

Patriotismo de la Constitución: ¿más de lo mismo?

EDUARDO HERNANDO NIETO

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

I. LA CULTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE DERECHO

II. EL "PATRIOTISMO DE LA CONSTITUCIÓN" DE JÜRGEN HABERMAS

III. LAS CONTRADICCIONES DEL "PATRIOTISMO DE LA CONSTITUCIÓN" Y LA CRISIS DE LA CULTURA CONSTITUCIONAL LIBERAL

CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Cuando Rousseau en el capítulo VII del libro II de *El Contrato Social* se refería a la labor del legislador en su tarea por construir un nuevo orden legal nos llamaba la atención entorno a las dificultades que encontraba el legislador para edificar la flamante Institución: «*Celui quid ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine; de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie de d'un plus grand tout dont cet individu reçoit en quelque sorte sa vie et son être...*»¹.

En este sentido, el objetivo de una acción reformadora implicaba en primer término la utilización de un lenguaje común que evitase los malos entendidos

¹ Jean Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, (Paris: Éditions Moutaigne, 1943), Livre II, Chapitre 7, p. 180.

«El que se atreve a iniciar la tarea de instituir a un pueblo debe sentirse en condiciones de transformar por así decirlo, la naturaleza humana; de transformar cada individuo, que por él mismo es un todo perfecto y solitario, en parte de un todo mayor, del cual recibe en cierta manera la vida y el ser...»

e incomprensiones por parte del vulgo que normalmente no entendía las complejidades de los conceptos, y, lo más importante, el nuevo orden legal debería de evitar las generalizaciones de sus objetos puesto que los proyectos de gobierno deberían de encontrarse al alcance de los individuos particulares que estaban siempre interesados en las cosas cercanas a ellos².

En consecuencia, había que trabajar en la constitución de una concepción política que lograrse persuadir y convencer a la gente de las bondades y sobre todo la coherencia del nuevo sistema llegando a establecer una suerte de «Espíritu Social» que pudiese legitimar el reciente Estado.

Empero, la tarea no era nada sencilla, al contrario, el tener que plasmar preceptos que al ser hechos para todos los hombres (universales) deberían ser necesariamente abstractos pero que al mismo tiempo pudiesen ser como decía Rousseau cercanos a los hombres (es decir, particulares) implicaba más que hilar fino una labor propia para un Dios y no para los hombres.

Ahora bien, lo que quedó claro en la historia constitucional fue que los hombres de la Ilustración emprendieron esta obra cuasi divina y como consecuencia iniciaron la «construcción» de una cultura constitucional que tendría que reemplazar a otra cultura política y a un orden moral perimido que como sabemos respondía en términos generales a las fórmulas del derecho natural y se expresaba en una estructura política denominada *Respublica Christiana*, hasta que, con el pensamiento humanista y la reforma protestante termina por diluirse. La irrupción del Estado absolutista deberá tomarse en consecuencia con un espacio de interregno en el que comenzará a gestarse el nuevo estado político que tendría como dijimos la misión de configurar una nueva cultura que llenaría el vacío dejado por la cultura anterior.

Siguiendo las líneas de pensamiento y los consejos de Rousseau, la nueva cultura política debería instituir un «Espíritu Social» que pudiese convertirse en el elemento de cohesión y de legitimidad del naciente orden. Sin embargo, los consejos de Rousseau lamentablemente no fueron tomados demasiado en cuenta hasta muy reciente, cuando el creciente desencanto en torno al proyecto de la modernidad y del Estado de Derecho ha hecho recordar a sus defensores algunos de los consejos dados por el filósofo ginebrino y de allí que un conocido filósofo político —y filósofo del derecho— alemán haya usado una frase acuñado dentro de la tradición constitucional alemana después de la segunda guerra mundial denominada «Patriotismo de la Constitución»³ para referirse justamente al espacio moral y cultural que debería establecer el sistema legal moderno a fin de reforzar su credibilidad y llegar a constituir realmente un sistema legítimo y universal y que al mismo tiempo sirva para reforzar las identidades particulares.

² Ibid., p. 184.

³ Nos referimos a Jürgen Habermas. Cfr. «Patriotismo de la Constitución en general y en particular», en *La necesidad de la revisión de la izquierda*, (Madrid: Tecnos, 1991), edición original: *Die nachholende Revolution. Kleine politische Schriften VII*, (Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1990) y más recientemente: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Mass: The MIT Press, 1998) (1996)

Sin embargo, a pesar de lo que diga Habermas y sus seguidores⁴ pensamos que esta fórmula del «Patriotismo de la Constitución», no logrará realmente comprender la naturaleza del «Espíritu Social» rousseauiano y en este sentido caerá en serias contradicciones. En otras palabras, consideraremos en este trabajo que la misión emprendida por el «Patriotismo de la Constitución» lejos de poder convertirse en un salvavidas y esperanza para la supervivencia del proyecto universal del Estado de Derecho servirá para desnudar las carencias e impudencias del proyecto liberal moderno encarnado por el Estado de Derecho. En consecuencia, trataremos de demostrar que el gran problema de esta cultura constitucional estará dado en su excesiva abstracción de la realidad y en la imposibilidad de que con su premisa fundacional sea factible hallar una síntesis entre lo universal y abstracto con lo particular y concreto —que era lo que demandaba Rousseau— lo cual servirá finalmente para entender las serias precariedades teóricas y prácticas del moderno derecho constitucional y las trabas que pueda ésta colocar a cualquier intento por interpretar la normatividad constitucional.

Por último, las limitaciones empero no sólo se deberán al «idealismo trascendental» que amparará dicho proyecto, sino también paradójicamente al conjunto de tradiciones morales que intentó fusionar sin tomar en cuenta que en casi todos los casos se trataban de tradiciones contrapuestas⁵. La incoherencia al final se tuvo que manifestar en la impresionante cantidad de teorías políticas y jurídicas que buscaban resolver todas las contradicciones del modelo liberal y que en definitiva solo contribuyeron a agudizar más las debilidades del intento.

I. LA CULTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE DERECHO

En los últimos años y más específicamente a raíz de la crisis del modelo constitucional engarzada dentro del proceso de deslegitimización de la modernidad se comienza a indagar concretamente sobre la naturaleza axiológica y óptica del Estado de derecho. Esto sin embargo, a primera vista podría ser algo absurdo teniendo en cuenta que en sentido estricto, el modelo constitucional es un modelo teórico formal más que sustantivo. De hecho, el modelo constitucional moderno (kelseniano para ser más específicos) incurría en la falacia del «paralogismo» es decir, hacer referencia a algo que solo puede existir en el espacio y el tiempo pero que lo presentaba como si estuviese libre de estas condiciones⁶. En este sentido, la visión fundante del proyecto kelseniano se elaboraba dentro del mismo reino de la libertad o autonomía (trascendencia) asegurando así la no contaminación con cualquier norma o ley de la naturaleza y permitiendo por ende establecer un modelo propiamente jurídico (entendiendo lo jurídico como autónomo y por ende puro).

