Carmen Díaz Jiménez	Guillermo Orozco Pardo
Enrique García Llovet	Marcos Sacristan Represa
María Angeles González Bustos	Rafaela Urueña
Alberto A. Herrero de la Fuente	Concepción Rodríguez Marín
María José Morillas Jarillo	

QUINTA CONFERENCIA
JOSE LUIS FUERTES SUAREZ

COMUNICACIONES

Victoria Abellán Honrubia	Alfonso Ojeda Marín
M. ^a Concepción Aprell Lasagabaster	Andrés Ollero Tassara
Margarita Boladeras	Teresa Pérez del Río
Angel G. Chueca Sancho	José Antonio Piqueras Bautista
Paloma Durán y Lalaguna	Santiago Ripol Carulla
Antonio Hierro Hernández-Mora	M. ^a José Rovira Daudi
Francisco López Frías	Carlos Ruiz Miguel
Jesús López Medel	Eduard Sagarra Trias
Manuel López-Medel y Bascones	Emilio Suñé Llinás
Luis López Sanz Aranguez	Juan Manuel Trayter
Miguel Angel Martín Rodríguez	Eugenio Ull Pont
Vicente Antonio Martínez Abascal	

SEXTA CONFERENCIA
JOSE LUIS PEREZ DE AYALA

COMUNICACIONES

Antonio Aparicio Pérez	Isaac Merino Jara
M. ^a Isabel Candelario Macias	Salvador Montejo Velilla

NIPO: 060-94-031-X
ISBN: 84-7787-396-8 (Tomo II)
ISBN: 84-7787-397-6 (Obra completa)
Depósito legal: M. 32.689 - 1995
Impresión: ARTEGRAE, S.A.
Sebastián Gómez, 5 - 28026 Madrid.

**DERECHOS FUNDAMENTALES
Y CIUDADANIA EUROPEA
(Según J. Habermas)**

MARGARITA BOLADERAS
*Catedrática de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universidad de Barcelona*

INDICE

INTRODUCCION

- I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO
- II. LA CONCEPCION DE J. HABERMAS
- III. LA NOCION DE CIUDADANIA EUROPEA

INTRODUCCION

Numerosos investigadores de nuestro país han publicado contribuciones valiosas sobre los derechos fundamentales y los problemas que comportan su delimitación conceptual, su fundamentación y la articulación coherente entre su reconocimiento por el derecho positivo, su supeditación a las contingencias históricas y el universalismo moral que pretenden (1). La exposición que sigue se propone abarcar tres tareas:

- I) precisar algunos aspectos de la noción de "derechos fundamentales" y hacer referencia a diversos problemas a partir de los trabajos citados;
- II) exponer la posición adoptada por Jürgen Habermas ante estos distintos dilemas y su concepción de los vínculos entre derechos fundamentales, derechos subjetivos y estado democrático de derecho.
- III) explicar su idea de "ciudadanía europea", indisociable de lo anterior.

(1) Tan sólo indico los que tengo en cuenta en este trabajo: EUSEBIO FERNÁNDEZ: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984; del mismo autor, *Estudios de ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, 1990³. G. PECES-BARBA (ed.): *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989 (especialmente las aportaciones de Javier Muguerza, José Delgado Pinto, Elías Díaz, Eusebio Fernández, José Antonio Gimbernat y Nicolás M. López Calera). G. PECES-BARBA: *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Este autor dirige la nueva revista *Derechos y libertades* dedicada a "dar cuenta de la situación de los derechos fundamentales en el pensamiento jurídico, en la jurisprudencia y en la legislación"; del primer número publicado (febrero-octubre 1993) interesan para nuestro tema, entre otros, los artículos de ADELA CORTINA: "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", págs. 38-45; PETER HÄBERLE: "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania", págs. 149-168; NICOLÁS M. LÓPEZ CALERA: "Vivir en paz: paz y derechos humanos", págs. 169-177; ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: "El concepto de los derechos humanos y su problemática actual", págs. 179-195; y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: "Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", págs. 473-480.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La noción de "derechos fundamentales" es inseparable de la noción de estado democrático de derecho que ha cristalizado en el mundo occidental en los dos últimos siglos y del proceso evolutivo (teórico y empírico) que ha tenido lugar en la vertebración de las instituciones políticas desde el estado liberal de derecho y la formulación de la democracia formal hasta llegar al estado social de derecho (que pretende responder a las exigencias de justicia social y profundizar en los cauces jurídicos de participación y representación de la soberanía popular) (2). Todo ello ha tenido la consecuencia de "incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo las libertades clásicas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos" (3).

Las ideas reguladoras del estado democrático de derecho implican no sólo la salvaguardia institucional de la soberanía popular y la realización efectiva de la participación y el control del poder, sino también la materialización

(2) A. E. PÉREZ LUÑO (1984): *op. cit.*, cap. 5. José Delgado Pinto no utiliza estos términos, pero mantiene una posición asimismo ético-política al considerar realista y teóricamente resolutive la apelación al consenso constitucional como criterio de determinación de los derechos humanos: "(...) el criterio que buscamos pudiera ser precisamente la referencia a la Constitución. Por supuesto que los derechos humanos derivan de la dignidad que hay que reconocer por igual a todos los hombres en cuanto seres dotados de libertad. Pero en esto no difieren de cualesquiera otras exigencias de la justicia. Determinar cuáles de estas exigencias entran dentro de la categoría de derechos humanos es lo que requiere el recurso a la noción de Constitución: serían aquellos que en cada época deben ser reconocidos, en la forma de derechos de los individuos o de ciertos grupos, como parte de la Constitución, entendida como la estructura normativa básica del sistema de derecho vigente. Creo que esta referencia a la Constitución, al mismo tiempo que nos permite explicar el dato de que la nómina de los derechos humanos puede variar con el paso de la historia, nos sirve también para señalar la peculiaridad del proceso deliberativo público que les ha de servir como base de legitimación". Véase JOSÉ DELGADO PINTO: "La función de los derechos humanos en un régimen democrático. (Reflexiones sobre el concepto de derechos humanos)", en G. PECES-BARBA (ed.) (1989), *op. cit.*, págs. 138-139. ELÍAS DÍAZ: "Notas ('concretas') sobre legitimidad y justicia", G. PECES-BARBA (ed.) (1989), *op. cit.*, págs. 148, insiste en la idea ya expresada en obras anteriores de la necesidad de establecer una teoría crítica de la justicia sobre la base de las exigencias éticas básicas y los derechos fundamentales: "Lo que principalmente quería destacar aquí es que tal teoría (crítica) de la justicia está en íntima, inescindible conexión con la que puede muy bien calificarse como teoría democrática de la legitimidad: se vinculan así ambas dimensiones valorativas, configurándose la legitimidad democrática como la mejor vía para la justificación ética del Derecho y del Estado".

(3) A. E. PÉREZ LUÑO (1984): *op. cit.*, pág. 228. En la página 48 propone una definición de derechos humanos (a veces llamados fundamentales o éticos, en términos sinónimos o no, según las distintas concepciones): "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional". Una discusión de esta definición se encontrará en JAVIER MUGUERZA, "La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)" en G. PECES-BARBA (ed.) (1989), *op. cit.*, págs. 19-56.

de la no discriminación y de la igualdad de oportunidades mediante la introducción de fórmulas racionales de justicia social.

Con todo, tener en cuenta esta relación histórica entre el establecimiento del estado democrático de derecho y los derechos fundamentales, si bien contribuye a disipar confusiones, no alcanza a resolver la determinación precisa del conjunto de los derechos fundamentales universales y su justificación o fundamentación. Ello significa asimismo una carencia explicativa del vínculo entre la perspectiva de las realizaciones histórico-políticas (con sus limitaciones empíricas) y la perspectiva del universalismo racional (4).