⁴ Pensamos por ejemplo en autores como Jean L. Cohen y Andrew Arato quienes en esta línea habermasiana se han abocado a brindar elementos para consolidar el proyecto de cultura política moderna, en su caso a través del concepto de Sociedad Civil. Cfr. *Civil Society and Political Theory*, (Cambridge, Mass: The MIT Press, 1994)

⁵ Quien mejor destaca la incoherencia de este propósito moderno sigue siendo hasta ahora, Alasdair MacIntyre, *Tras la Virtud* (Barcelona: Crítica, 1987)

⁶ Howard Caygill y Alan Scott, en «The Basic Law versus de Basic Norm? The Case of the Bavarian Crucifix Order», *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, editado por Richard Bellamy y Dario Castiglione, (Oxford: Blackwell, 1996), p. 99.

El propósito de este fundamento también llamado *Grundnorm* o norma fundante no era otro entonces que el de garantizar la existencia de un sistema neutral que facultase a cada individuo mantener su libertad y elegir así sus planes de vida. Se trataba evidentemente de un modelo kantiano que partía de un sujeto racional abstracto que era el sujeto de elección. Por lo tanto, las dos características básicas de esta norma primaria tenían que ser las de la universalidad y la de la inmunidad de ésta al tiempo (lo cual justificaba el precepto constitucional moderna de la «igualdad ante la ley» y atemporabilidad del orden legal)

La norma fundante era entonces el punto inicial (punto de Arquímedes) dentro de una cadena de normas a las cuales ésta les otorgaba su existencia a través del precepto de la validez⁷. Así pues, la validez o legalidad positiva se transformaba entonces en la clave para entender el *pathos* del nuevo orden político. Empero, el origen del modelo era en definitiva científico o positivo lo cual lo convertía en un modelo descriptivo que buscaba explicar el funcionamiento del sistema antes que en un modelo normativo o prescriptivo que debería indicar como operaría el sistema y para que existía el sistema.

Sin embargo, a pesar de su naturaleza científica y técnica, el modelo constitucional moderno no podía dejar de lado que su objeto de estudio lo constituían los hombres en sociedad y más específicamente las conductas de los hombres en sociedad. En esta línea de reflexión parecía inevitable que se llegase necesariamente a conclusiones normativas o prescriptivas pues de otra manera no podría tener ninguna injerencia con su objeto de estudio (es decir, el deber ser de las conductas humana). Esto por cierto anunciaba ya una primera ruptura o contradicción con el espíritu científico que emanaba del concepto de «norma fundante» pues el modelo constitucional moderno había sido originado históricamente por una ideología⁸ que no era otra que la ideología de las revoluciones del siglo XVIII, es decir las revoluciones norteamericana y francesa respectivamente. Por ende, la Constitución no podía ser vista entonces como un simple marco que permitía a los individuos seguir sus propias elecciones de vida sino que había detrás de esa neutralidad un proyecto normativo definido.

Quizá esta relación haya sido destacada recién en los últimos años como lo demuestra por ejemplo esta afirmación de un conocido teórico legal del liberalismo:

«El propósito de un texto constitucional debe ... ser no solo el de estructurar un gobierno sino el de construir un sistema político, uno que pueda guiar la formación de una constitución mayor, una forma de vida que sea conducente a la democracia constitucional. Si va a florecer la democracia constitucional, sus ideales deben de alcanzar más allá de los acuerdos formales de gobierno

⁷ Cfr. Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, (Berkeley, California: University of California Press, 1967)

⁸ Estamos tomando una definición filosófica de ideología lo que implica decir que una ideología es simplemente una Cosmovisión, esto es, una *representación o imagen del mundo*. Es evidente entonces que las revoluciones del siglo XVIII llevaban en sí, una *weltanschauung* específica, un proyecto de vida colectiva. Cfr. Martin Heidegger, *La Epoca de la Imagen del Mundo*, (Santiago de Chile: Ediciones de los Anales de la Universidad de Chile, 1958)

y ayudar a configurar, aunque no necesariamente en la misma vía o a la misma extensión, la mayoría de los aspectos de la vida de las personas»⁹

Así pues, la moderna teoría legal liberal está segura en reconocer que «las instituciones de las constituciones liberales tienen un mayor y profundo rol constitutivo, que es el de trabajar para modelar o constituir todas las formas de diversidad a lo largo del tiempo»¹⁰, y por ello, la constitución debe estar en capacidad de formar el modo como la gente usa su libertad y apoyar a la gente para asegurar que la libertad es lo que realmente quieren. Enseñar entonces a los hombres a ser libres y no obligarles a ser libres como quería Rousseau¹¹. Así, quedaba claro, que para el moderno constitucionalismo, la línea formalista inaugurada por Kelsen tenía que ser descartada.

Ahora bien, volviendo al pasado y para reforzar la afirmación de que el constitucionalismo no podía ser positivo o científico sino normativo o ideológico, bastaba solo con dirigirse a la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, realizada por la Asamblea Nacional de Francia en 1789 donde hallábamos entre otras cosas que los hombres nacían y permanecían libres e iguales en derechos (Art. 1º), que el fin de toda asociación política era la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles y que esos derechos incluían el de la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (Art. 2º), que la libertad consistía en poder hacer todo lo que no dañe a otra persona y que los límites a los derechos solo podían ser establecidos por ley (Art. 4º) o de pronto, el artículo más contundente en relación a la naturaleza del nuevo orden constitucional, el citado artículo 16º, que a la letra señalaba que «toda sociedad, en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución»¹² (el subrayado es mío).

Por ende la ideología o cultura política de la moderna constitución estipulaba que sin representación, sin derechos y sin división de poderes no podía hablarse de la existencia de un orden legal¹³. Más recientemente un filósofo del derecho como Ronald Dworkin sostenía que estos principios –identificados como principios liberales– y que abogaban por la libertad de expresión y contra la censura, por una mayor igualdad económica y también por una igualdad entre las razas y contra la segregación o por

⁹ Stephen Macedo, «Civil Law, Common Law, and Constitutional Democracy» en The 19th Tucker Lecture, *Louisiana Law Review* 52, no.1 (1991): 91-136, p. 129.

¹⁰ Stephen Macedo, «Transformative Constitutionalism and the Case of Religion» en *Political Theory*, Vol 26, Nº 1, February 1998, p. 58.

¹¹ Sin embargo, es pertinente notar que esta perspectiva de Macedo que nos conduce a una suerte de «liberalismo cívico» o a una «ciudadanía liberal» y que considera que lo primero es la libertad aunque la política no pueda ser reducida a ésta ha sido catalogada por otros autores liberales como una posición comunitaria más que liberal. Cfr. Richard Flathman, «It all depends... on how one understands liberalism» A Brief Response to Stephen Macedo, en *Political Theory*, Vol. 26 Nº 1 february 1998, pp. 81-84.

¹² Para una lectura de estos principios y sus comentarios por uno de sus defensores. Ver de Thomas Paine, *Los Derechos del Hombre*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1944), pp. 101-105.

¹³ Richard Bellamy, «The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy», en *Constitutionalism in Transformation*, Ibid.

En este ensayo sin embargo, Bellamy plantea una crítica al predominio de los derechos con respecto a los otros dos elementos lo cual implica finalmente una subordinación y relativización de los elementos políticos latentes en estos.

la despenalización de las ofensas morales debían de contemplarse como los elementos constitutivos centrales a todo ordenamiento constitucional liberal¹⁴.

El argumento en favor de los derechos individuales se colocaba así como el fundamento moral que desafiaba la neutralidad de las bases formales del modelo constitucional y que mal que bien vinculaba al constitucionalismo con el moderno concepto de ideología. Pero, a pesar de todo, se trataba de una ideología *sui generis* que no solo representaba el carácter dogmático de la razón teórica (lo cual haría bastante rígida a la cultura constitucional) sino que se perfilaba como una ciencia positiva en todo el sentido de la palabra, es decir que siguiendo el paso a la ciencia moderna, tenía que prescindir de las cualidades de los objetos (en este caso seres humanos) para poder así, efectuar generalizaciones. En consecuencia, los conceptos que iban a alimentar a esta ideología constitucional tenían que ser necesariamente conceptos generales y abstractos que consideraban a los hombres como iguales porque estar desprovistos de propiedades entonces no existía nada que pudiese diferenciarlos o distinguirlos. Esto significaría en el futuro un *handicap* insuperable para los defensores de la cultura constitucional pues los problemas políticos y la misma naturaleza de la política reivindicaba siempre lo particular y diferente como inicialmente lo harían notar los primeros críticos del paradigma liberal¹⁵.

Recientemente, sin embargo, no han faltado quienes han argumentado que la cultura del Estado de derecho no era precisamente una ideología liberal¹⁶ y que tampoco se estructuraba en base a criterios ambiguos o abstractos. Por ejemplo la teórica política francesa Blandine Kriegel, discípula de Michel Foucault, en su libro *The State and the Rule of Law*¹⁷ defendía lo que ella denominaba una suerte de socialismo legal, brindándole a la cultura constitucional un talante social demócrata que serviría para legitimar la afirmación de que el Estado de Derecho llevaba necesariamente consigo todo un bagaje axiológico y normativo (coincidiendo en esto con los teóricos liberales como Dworkin o Macedo).

Para llegar a esta afirmación nos conducía por la historia del legalismo que ciertamente llevaba consigo en sus inicios una carga ontológica muy distinta a la actual. Como sabemos, el liberalismo contemporáneo cuestiona el estatismo y lo considera como una fuente de arbitrariedades y despotismo. Empero, yendo a la historia del individualismo encontrábamos autores como Hobbes y Bodin quienes habían defendido

¹⁴ Ver Ronald Dworkin, «Liberalism» en *A Matter of Principle*, (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985) p. 121. También en *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977)

¹⁵ De aquí que con mucha razón y lógica el gran intelectual reaccionario del siglo XIX Joseph de Maistre señalase en relación a la constitución de 1795 que «como la de sus antecesores está hecha para el hombre. Ahora bien, no existe *el hombre* en el mundo. Yo he visto, en mi vida, a franceses, a italianos, a rusos, etc., de igual modo yo se por Montesquieu, que se puede ser *persona*: pero en cuanto al hombre como tal, yo declaro nunca haberme topado con él en mi vida; si existe yo no lo conozco.» Lo cual ratificaba la imposibilidad práctica de utilizar categorías abstractas en el terreno político.

Joseph de Maistre, *Considerations sur la France*, (Lyon: J.B Pélagaud et Cie, 1850), p. 88.

¹⁶ Es decir, que no pertenecía a la tradición ideológica liberal sino a otra tradición ideológica que sería la social demócrata y que de alguna manera tenía más elementos normativos que los que se podría encontrar en el liberalismo clásico. Empero no hay que perder de vista que la social democracia es también una ideología individualista.

¹⁷ *The State and the Rule of Law*, (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1995)

justamente lo contrario, esto es, habían enfatizado siempre la presencia del Estado como la principal garantía de la libertad y de los derechos individuales. Así pues, el texto de Kriegel buscaba reivindicar la presencia del Estado contraponiéndose así al liberalismo neutral que en todo caso se encontraba bastante distante del origen del moderno individualismo y su moral basada en derechos subjetivos¹⁸. Por último, el dejar de lado al Estado y más específicamente a su poder por el solo temor de que podíamos caer en el autoritarismo, significaba según Kriegel un peligro mayor pues este desconocimiento del papel del Estado era justamente el causante del despotismo al no existir manera de proteger las libertades en tanto que resultaba patente que quien mejor estaba capacitado para tal tarea es decir, la protección de las libertades individuales, era el mismo Estado¹⁹.

También en esta línea de preocupación por el destino y futuro del Estado de Derecho, teníamos el trabajo editado por Michel Rosenfeld de la Escuela de Leyes de Cardozo, titulado *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*²⁰, en el que se trataba de discutir el futuro de las ex repúblicas soviéticas y la necesidad de reestructurar el orden político. La tarea a emprender se centraba entonces en justificar la fórmula del Estado de Derecho, como el medio más adecuado para lograrlo, refutando entonces la crítica a este modelo efectuada por la ideología marxista²¹. Por cierto, esto no será obstáculo para desarrollar en algunos casos una visión del Estado de Derecho que se asocie por ejemplo a la visión conservadora de Hayek en la que no se puede separar el *Rule of Law* de la propiedad privada llegando al extremo de invocarse la configuración de una constitución que proteja fundamentalmente las libertades negativas oponiéndose así a las tendencias que abogaban por un Estado de bienestar²².

En la naturaleza de las discusiones contemporáneas encontrábamos entonces argumentos morales que abogaban, ora por una fórmula de libertad negativa, ora por una defensa de la libertad positiva²³. En el primer caso, la autonomía se describía como la ausencia directa de interferencias dentro de una esfera de protección del individuo necesaria para la realización de elecciones; en tanto que, en el segundo caso, se tenía una definición de autonomía que podía ser relacionada con el ejercicio práctico de las libertades en función a las decisiones del mismo sujeto (autogobierno) siendo un concepto de ejercicio antes que de oportunidad. Sin embargo, lo que estaba claro detrás de cada uno de estos conceptos era que cada uno de ellos se dirigía a la configuración

¹⁸ William E. Scheuerman, «The Rule of Law at Century's End», en *Political Theory*, Vol 25 Nº 5, october 1997, p. 742.

¹⁹ Ibid., p. 743.

²⁰ *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives* (Durham, NC: Duke University Press, 1994)

²¹ Obviamente la crítica marxista señalaba al Estado de Derecho como un instrumento de dominación elaborado por los dueños de los medios de producción. Sin embargo, la Unión Soviética se constituiría también como un Estado de reglas positivas, es decir un Estado de Derecho.

²² William E. Sheuermann, Ibid., p. 746.

²³ La mejor discusión sobre este tema sigue siendo el ensayo de Isaiah Berlin, «Two Concepts of Liberty» en *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1968). También está el texto de G.C MacCallum «Negative and Positive Liberty», *Philosophical Review*, 76, (1967) y más recientemente John Gray, «On negative and positive liberty» en *Liberalisms, Essays in Political Philosophy*, (London: Routledge, 1989)

de un tipo particular de derechos subjetivos (derechos civiles en el caso de la libertad negativa y de derechos políticos y sociales en el caso de la libertad positiva) y lo más importante, que cada uno de ellos constituía también una ideología particular, la ideología libertaria ligada a la libertad negativa y las ideologías liberal y socialdemócrata enlazadas con las libertades positivas. Ambas perspectivas establecerán entonces las bases de la «Cultura Constitucional» y desafiarán así el talante científico y formal del constitucionalismo.