A pesar de los diversos intentos de fundamentación (iusnaturalista, historicista y ética-axiológica, consensual, disensual, etc.-) (5) falta en todos ellos la fuerza de convicción suficiente para alcanzar un grado de aceptación

(4) Nicolás M. López Calera ha expresado acertadamente la problemática de la determinación y la historicidad (y su contingencia) de lo que son "los derechos fundamentales": "(...) los derechos humanos chocan entre sí por la diversidad de valores y de sujetos que implican. Una de las razones de fondo de esas contradicciones reside en la necesidad y dificultad de determinar la *identidad humana*, lo que es del hombre en cuanto hombre, para delimitar lo que son e implican las derechos humanos. No es posible lograr un consenso universal de lo humano fundamental o constitutivo o sólo se consiguen consensos sobre aspectos muy abstractos o genéricos. Así sucede con frecuencia que el ser-hombre es a veces para unos el no-ser-hombre para otros. Tal diversidad de concepciones antropológicas hace que los derechos humanos entren en contradicción. Tal situación se agrava, si se tiene en cuenta que lo constitutivo o fundamental de todo hombre, aun en el supuesto de que haya un consenso generalizado al respecto, necesita en cada momento, en cada circunstancia ser concretado o determinado. Esto es, la determinación de lo constitutivamente valioso del hombre tiene una dimensión relativa al tiempo y al espacio, que lleva a conceptualizaciones muy diversas de lo que puede ser objeto de un derecho fundamental. En definitiva, la *inevitable historicidad del ser humano* es una fuente de continuas contradicciones entre los derechos. Pero además la *inevitable socialidad de los hombres* lleva también a inevitables contradicciones entre los derechos humanos. Sucede, por un lado, que la fundamentalidad de estos derechos hace que el hombre tienda a su absolutización, pero por otro lado su socialidad exige su limitación". NICOLÁS M. LÓPEZ CALERA: "Vivir en paz: paz y derechos humanos", *Derechos y libertades*, I, 1993, págs. 174-175.

(5) EUSEBIO FERNÁNDEZ (1984): *op. cit.*, pág. 84: la fundamentación iusnaturalista "consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos naturales", la fundamentación historicista como derechos históricos y la fundamentación ética como derechos morales. JAVIER MUGUERZA (1989): *op. cit.*, trata de los problemas de fundamentación y crítica el iusnaturalismo y la teorías consensualistas de Habermas y otros autores; propone como alternativa su teoría del disenso, una fundamentación-negativa, en la que, en lugar de insistir en el principio de universalización o en el imperativo categórico, destaca "el imperativo de la disidencia": "lo que ese imperativo habría de fundamentar es más bien la posibilidad de decir «no» a situaciones en las que prevalecen la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad". J. MUGUERZA (1989): *op. cit.*, pág. 43.

Sobre la polémica entre J. Muguerza y E. Fernández en torno a las perspectivas iusnaturalista y ética véase: EUSEBIO FERNÁNDEZ: *Estudios de ética jurídica*, *op. cit.*, capítulo 3, pág. 59 y ss.

Asimismo E. Fernández y G. Peces-Barba discuten sobre la fundamentación axiológica y el concepto de "valores superiores" que defiende éste último: G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984; EUSEBIO FERNÁNDEZ: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, *op. cit.*, pág. 104 y ss.; del mismo autor "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derechos y libertades*, I, 1993, pág. 45 y ss.

generalizado. Algunos investigadores siguen empeñados en establecer una justificación racional, a partir de la cual se puedan establecer otras concreciones teóricas y prácticas. Jürgen Habermas se encuentra entre ellos.

II. LA CONCEPCION DE J. HABERMAS

Algunas de las investigaciones citadas se apoyan en fuentes alemanas. El hecho de que Alemania cuente con una tradición democrática que proviene del establecimiento de la Constitución de Weimar y, posteriormente, de la sanción de una *Grundgesetz* (después de la SGM) ha estimulado la reflexión y sistematización sobre la dinámica del desarrollo de la democracia y el protagonismo jugado por los derechos fundamentales.

La referencia a autores que son relevantes en el estudio de esta tradición se encuentra tanto en Habermas como en otros especialistas: Böckenförde, Häberle, H. Heller, K. Hesse, U.K. Preuß, Peters, Wiethölter, Denninger, Abendroth, etc. (6) han influido y siguen siendo puntos de orientación para

(6) E. W. BÖCKENFÖRDE: "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", "Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart" en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1976. "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, págs. 1529-1538. "Demokratie als Verfassungsprinzip", en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.) *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 1, Heidelberg, Müller, 1987, págs. 887 y ss.

P. HÄBERLE, "Grundrechte im Leistungsstaat" en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler (VVDStRL)*, 30, 1972, págs. 43-131. "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation", en *JZ*, 1975, págs. 297-305. *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, Müller, 1983³.

H. HELLER: "Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland", Osnabrück, Zeller 1963². "Die Krisis der Staatslehre" (1926), *Gesammelte Schriften*, vol. 2, Leiden, 1971, págs. 3-30.

K. HESSE, *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg-Karlsruhe, Müller, 1978¹¹.

U. K. PREUB: *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1979. *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin, Wagenbach, 1990. "Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates", en *CH. SACHBE y otros* (EDS.), *Sicherheit und Freiheit*, a.M., Suhrkamp, 1990. *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1973. "Was heißt radikale Demokratie heute?" en *FORUM FÜR PHILOSOPHIE BAD HOMBURG, Die Ideen von 1789*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1989, págs. 37-67.

H. PETERS: "Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung", Berlin-Heidelberg-Nueva York, Springer, 1969.

R. WIETHÖLTER, "Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M., Fischer, 1968; traducido al castellano con el título *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Madrid, EDERSA, 1991.

E. DENNINGER: *Staatsrecht*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1973.

W. ABENDROTH: "Sobre el concepto de Estado de derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania" en *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, Grijalbo, 1973. "Demokratie als Institution und Aufgabe" en

trabajar en dicho ámbito. Este marco teórico común facilita ciertas afinidades entre teóricos, a veces muy diferentes entre sí; en el apartado anterior he intentado señalar algunas de ellas.

En *Faktizität und Geltung* (7) Habermas considera que "la comprensión de los derechos fundamentales propuesta desde la teoría del discurso debe aclarar la conexión interna entre derechos humanos y soberanía popular y resolver la paradoja del origen de la legitimidad a partir de la legalidad." (8)

El derecho es un "medium" que **presupone** derechos y constituye un sistema de acción que permite sistematizar las expectativas de conducta, organizar el dominio político y justificar la fuerza coactiva de la ley. Pero el **derecho legítimo** sólo admite una base para esta coacción: la justificación racional y la fuerza de la convicción que deben acompañar el establecimiento y la práctica del derecho. La facticidad del derecho legítimo va de la mano de la facticidad del acuerdo racional sobre su validez. El derecho sanciona derechos según procedimientos y fórmulas que a su vez pueden ser válidos o no. (9)

Cualquier sistema de derechos moderno implica la noción de autonomía de los ciudadanos, ya que es el elemento indisoluble de la concepción democrática de derechos de la persona.

Hay que distinguir entre autonomía **privada** y autonomía **pública**. Ambas son fundamentales para la definición de ciudadano. El estado democrático moderno se caracteriza por el reconocimiento de autonomía personal en ese doble sentido, asumiendo el presupuesto de que los ciudadanos a los que concierne la ley son a su vez los autores de la misma. A partir de la noción de autonomía podemos comprender la íntima relación que existe entre derechos humanos y soberanía popular.

¿El concepto de autonomía tiene su raíz en la perspectiva moral o en la perspectiva del derecho? Habermas cree que se puede concebir la idea de autonomía en un sentido general y "neutro" (respecto de la disyuntiva moral/derecho) a partir de dos principios: 1) el principio del discurso y 2) el

U. MATZ (ed.), "Grundprobleme der Demokratie, Darmstadt, WBG, 1973, págs. 156 y ss. *Das Grundgesetz. Eine Einführung in seine politischen Probleme*, Pfullingen, 1978⁷. *El estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

(7) J. HABERMAS: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992.

(8) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 157. Anteriormente el autor publicó en la revista *Kritische Justiz*, 20, (1987), págs. 1-16, un trabajo titulado "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", trad. cast. en J. HABERMAS: *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991.

(9) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 151 y ss.

principio de democracia. El primero subyace a la institucionalización de las formas jurídicas que posibilitan el segundo, así como al proceso de implementación del derecho; el segundo ensambla el principio del discurso y la forma jurídica.