Hasta aquí hemos tratado de demostrar, entonces, que el modelo constitucional nació como una mixtura aparentemente antitética entre positivismo de la ciencia formal y la ideología del individualismo. A la postre, la antítesis no fue superada y lo que ocurrió fue la constitución de un modelo eminentemente ideológico o cultural. En la segunda parte de este ensayo nos aproximaremos a uno de los más recientes intentos por perfilar una solución a la antinomia citada y que no aceptará la superación del modelo formal abstracto sino que tratará de llegar a un feliz acuerdo entre lo formal y lo sustantivo, esta será la fórmula del «patriotismo de la Constitución» esbozada por el filósofo alemán Jürgen Habermas. En la tercera y última parte nos encargaremos de demostrar las incoherencias de la apuesta habermasiana y, lo más importante, destacaremos también las razones por las cuales pensamos que cualquier intento por construir una cultura constitucional pura (en este caso entendiendo lo puro como lo alejado de lo formal) desde la ideología liberal también estará condenada a fracasar.

II. EL «PATRIOTISMO DE LA CONSTITUCIÓN» DE JÜRGEN HABERMAS

En la introducción a su última obra sobre la democracia y el Estado de Derecho²⁴, el ahora ya retirado profesor de Filosofía de la Universidad de Francfort, Jürgen Habermas declaraba enfáticamente que «ante la influencia de una comprensivamente secularizada política, un estado constitucional no puede ser establecido y sostenido sin una democracia radical»²⁵. La invocación a una democracia radical enmarcada dentro de una normatividad constitucional establecía a las claras las características valorativas que deberían desprenderse del ordenamiento legal moderno y que en el caso de Habermas se ligaba estrechamente a un modo de vida particular que no era otro que el modo democrático (y más específicamente el de una democracia radical).

Sin embargo, Habermas reconocía la pérdida de legitimidad del sistema constitucional tradicional dentro de los contextos contemporáneos en los que, por ejemplo, las personas desconfían de los tribunales, o los votantes sienten y presienten que sus votos no influyen para nada en las decisiones políticas y por ende el aspecto normativo de la constitución se evapora, y «entonces el derecho deviene en un instrumento de control de conductas y el proceso democrático se convierte en un espectáculo engañoso y auto-engañoso»²⁶.

²⁴ *Faktizität und Geltung*, (*Between Facts and Norms*, 1996) Ibid.

²⁵ Ibid., p. 13.

²⁶ Jürgen Habermas, en Mikael Carleheden and René Gabriëls, «An Interview with Jürgen Habermas», *Theory Culture & Society* Volume 13, Number 3 august 1996, p. 2.

La idea que tenía Habermas sobre lo que tenía que ser la democracia radical por cierto no estaba reñida del todo con el modelo tradicional alimentado por la ideología de las revoluciones de los siglos XVIII y XIX y que quedaban estipulados –aunque de modo formal– en el proyecto del Estado de Derecho aunque ciertamente complementada con su famosa tesis de la ética discursiva o comunicativa y el debate público:

«Yo tomo a las constituciones democráticas como la suma de todos los proyectos que la legislatura, la judicatura y la administración abordan cada día; su continuación implícitamente forman los conflictos que se dan en la esfera pública. Al mismo tiempo, tenemos que alejarnos de nociones comunes, incluyendo la idea de que la democracia radical tiene que tomar la forma de un autogobierno socialista. Solamente una forma de democracia concebida en los términos de una teoría de la comunicación es factible dentro de sociedades altamente complejas. Aquí uno tiene que invertir la relación de centro y periferia. En mi modelo, el peso de las expectativas normativas es llevado a cabo primeramente por las formas de comunicación contenidas dentro de la sociedad civil, que aflora ella misma fuera de una esfera privada que permanece intacta, y por el fluir del proceso de comunicación en una activa esfera pública que está enmarcada dentro de una cultura política liberal»²⁷.

La visión habermasiana como aparece ahora en *Between Facts and Norms*, se completaba con una imagen de un modelo de «compuerta» en el cual todo orden constitucional debía basarse en un sistema de centro y periferia, así «en orden que los ciudadanos puedan influenciar al centro, esto es el parlamento, los tribunales y la administración pública, el fluido de la comunicación que nace en la periferia tiene que pasar a través de la «compuerta» de los procedimientos democráticos y constitucionales. En los procesos políticos, el derecho es el medio de transformar la comunicación en poder administrativo»²⁸.

El Estado de Derecho, desde este punto de vista, lejos de ser entonces un documento escrito de normas generales y abstractas es, en primer lugar, un marco de instituciones políticas que deberían ser las generadoras y formadoras de la opinión pública y de una ética pública –forjada en la sociedad civil– lo cual garantizaría a su vez la legitimidad del sistema²⁹. Ahora bien, estos acuerdos políticos deberían darse dentro de la esfera

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., p. 3.

²⁹ Sin embargo, esta posibilidad de la ética pública forjada ora por una representación, ora por una deliveración colectiva ha sido objeto de distintas críticas que van desde las posiciones antiliberales de Carl Schmitt, *Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlín: Dunkler and Humboldt, 1979. Traducción al inglés. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1985; pasando por los teóricos Comunitaristas como Walzer, Taylor, Sandel o Lasch y también desde el realismo italiano más recientemente Danilo Zolo, *Democracy and Complexity*, (Cambridge: Polity Press, 1992) quien por ejemplo señala que:

«Una concepción real de la democracia debe de hecho abjurar de cualquier definición de «ética pública» usada, como en Rawls, para designar a un modelo antropológico, que designa necesidades, establece valores comunes y encuentra derechos universales. Y debe en contrario, reconocer sus propias limitaciones y su propia contingencia radical y dejar así a otras esferas –cultura, arte, música, amistad, amor, estudio científico, y aun las creencias religiosas– la investigación en torno a los fines últimos y la promoción de valores» Ibid. p. 180.

En la última parte de este ensayo volveremos sobre este punto.

pública que representaba en el plano formal un lugar de igualdad, aunque en el plano real, era evidente apreciar que el poder se hallaba distribuido de modo desigual atendiendo a diferencias de género, cultura, o clase. En este sentido, cabría interrogarse también si es que la tesis habermasiana estaba preparada para superar este problema del formalismo.

Habermas a este respecto consideraba que sí y para eso contaba con el gran aliado del denominado «patriotismo de la Constitución» que intentaba de este modo una síntesis entre lo abstracto y universal de la normatividad formal del Estado de Derecho y lo particular y concreto (eficacia y legitimidad) otorgada por el espíritu nacional que alimentaba también a cada constitución moderna. Por otro lado, esta síntesis también se manifestaba en relación al tema de los derechos, pues invocaba también una relación e integración entre los derechos cívicos o colectivos y los derechos humanos o individuales.

Durante la controversia en relación a la identidad de los alemanes y el problema surgido tras la caída del muro de Berlín, es que se empieza a hablar por primera vez sobre el llamado patriotismo de la Constitución en general y en particular. Dicha discusión había sido avivada anteriormente por la disputa de los historiadores y el avance de corrientes neo-historicistas que evidentemente reivindicaban la soberanía particular el modo de ser específico de los alemanes que por cierto, era o podía ser soslayado por un ordenamiento legal tan abstracto como el ordenamiento constitucional. Sin embargo, los temores y desconfianza hacia este historicismo o tradicionalismo —como lo denominaba el propio Habermas— aparecían inmediatamente se hacía referencia al nacionalismo romántico, la segunda guerra mundial y más concretamente a Auschwitz y las cámaras de gases³⁰.