El principio del discurso establece

D: "válidas son en rigor aquellas normas de acción con las que podrían estar de acuerdo todos los posibles afectados como participantes en un discurso racional." (10)

El principio de democracia se refiere al

"sentido realizativo de la praxis de autodeterminación de aquellos que forman parte de un colectivo de derecho y se reconocen mutuamente como miembros libres e iguales de una asociación voluntariamente aceptada" (11).

Habermas cree que este principio de democracia debe situarse a un nivel distinto del principio moral (12). El principio de democracia aporta una especificación relevante al principio general del discurso:

"son válidas aquellas normas de acción "que se presentan en forma jurídica y pueden ser justificadas con ayuda de razones pragmáticas, ético-políticas y morales (y no sólo con ayuda de razones morales)" (13).

El concepto de forma jurídica (*Rechtsform*) permite "estabilizar las expectativas de conducta social de una manera explícita". El estatus de las personas de derecho puede delimitarse con el concurso de este concepto y el principio del discurso (que permite examinar la legitimidad de las normas de acción).

Con la ayuda de dichas nociones, Habermas introduce cinco categorías

(10) J. HABERMAS, *op. cit.*, pág. 138. Por "discurso racional" el autor entiende "la búsqueda del entendimiento acerca de pretensiones de validez problemáticas, en la medida en que tiene lugar bajo condiciones de comunicación que hacen posible la libre discusión de temas y aportaciones, informaciones y razones, dentro del espacio público constituido por obligaciones inlocutivas. Indirectamente la expresión se refiere también a las negociaciones (*Verhandlungen*) en cuanto reguladas por un procedimiento discursivamente fundado." (*Op. cit.*, págs. 138-139).

(11) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 141.

(12) Entiende por principio moral la especificación del principio general del discurso relativa a "aquellas normas de acción que sólo pueden ser justificadas bajo el punto de vista de la consideración igualitaria de intereses" (J. HABERMAS, *op. cit.*, pág. 139).

(13) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 139. En esta obra y en su anterior *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991, el autor ha distinguido tres usos de la razón práctica: el pragmático (perspectiva utilitarista), el ético (perspectiva de la vida buena) y el moral (principios universales).

generales de derechos fundamentales, a partir de las cuales se ha de llegar a formulaciones más concretas:

[1] "Derechos fundamentales que se derivan de la conformación (*Ausgestaltung*) políticamente autónoma del **derecho al mayor grado posible de libertades de acción subjetivas iguales para todos**" (14).

Esta caracterización explícita el contenido del principio del discurso en la forma jurídica; la forma de derechos subjetivos por sí sola no permite conocer las leyes legítimas; la legitimación requiere las condiciones de la compatibilidad y la garantía de la autonomía de todos y cada uno por igual; autonomía y reciprocidad vienen exigidas por el principio del discurso.

Estos derechos implican de manera necesaria otras dos categorías de derechos:

[2] "Derechos fundamentales que se derivan de la conformación políticamente autónoma del **estatus de un miembro** en una asociación voluntaria de aquellos que forman parte de un colectivo de derecho." (15)

Aquí se incluye la referencia a la situación jurídica de los distintos miembros de cada sociedad concreta. Todo código establece límites entre los que son miembros y los que no lo son, entre ciudadanos y foráneos, y determina formas coactivas de protección de tales límites. En las sociedades organizadas como Estado se trata del concepto de nacionalidad y el estatus legal de cada nacional dentro de la organización social. "De la aplicación del principio del discurso resulta que cualquier persona ha de ser protegida del desposeimiento unilateral de los derechos de nacionalidad, pero ha de tener el derecho a renunciar al estatus de un nacional. El derecho a la emigración implica que la asociación debe sustentarse en un acto (por lo menos supuesto) de consentimiento por parte del nacional. Igualmente, la inmigración (dicho de otro modo, la ampliación de la comunidad de derecho a los foráneos que quieren adquirir los derechos de ciudadanía) requiere una regulación que interesa tanto a los ciudadanos-miembros como a los candidatos. (16)

[3] "Derechos fundamentales que resultan directamente de la **reivindicabilidad** de los derechos y la conformación políticamente autónoma de la **protección jurídica individual**." (17)

(14) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 155.