Si el tema del nacionalismo y el historicismo quedaban vedados por los hechos concretos de la propia historia alemana, sin embargo, era cierto también que la abstracción de la naturaleza kantiana del Estado de Derecho era insuficiente para construir un sistema normativo en el plano político. En consecuencia, había que encontrar un concepto que pudiese amenguar la abstracción de la norma fundante —es decir, un concepto que encontrase sus límites en los postulados de la democracia universal y los derechos humanos— sin caer empero en el particularismo radical del historicismo y su fruto más conspicuo, a saber, el nacionalismo.

El término acuñado fue entonces el del «patriotismo de la Constitución» y trataba así de tomar por las astas el desafío. Sin embargo, cabría inmediatamente preguntarse si este concepto no significaba realmente la renuncia a la identidad nacional e histórica³¹ sustituyéndola entonces por una identidad práctico-formal.

³⁰ Normalmente, el tema del nacionalismo ha sido tocado por los autores liberales con ciertos prejuicios y se ha hecho referencia a la «especie» del nacionalismo como si éste fuese realmente todo el «género» endilgándole a esta «especie» adjetivos como los de irracional, violento o sectario o en otros casos señalando que este nacionalismo irracional correspondía al Oriente en tanto que el nacionalismo Occidental era racional y liberal. Para una excelente explicación de estas lecturas en torno al nacionalismo, ver el reciente trabajo de David Miller, *Sobre la Nacionalidad* (Barcelona: Paidós, 1997), p. 15-32.

³¹ Esta perspectiva que dejaba de lado expresión de una voluntad política histórica se oponía abiertamente a la tesis schmittiana que establecía que la constitución se generaba «por un único momento de decisión del

A este respecto Jürgen Habermas respondía lo siguiente:

«... la identidad de una persona, de un grupo, de una nación o de una región es siempre algo concreto, algo particular (aunque siempre ha de satisfacer criterios morales). De nuestra identidad hablamos siempre que decimos quiénes somos quiénes queremos ser. Y en esta razón que damos de nosotros se entretejen elementos descriptivos y elementos evaluativos. La forma que hemos cobrado merced a nuestra biografía, a la historia de nuestro medio, de nuestro pueblo, no puede separarse en la descripción de nuestra propia identidad de la imagen que de nosotros nos ofrecemos a nosotros mismos y ofrecemos a los demás y conforme a la que queremos ser enjuiciados, considerados y reconocidos por los demás»³².

El patriotismo de la Constitución entonces significaba reconocer cierta identidad pero estaba claro que dicha identidad debía entenderse dentro un Estado Liberal: «para nosotros, ciudadanos de la República Federal, el patriotismo de la Constitución significa entre otras cosas, el orgullo de haber logrado superar duraderamente el fascismo, establecer un Estado de derecho y anclar éste en una cultura política que, pese a todo, es más o menos liberal»³³ (el subrayado es mío).

De lo que se puede desprender de estas afirmaciones de Habermas es que nos hallaríamos ante una suerte de identidad postnacional que estaría cristalizada en una cultura constitucional que se fundaría en torno a los principios universales del Estado de Derecho y por cierto de la democracia. Dicha identidad postnacionalista estaría además muy presente en el resto de Estados nacionales europeos que pasaron también por las mismas experiencias³⁴. En este sentido, fenómenos como «la integración europea, las alianzas militares supranacionales, las interdependencias en la economía mundial, las migraciones motivadas por situaciones económicas, la creciente pluralidad étnica de las poblaciones, y también el adensamiento de la red de comunicación, que ha agudizado en todas partes la percepción de, y la sensibilidad para, la violación de los derechos humanos, la explotación, el hambre, la miseria, las exigencias de los movimientos nacionales de liberación, etc. Esto conduce, por un lado, a reacciones de miedo y defensa. Pero, simultáneamente, se difunde también la conciencia de que ya no hay alternativa alguna a las orientaciones valorativas universalistas»³⁵.

En medio de este escenario –denominado por diversos teóricos y filósofos como postmodernos–, se apreciaba empero, las perspectivas universalistas heredadas de la Revolución francesa pero que en la actual situación aparecían más bien matizadas por el multiculturalismo y la tolerancia que impedía así la universalización de nuestra propia

poder constituyente «por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia». Este acto constituye la forma y modo de la unidad política cuya existencia es anterior.»

Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, (Madrid: Alianza, 1982), p. 43.

³² Jürgen Habermas, *La Necesidad de la revisión de la izquierda*, (Madrid: Tecnos, 1991), p. 215.

³³ *Ibid.*, p. 216.

³⁴ *Ibid.*, p. 217.

³⁵ *Ibid.* p. 217-218.

identidad (como podía desprenderse quizá del universalismo del siglo XVII demasiado eurocéntrico), la idea que defendía Habermas entonces era la de un cosmopolitismo que debía de respetar las distintas tradiciones culturales existentes en el mundo contemporáneo.

En síntesis entonces la tesis habermasiana implicaba un respeto por los valores del Estado de Derecho y la democracia pero que sin embargo debían éstos adecuarse de modo tangencial a cada realidad histórica sin caer en el relativismo y el nacionalismo³⁶. ¿Pero cómo era posible el encontrar este punto medio entre lo absoluto y lo relativo?, ¿cómo era factible hablar de una patria universal y particular al mismo tiempo?, ¿cómo ser un buen hombre y un buen ciudadano?³⁷ es más, ¿cómo defender una constitución cuyos fundamentos están fuera de la naturaleza y la experiencia y no son sino conceptos abstractos y no políticos? A todas luces la propuesta de Habermas era en definitiva una fórmula ideológica que intentaba satisfacer todas las críticas planteadas a la cultura constitucional moderna y producir un modelo coherente y legitimado por el consenso del discurso público, pero, ¿estaría el filósofo de Francfort en capacidad de hacerlo?

En la última parte de este ensayo trataremos de demostrar entonces las limitaciones del proyecto del profesor alemán que no le permitirán consolidar una cultura constitucional, al tiempo de señalar también que este intento no hace sino darle la razón a quienes como nosotros pensamos que las fórmulas práctico-formales establecidas inicialmente por la formulación kelseniana (de evidente raíz kantiana) del modelo constitucional del Estado de Derecho quedaban descartadas inclusive por aquellos mismos considerados como sus seguidores.

III. LAS CONTRADICCIONES DEL «PATRIOTISMO DE LA CONSTITUCIÓN» Y LA CRISIS DE LA CULTURA CONSTITUCIONAL LIBERAL

Hasta ahora hemos demostrado que el proyecto del Estado de Derecho, a pesar de presentarse como un modelo formal y abstracto no podía mantener por mucho tiempo tales características³⁸, y de hecho lo que aconteció fue que finalmente tuvo que ser desafiado por el plano real y contingente (político) que por sus propias características tenía que sustentarse en las diferencias y el reconocimiento³⁹, esto es, por lo particular y concreto.

Ahora bien, quedaba también establecido que antes de la irrupción del Estado de Derecho en Occidente, existía lo que se puede denominar una cultura política que en principio estaba regida por el derecho natural y por instituciones políticas jerárquicas y corporativas incorporadas a la fórmula de la *Respublica Christiana*. Sin embargo, la

³⁶ Ibid., p. 219.

³⁷ Pregunta esta que atormentaba al romántico francés Jean Jacques Rousseau y que en realidad como menciona Karl Löwith sería la característica de todo el pensamiento político y la cultura occidental de la modernidad. Cfr. *De Hegel a Nietzsche*, (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958)

³⁸ Ya en la primera parte de este ensayo habíamos dejado en claro que el Estado de derecho, era fruto de una ideología y en ese sentido quedaba claro sus perspectivas cognitivas antes que prácticas.