(15) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 155.

(16) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 158.

(17) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 156.

La concreción de esta formulación general tiene que ver con las garantías procesales. "A la luz del principio del discurso se pueden fundamentar los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, los cuales aseguran a todas y cada una de las personas idéntica protección jurídica, igual derecho a ser oído, igualdad en la aplicación del derecho, igual trato ante la ley, etc." (18)

Estas tres categorías de derechos se refieren a los participantes en el sistema en cuanto personas sujetas al derecho; la siguiente tiene que ver con las personas en cuanto **autores** del ordenamiento jurídico (puesto que éste depende de la soberanía popular):

[4] "Derechos fundamentales a la participación en igualdad de oportunidades en los procesos de formación de opinión y voluntad común, en los cuales los ciudadanos ejercen su **autonomía política** y a través de los cuales establecen el derecho legítimo." (19)

Finalmente, en referencia a las condiciones materiales de las distintas situaciones concretas y con el objetivo de hacer posible el cambio en la interpretación y la configuración de la autonomía privada y pública,

[5] "Derechos fundamentales a la satisfacción de las condiciones de vida garantizadas social, técnica y ecológicamente en la medida que sea necesario para un disfrute en igualdad de oportunidades de los derechos cívicos mencionados en (1) hasta (4)." (20)

La posición de Habermas pretende establecer la justificación de los derechos fundamentales sobre la base de la **reconstrucción racional** de lo que es inherente a las capacidades realizativas del ser humano (principio del discurso), las cuales han permitido el desarrollo socio-político que ha dado lugar al estado democrático de derecho (principio de democracia).

No es por consiguiente una justificación iusnaturalista, ni positivista, ni moral. El hecho de apelar al principio del discurso sitúa la fundamentación en esa zona previa y también constitutiva del razonamiento moral; y compaginar esto con la forma jurídica y el principio de democracia implica la imbricación de la discursividad de los principios fundamentales respecto de la positividad del derecho y de la realización del sistema político democrático.

Como he escrito en un libro sobre Habermas de próxima publicación, la moralidad (que concierne a los principios de acción y que no debe confun-

(18) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 159.

(19) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 156.

(20) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 156-157.

dirse con la teoría ética) es inherente al derecho como **factum** (en sus reglas de constitución: imparcialidad, universalidad, etc.) desde el que es posible trascender la contingencia del derecho positivo mismo y generar los elementos críticos pertinentes a su racionalidad (autorregulación). Derecho y moralidad se inscriben en el ámbito de la "razón práctica", sin supeditaciones metafísicas del uno a la otra, sino encontrándose en el campo empírico de la acción humana y en el campo teórico de la explicitación y el análisis de su común racionalidad.

Desde la perspectiva cognoscitiva y normativa, derecho y moral son ámbitos separados y complementarios; pero Habermas subraya que desde la perspectiva procedimental se produce un "simultáneo entrelazamiento de moral y derecho" (*gleichzeitige Verschränkung von Moral und Recht*). "La moral ya no flota sobre el derecho, como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional, como un conjunto suprapositivo de normas; se desplaza al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Esta moralidad que no sólo se contrapone al derecho, sino que también queda atada al derecho mismo, es de naturaleza puramente procedimental. Se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles. Así un derecho procedimental y una moral proceduralizada pueden controlarse **mutuamente**." (21)

Habermas considera que la moral y el derecho desarrollan juicios y argumentos de características diferentes a partir de una raíz común (principio del discurso) y no estima acertada la subordinación jerárquica del derecho respecto de la moral característica de las versiones tradicionales.