³⁹ Como establecía la conocida definición de política de Carl Schmitt, es decir, la distinción entre amigos y enemigos. Carl Schmitt, *El Concepto de lo Político* (Madrid: Alianza, 1991)

modernidad y la aparición del concepto de autonomía trastocan todo este mundo plural y diferenciado (político) produciendo entonces algo así como una deconstrucción cultural que liquidará toda la cultura política anterior. Ciertamente, esta deconstrucción es la que va a llevar a cabo el Estado de derecho oponiendo así a la jerarquía estamental la igualdad ante la ley (igualdad formal) mientras que frente a la dependencia ante la autoridad Imperial o Pontificia impondrá la autonomía y la libertad individual.

A pesar de no reconocer el carácter cultural, moral y político de su empresa, el Estado de Derecho presentará definitivamente un talante ideológico que pensamos que se ha hecho aun más patente en los últimos años⁴⁰, y esto precisamente por la pérdida de legitimidad del modelo original. Pero, el hecho de que los teóricos políticos y constitucionalistas liberales admitan, ahora sí, que están embarcados en un proyecto de creación de una cultura constitucional, –como en el caso de Habermas y su patriotismo de la Constitución– no implica que el proyecto sea bueno *per se* o que simplemente requiera un mero *mise au point*. Por ende, en las siguientes páginas nos encargaremos de demostrar los problemas que tendría que superar una cultura constitucional liberal (habermasiana en este caso), y al hacer esto expondremos las debilidades de cualquier intento en este sentido.

Como ya lo hemos recalcado, la fórmula del Estado de Derecho, era la fórmula de la universalidad y la abstracción, es decir, proponía la neutralidad establecida en el procedimiento y la forma a fin de no comprometerse con ningún valor o visión particular de bien, que pudiese violar la autonomía individual. La propuesta entonces se dirigía a construir una cultura neutral que facultase a cada individuo a realizar su forma o plan particular de vida sin interferencias (libertad negativa) aunque siempre respetando los planes de vida de los demás, a menos que tales planes los afectasen directamente y les causaran algún daño (según la típica propuesta de John Stuart Mill). Este era entonces el gran fundamento teórico del Estado de Derecho y en él se basaba la cultura constitucional que pretendía instaurar. Al mismo tiempo, quedaba también pendiente de resolver el desafío de la relación entre la libertad y la igualdad presente también desde los primeros momentos de vida del modelo constitucional⁴¹ pues, si bien es verdad que la fórmula del Estado de Derecho era la de la igualdad ante la ley, las demandas de igualdad necesitaban materializarse y aquí era justamente donde se producían los enfrentamientos con la libertad. En este caso, habría que tomar en cuenta, por ejemplo, que la igualdad por recurrir a lo igual material o concreto para realizar su naturaleza podía estar de pronto más próxima a la política (a lo empíricamente real) en tanto que, la libertad de alguna manera mantenía ese espíritu ideal y abstracto que podía engarzarse mejor con el proyecto universal y formal del Estado de Derecho, siendo así compatible con las tesis jurídicas de la ciencia jurídica positiva (de allí el nexo entre el Liberalismo y el Estado de derecho).

⁴⁰ Pensamos no solo en el caso de Jürgen Habermas que trabajamos en este momento sino también en el caso de John Rawls (ver al respecto nuestro ensayo, «De la Teoría de la Justicia al Liberalismo Político: John Rawls y el fracaso de la Justicia Procedimental», en *Derecho-PUC*, N° 50, 1996; o el mismo Ronald Dworkin.

⁴¹ Sino recordemos el manido slogan de la Revolución Francesa de la Igualdad, Libertad y Fraternidad.

Como el proceso de deconstrucción de la cultura política era largo, en un primer momento pasaron desapercibidos los problemas entre lo universal y lo particular o entre la libertad y la igualdad, pero a medida que resultaba evidente la desaparición de la anterior cultura política, el Estado de Derecho era ya requerido para que demostrase su capacidad de constituir una cultura política, esto es, un conjunto de preceptos normativos que sintonizasen con la moral y costumbres de los ciudadanos y que sobre la base de esta relación óptima se fundamentase una legitimidad que hiciese ocioso el uso de la coerción. En otras palabras, se hacía necesario que los preceptos del orden constitucional tuviesen contacto directo con los deseos, necesidades y aspiraciones de los individuos de carne y hueso (no seres abstractos o «desencarnados») o con las corporaciones al interior de la comunidad o de la denominada sociedad civil, (grupos de identidad). En ese sentido, la pregunta inevitable caía por su propio peso: ¿estaba la norma fundante del Estado de Derecho, en la capacidad de responder a las demandas políticas?, y si esto era así, ¿podría ser capaz de delimitar y jerarquizar las pretensiones políticas teniendo en cuenta que no era factible el satisfacer a todas las demandas al mismo tiempo?, en una *nutshell*, ¿podía establecer el Estado de Derecho una cultura política?

Recientemente un caso constitucional en Alemania llamó la atención a juristas, teóricos e inclusive a políticos. Se trataba de una pugna entre una Corte Constitucional (para ser más precisos, la Corte de Baviera), y la corte federal alemana. El asunto o *affaire* fue conocido como el caso del Crucifijo. De acuerdo a una ordenanza de los colegios primarios de Baviera se mencionaba que en cada escuela debería colgarse un crucifijo⁴². Pero una familia que profesaba las creencias de la Antroposofía (enseñanzas del esoterista Rudolf Steiner) demandó el retiro del crucifijo del aula de sus menores hijos pues se dijo que el hecho de contemplar a un ser sufriendo en una cruz (un cuerpo humano agónico) además de ser contrario a sus ideas, atentaba contra la formación espiritual y moral de sus hijos.

El caso fue rechazado por el Tribunal Bávaro pero la apelación les fue favorable en la Corte Federal, a pesar de que el colegio ofreció reducir el tamaño del crucifijo y también colocarlo en un lugar más discreto.

Los argumentos de la Corte de Baviera se fundaban en que de acuerdo a la Constitución de Baviera de 1946 se intentaba de dotar de valores cristianos a la comunidad, y por eso las escuelas no solo debían transmitir conocimiento sino edificar el carácter en base a valores morales y en función a una reverencia a Dios⁴³, aunque es menester anotar que como toda constitución liberal también ella contemplaba y garantizaba la libertad religiosa. Tales derechos empero eran garantizados aun con más fuerza por la Constitución Federal o sea por la norma básica o fundante. Amparados en estas normas, los padres de familia aspirarán a defender su libertad negativa frente a lo que sería una imposición coercitiva de una religión externa y ajena a sus creencias.

⁴² Recordemos que la zona de Baviera en Alemania es eminentemente Católica.

⁴³ Para conocer los argumentos del caso y los alegatos legales con más detalle ver, el ya citado ensayo de Howard Caygill y de Alan Scott, «The Basic Law versus the Basic Norm?», *Ibid*.

A primera vista, lo que podemos advertir es que existe un conflicto evidente entre la norma particular de Baviera enfrentada a la norma universal de la República Federal, es decir, una oposición entre los elementos culturales de la primera y los elementos neutrales-liberales de la segunda, al tiempo que si profundizamos la vista podemos advertir inclusive algunas contradicciones al interior del propio texto legal bávaro que también llevaría la misma tensión aunque en menor grado.