III. LA NOCIÓN DE CIUDADANÍA EUROPEA

Esta enunciación de derechos fundamentales nos permite comprender que para Habermas la piedra de toque de la democracia consiste en la posibilidad real de que los individuos puedan "influir en la transformación democrática de su propia situación" ("posición jurídica reflexiva"); esto requiere que tanto las formulaciones de las leyes como la práctica jurídica garanticen los derechos de participación política incluyendo la posición jurídica reflexiva. Ni el estado de derecho liberal, ni el estado de derecho social garantizan por sí mismos la democracia en este sentido; ambos pueden otorgar derechos de forma paternalista. Habermas aboga por un sentido de ciudadano democrática-

(21) J. HABERMAS: "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", *Kritische Justiz*, 20 (1987), I, pág. 15.

mente activo (22), que implica un **modelo de política deliberativa**, “un modelo que ya no parte del macrosujeto de una totalidad social, sino de discursos enlazados entre sí de forma anónima. Y que atribuye la carga principal de las expectativas normativas al procedimiento democrático y a la infraestructura de una opinión pública política alimentada por fuentes espontáneas”. Y aún creo pertinente ampliar la cita:

“Hoy la soberanía del pueblo, entendida en términos de ciudadanía, se recluye en procedimientos jurídicamente institucionalizados y en los procesos informales, posibilitados por los derechos fundamentales, de una formación más o menos discursiva de la opinión y la voluntad común. Parto aquí de la idea de una red de diferentes formas de comunicación que realmente tendrían que estar organizadas de tal modo que se les pudiera atribuir la suposición de vincular la administración pública a premisas racionales y, por esta vía, disciplinar también el sistema económico respecto de los puntos de vista sociales y ecológicos, sin atender no obstante contra su propia lógica.” (23)

En “Ciudadanía política e identidad nacional” Habermas ha desarrollado sus ideas sobre el problema de las identidades culturales y las entidades estatales, haciendo una propuesta orientativa de las vías por las que puede discurrir la construcción de la nueva concepción de ciudadanía europea.

Europa se encuentra en el trance difícil de pasar de una asociación meramente económica a una unión política en la significación plena de la palabra. La realidad política, económica y social de los estados europeos es muy diversa y en todos ellos la modernidad ha desarrollado un sentido absoluto de soberanía nacional-estatal; además se añade el hecho de la diversidad cultural y la existencia de identidades nacionales que no se corresponden con los estados políticamente constituidos. Por si esto fuera poco, existen factores políticos altamente problemáticos, unos que tienen su origen en el propio seno de la Unión, como la estructura funcional de los actuales organismos comunitarios, duramente criticada por su “déficit democrático”; y otros que proceden del exterior, como los ciudadanos inmigrados de otras culturas y países, que amplían el grado de heterogeneidad de los problemas sociales. Por todo ello parece difícil, si

(22) Cita a R. Grawert y su concepto de ciudadanía como “la institución jurídica a través de la cual el individuo que pertenece a un Estado es incluido como miembro activo en el contexto concreto de acción de este Estado”. Cf. R. GRAWERT, “Staatsvolk und Staatsangehörigkeit”, *Handbuch des Staatsrechts*, J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (ed.), Heidelberg, Müller, 1987, pág. 684.

(23) J. HABERMAS: *Staatsbürgerschaft und nationale Identität. Überlegungen zur europäischen Zukunft*, St. Gallen, Erker-Verlag, 1991; reeditado como parte de “Faktizität und Geltung”, *op. cit.*, pág. 632 y ss.; edición bilingüe alemán-catalán, J. HABERMAS: “Ciudadanía política i identitat nacional”, Barcelona, Pub. Universitat Barcelona, 1993, pág. 41. La traducción catalana de Pere Fabra Abat me ha sido de gran ayuda.

no imposible, encontrar el marco común en el que todos los europeos puedan reconocerse como “ciudadanos” de un mismo estado transnacional.

Por lo que respecta a las concepciones políticas vigentes, la tradición democrática liberal se ha preocupado de la defensa de las libertades del individuo frente a los abusos del poder; la tradición democrática social ha procurado establecer un estatus mínimo de los ciudadanos con fórmulas de reequilibrio en cuanto a su participación en la distribución justa de la riqueza social. Ambos tipos de cuestiones y las legislaciones positivas a las que han dado lugar son, por supuesto, una base necesaria para el ejercicio de los derechos políticos democráticos. Sin embargo, en opinión de Habermas, para el desarrollo político-jurídico de una Unión Europea activamente democrática, no es una base suficiente. Hay que implementarla con el desarrollo de una **cultura política común** a todos los europeos.

Esta cultura política común ha de basarse en la consciencia **constitucional**, y debería hacer posible, según expresión habermasiana, “un patriotismo europeo de la Constitución”:

“Un patriotismo europeo de la Constitución, a diferencia de lo que ocurre con el americano, tendrá que crecer a partir de interpretaciones diversas (impregnadas de las correspondientes historias nacionales) de los mismos principios jurídicos universalistas. El ejemplo de Suiza muestra que este tipo de autocomprensión político-cultural común puede surgir y diferenciarse a partir de las orientaciones culturales de diversas nacionalidades. (...) es necesaria una nueva autoconsciencia política que se corresponda con el papel de Europa en el mundo del siglo XXI.” (24)

Junto al ejemplo de Suiza encontramos una mención a España, “donde las minorías catalana, gallega y vasca comparten con la mayoría castellana la **misma** cultura de la Constitución o, en todo caso, la deberían compartir”.

Bajo estas afirmaciones subyace la propia experiencia actual de los alemanes, unificados política y constitucionalmente pero diversificados en tradiciones, mentalidades y sensibilidades extremadamente dispares, de tal forma que requiere un esfuerzo verdaderamente arduo el desarrollo de una cultura política común.

La pluralidad cultural y la diversidad de interpretaciones que surgen de ella pueden compatibilizarse con los principios universales de la justicia, la democracia, etc. y con normativas de acción generales democráticamente

(24) J. HABERMAS: *Ciudadanía política i identitat nacional*, *op. cit.*, págs. 43-44.

consensuadas. Una Constitución es el resultado de un consenso histórico sobre los conceptos fundamentales que han de regir las acciones sociales y la delimitación del ámbito privado, un consenso logrado mediante el procedimiento democrático, en el que encuentra su justificación y la especificación contextual de la que carecen los principios universales morales. "En una sociedad pluralista la Constitución expresa un consenso formal. Los ciudadanos quieren regular su convivencia conforme a principios que, precisamente porque interesan por igual a todos y cada uno, pueden encontrar el acuerdo fundado de todos. Tal asociación está estructurada a través de relaciones de reconocimiento recíproco, bajo las cuales cada uno puede esperar ser respetado por todos los demás como igual y libre. Todos y cada uno han de encontrar un triple reconocimiento: en su integridad como individuo que no puede ser representado por nadie más, como miembro de un grupo étnico o cultural y como ciudadano, es decir, como miembro de la comunidad política, ha de poder encontrar igual protección e idéntico respeto." (25)

Es preciso percatarse de que el desarrollo de una cultura política común (evidentemente, democrática) no significa uniformizar las formas de vida, ni menoscabar la diversidad cultural, ni erosionar las identidades nacionales. "En el marco de la Constitución de un Estado democrático de derecho pueden coexistir, en igualdad de condiciones, múltiples formas de vida. Estas han de superponerse en una cultura política común que, a su vez, está abierta a los estímulos procedentes de nuevas formas de vida." (26)

En mi opinión, el Tratado de Maastricht no queda lejos de esta vía cuando en su artículo F afirma:

"1. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se funden en los principios democráticos.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1957, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario".

Y modifica el art. 8 del Tratado de Roma para decir:

"1. Se crea una ciudadanía de la Unión.

(25) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 26.

(26) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 55.

Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro."

Este tipo de formulaciones pretende articular una constitución supranacional sobre la base de las tradiciones político-democráticas y jurídicas ya existentes, preservando las identidades nacionales.

Como ha puesto de manifiesto el trabajo de García de Enterría (27), este camino no está exento de contradicciones, pero es posible seguir avanzando.

La posición de Habermas supone e implica muchas cosas. Fundamentalmente, una perspectiva radical democrática, basada en la capacidad racional-discursiva del ser humano, que parece más indicada como modelo crítico de lo existente que como teoría explicativa de la realidad. Sin embargo, una crítica significativa de las propuestas habermasianas ha de enfrentarse a un punto esencial: demostrar que su reconstrucción de los elementos básicos que constituyen la estructura de la interacción humana y los hechos institucionales que se derivan de ella es errónea o inadecuada.

(27) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: "Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", *Derechos y Libertades*, I, 1993, pág. 473-480.