Siguiendo los postulados de su Constitución, la Corte Bávara tendrá entonces que defender las libertades positivas de la mayoría de los bávaros, sin embargo, es en este punto precisamente donde cometerán un gran error que a la larga facultará a la Corte Federal rechazar la argumentación de la Corte Bávara al tiempo de demostrar las serias contradicciones que se plantean en los actuales momentos entre lo cultural y político frente a lo abstracto y jurídico.

Así pues, la Corte Constitucional de Baviera mencionará que el crucifijo no representa a ninguna religión en particular y que se trata meramente de un símbolo universal de la tradición Occidental, en tales circunstancias mal se podría decir que se estaba llevando a cabo una acción proselitista que pretendía vulnerar las libertades negativas –con respecto a la religión– de la familia demandante:

«Con la representación de la cruz como el ícono del sufrimiento y señorío de Jesucristo... los demandantes quienes rechazan tal representación son confrontados con una cosmovisión en la cual el poder formativo de las creencias cristianas es afirmada. Sin embargo, no por esto ellos son llevados a un constitucionalmente inaceptable conflicto religioso-filosófico. Las representaciones de la cruz confrontadas de esta manera no son –como las oraciones en la escuela– la expresión de una convicción religiosa ligada a una confesión específica. Ellas son un objeto esencial de la tradición general Occidental-Cristiana y propiedad común del círculo cultural Occidental-Cristiano»⁴⁴.

Como podemos advertir el error se centraba en que, mientras que por un lado defendían la importancia de su cultura y tradición centrada en el cristianismo, a continuación señalaban que el símbolo del crucifijo era un símbolo neutral y por ende no tenía porque ofender a los antropósofos. Así, a la Corte Federal solamente le bastó con esgrimir el convincente argumento de que el Cristianismo y el crucifijo pertenecían a una tradición particular y no universal y como consecuencia de este razonamiento dentro de un orden constitucional liberal –como el defendido por la Constitución Federal– sería este caso una clara violación a la libertad negativa (en el terreno religioso obviamente) de la familia demandante y se mandaba entonces el retiro de los crucifijos de todas las escuelas públicas de Baviera. Por último y para reforzar lo dicho por la Corte Federal, se tomaba también en cuenta el creciente pluralismo cultural que se estaba manifestando en Alemania y que implicaba ya una obligación de interpretación minimalista de las normas legales mandadas por las constituciones regionales (Länder) como la contemplada por la misma Constitución de Baviera y su protección al catolicismo. El pluralismo entonces colocaba un freno a las interpretaciones y cumplimiento

⁴⁴ Ibid., p. 96.

de este tipo de disposiciones creadas en un tiempo en el cual no existía tal pluralismo o multiculturalismo.

Con todas las complejidades que han emanado de este caso y que hemos visto de modo superficial habría que comenzar a preguntarse entonces como es que Jürgen Habermas, por ejemplo, pretendía construir su «patriotismo de la Constitución», ¿cuál era la patria a defender?, ¿la de los bávaros o las de las familias antropósocas o los ahora más de moda dianéticos?, ¿como podía hablarse entonces de una Constitución que defendiera tanto a lo cultural como a lo universal?, ¿es que acaso la Constitución de la «norma fundante no era aun demasiado abstracta para poder establecerse como una cultura política?, y si esto es así ¿no sería ya un hecho el admitir el fracaso del Estado de Derecho en su propósito de convertirse en una cultura política con todas las implicaciones que esto lleva consigo?

La noción de patriotismo de la Constitución en realidad parece no haberse puesto en el caso de ejemplos tan simples como el *affaire* del crucifijo o quizá subestimó este tipo de problemas que evidentemente no pueden solucionarse con el diálogo o la deliberación (recordemos que en el caso del crucifijo no se aceptó la reducción del tamaño ni su colocación en un lugar menos visible, lo cual podría haber sonado razonable). De pronto, el problema esencial radique entonces en la atemporalidad en la cual se encuentra la norma fundante y en consecuencia tal posición no le permite atisbar los cambios producidos al interior de las sociedades y las constantes grietas que se generan en el espacio político, precisamente por fenómenos como las migraciones constantes o por la apertura y relajación de los vínculos comunales que hace que las personas cambien por ejemplo de religión como si se tratara de cambiar de marca de *shampoo*, todo lo cual incide evidentemente en la constitución de sociedades altamente fragmentadas⁴⁵.

Además de los intentos realizados por Habermas de llegar a alcanzar una cultura constitucional que no sea ni demasiado abstracta, como para que sea irrelevante, ni demasiado concreta, como para que pueda devenir en totalitaria y peligrosa, recientemente tanto Russell Hardin⁴⁶ como Will Kymlicka⁴⁷ han tratado también de construir una teoría liberal que no soslaye el elemento nacional (cultura) y que sirva como crítica a los teóricos románticos y neohegelianos quienes se encargaron en muchos casos de apuntar estas carencias de la teoría liberal y su falta de relación y contacto con lo político⁴⁸.

⁴⁵ Este es un rasgo típico de las sociedades contemporáneas como lo menciona el antropólogo Fernando Fuenzalida quien entiende que las características de la búsqueda espiritual del mundo actual se deben fundamentalmente a: «la pérdida de la condición adscriptiva de la afiliación religiosa, la avanzada condición nihilista del paradigma cultural de Occidente y la concurrencia simultánea de creencias contradictorias en un mismo mercado.»

Tierra Baldía, (Lima: Australis, 1995) p. 49.

⁴⁶ Russell Hardin, *One for All: The Logic of Group Conflict* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1995)

⁴⁷ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, (Oxford: Oxford University Press, 1995) . Edición en español, *Ciudadanía Multicultural*, (Barcelona: Paidós, 1996)

⁴⁸ Básicamente se trata en ambos casos de una defensa del Liberalismo frente a los embates de los autores Comunitaristas que obviamente se encargarían de destacar los enormes vacíos dejados por el Estado de derecho y su proyecto universal que no tomaba en serio el factor cultural y político y al hacer esto se descartaba asimismo como proyecto moral y de legitimidad social.

En principio, debemos tener en cuenta que de acuerdo a los postulados del Estado de derecho, éste había sido creado para la protección de las libertades individuales y no mencionaba nada en torno a libertades o derechos colectivos. Pero las críticas contra esta carencia⁴⁹ inmediatamente implicaron una respuesta por parte de autores como Habermas, Hardin y Kymlicka.

En el caso de Hardin, considera él que es posible conciliar el interés individual con los intereses de grupos. Si bien es verdad que un orden que intente reconocer a distintos grupos puede hacer que se genere una lucha por conseguir un mejor reconocimiento entre las distintas identidades y de hecho una norma de exclusión normalmente trasciende las normas universales⁵⁰, es a través también de esta norma de exclusión o de diferencia que se puede regular un conflicto entre los intereses de un grupo central con los intereses de un grupo periférico⁵¹, una guerra civil así normalmente se manifestará entonces por la carencia de reglas de exclusión. La existencia de esta normatividad entonces podría ser incluida dentro de un orden constitucional y podría servir también para garantizar la identidad del grupo al tiempo que se seguirá manteniendo también la legitimidad del orden constitucional.

Will Kymlicka quizá desarrolla con más profundidad este intento de enlazar los derechos individuales con los derechos colectivos para conseguir esto, establecerá dos criterios que servirán en principio para proteger los derechos colectivos, pero que a la larga también contribuirán a la defensa de los derechos individuales. Los dos criterios serán conocidos entonces como el de las restricciones internas y el de las protecciones externas:

«Debemos distinguir entre dos tipos de reivindicación que un grupo étnico o nacional podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado. Se puede considerar que ambos tipos de reivindicación protegen la estabilidad de comunidades nacionales o étnicas, pero que responden a diferentes fuentes de inestabilidad. El primer tipo tiene el objetivo de proteger al grupo del impacto desestabilizador del *disenso* interno (por ejemplo, la decisión de los miembros individuales de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales), mientras que el objetivo del segundo es proteger al grupo del impacto de las decisiones externas (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de la sociedad mayor). Para distinguir estos dos tipos de reivindicación, denominaré a las primeras «restricciones internas» y, a las segundas «protecciones externas⁵²».

La posición de las restricciones internas implican ciertamente una relación intragrupal y que apuntan a salvaguardar las tradiciones internas de una comunidad como podría

⁴⁹ Ya al inicio de este ensayo mencionamos que la crítica a esta perspectiva meramente formal había comenzado con el pensamiento reaccionario como con de Maistre, Donoso Cortés y en los últimos años ha venido siendo retomada por el pensamiento comunitarista.

⁵⁰ Russell Hardin, *Ibid.*, p. 141.

⁵¹ *Ibid.*, p. 134.

⁵² Will Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural*, *Ibid.*, p. 58.

ser el caso de mantener la tradición de casarse solo con miembros de su grupo, en tanto que, las protecciones externas podrían más bien referirse a relaciones intergrupales y en consecuencia tenderían a defender a una identidad frente a otras identidades o grupos existentes⁵³. Desde el punto de vista liberal parecería ser que las restricciones internas pudiesen implicar una violación a las libertades individuales como cuando se quiere obligar a contraer matrimonio a una mujer que de pronto no desea hacerlo con nadie del grupo –lo cual motivaría por ejemplo las protestas de grupos feministas– o quizá cuando se imponga ciertas conductas que podrían restringir ciertas libertades que se manifestarían al verse obligados a usar determinadas vestimentas o practicar ciertos ritos, que pudiesen ser vistos como incompatibles con la dignidad del hombre racional moderno. En este sentido, las protecciones externas podrían ser más compatibles con un Estado de Derecho que las restricciones internas.

Normalmente un grupo o colectividad puede reivindicar tres derechos fundamentales, a saber, el derecho de autogobierno, los derechos poliétnicos y los derechos especiales de representación⁵⁴, sin embargo, como el mismo Kymlicka lo menciona estos tres derechos pueden servir en la práctica tanto para expresar restricciones internas como también para realizar protecciones externas⁵⁵. La idea empero es justificar una tesis que pueda garantizar, como dijimos, los derechos individuales sin renunciar a las libertades comunales y por ende, tendría que hablarse de estos derechos de ciudadanía –así los llama él– desde la posición de las protecciones externas antes que desde las restricciones internas.

De acuerdo a todo lo dicho, Kymlicka está seguro de que las tesis tradicionales de los derechos humanos no son suficientes para garantizar las libertades de las comunidades, es decir no basta con que la Constitución proteja la libertad de asociación para que las asociaciones se mantengan con vida sino que requerirían por lo menos la existencia de algunos derechos de autogobierno y poliétnicos que dicho sea de paso serían coherentes con la justicia liberal⁵⁶.

Ahora bien, a pesar de todo lo atrayente que pueda ser la propuesta de Kymlicka habría que ver en primer lugar que tan factible es el hecho de separar a las restricciones internas de las protecciones externas. Aun más, sería también justo preguntarse en este momento si es que en el hipotético caso de que fuese posible tal separación, ésta sería suficiente para mantener con vida a una comunidad con la mera presencia de ciertos derechos entendidos desde la posición de la protección externa, en otras palabras, ¿alcanzarían las protecciones externas para reivindicar una identidad? Más bien, todo indicaría a mencionar que las restricciones internas serían más relevantes para la

⁵³ *Ibid.*, p. 60.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 61.

El autogobierno confieren poderes a unidades políticas que son más pequeñas para que sus pretensiones no sean desestimadas por las mayorías. Los derechos poliétnicos dan protección a prácticas religiosas y culturales que no están contempladas ni son protegidas por el Mercado o el Estado de Derecho. Los derechos especiales de representación, como su nombre lo indica brindan la posibilidad de participación en las decisiones políticas a las minorías.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 152.

comunidad que las protecciones externas y el reconocer esto implicaría entonces el afirmar el fracaso del intento por crear una teoría liberal que defienda lo particular y concreto⁵⁷.

CONCLUSIÓN

Luego de esta *tour de force* por presentar de modo sintético algunos de las ideas centrales trabajadas por diversos autores liberales que intentaron tomar en serio lo particular y concreto algunas ideas pueden quedar en claro.

En primer lugar, ya ningún autor liberal estaría seguro de afirmar que el Estado Constitucional puede prescindir de los valores y la ideología lo cual nos llevaría a la conclusión de que la mentada neutralidad defendida por el constitucionalismo moderno no sería sino un artificio utilizado por conveniencia política, es decir, sería la demostración palpable de su inevitable talante ideológico (sea de izquierda o derecha).

Asumida esta premisa entonces, es posible entender porqué se generaron expectativas en torno, por ejemplo, al patriotismo de la Constitución de Habermas que se dirigía hacia el objetivo de construir una autentica cultura política liberal, pues ahora ya se reconocía que solamente a través de la cultura política se podría legitimar un sistema o un orden legal.

El esfuerzo por parte de Habermas y los demás autores liberales⁵⁸ por sintetizar los derechos cívicos con los derechos humanos sin embargo, no ha sido suficiente debido a que en todos los casos, al añadirse el concepto de liberal a sus teorías se entendía en último término que lo particular se subordinaba a lo universal (liberal) y en consecuencia, la política y la cultura se relativizaban⁵⁹. Al hacerse esto quedaba claro que todas las propuestas tenderían siempre a privilegiar lo abstracto frente a lo concreto y esto significaba que toda esta apuesta no tenía el suficiente peso axiológico para convertirse en una cultura política Constitucional.

⁵⁷ Por ejemplo si queremos hablar efectivamente de un autogobierno de comunidades tradicionales tendríamos que admitir que los derechos humanos tendrían que estar subordinados a la comunidad. Empero, desde la tesis liberal de Kymlicka esto sería sencillamente inaceptable.

Para algunas lecturas críticas de la obra de Kymlicka, ver de David Laitin, «Liberal Theory and the Nation», en *Political Theory*, Vol. 26, N° 2, abril 1998 y de Ronald Beiner, *Philosophy in a Time of Lost Spirit*, (Toronto: University of Toronto Press, 1997)

⁵⁸ Además de los autores citados en este ensayo se puede ver también como liberales que buscan la síntesis a Stephen Macedo en, *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism* (Oxford: Clarendon Press, 1990); William Galston, *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) y Amy Gutmann, *Democratic Education* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1987)

⁵⁹ Para un argumento en este sentido y en relación al relativismo que añade siempre el término liberal ver de Carl Schmitt, *El Concepto de lo Político*.