

NUEVOS DESARROLLOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO¹

Hasso HOFMANN*

Traducción Cristina HERMIDA DEL LLANO

Comenzaré con un pequeño caso para crear atmósfera.

Un estado está estremecido y descontento. Éste sufre desdicha y miseria y finalmente un gigantesco escándalo. El viejo rey debió retirarse cuanto antes; pues sus hijos, E y P, debían sucesivamente reinar. Como E no cede su turno, P conquista la ciudad con ayuda de un poder interventor extranjero, llegando al trono por la fuerza. En la batalla se matan mutuamente E y P. Ahora se coloca como heredero del trono —esto es indiscutible— un tío de ambos. Este nuevo rey —nos referiremos a él con la letra K— debe implantar de nuevo el orden y la estabilidad de las circunstancias, pero antes de nada ha de preocuparse del sepelio de los muertos. Así, el defensor de la patria, da sepultura a E de forma solemne. El cadáver del traidor de la patria, P, en cambio, no podrá ser inhumado según su orden.

Debe servir de bazofia para los pájaros. Esto resulta extraordinariamente duro. Pues con esto, según la tradición del país, se le prohíbe al alma del muerto la entrada en el reino de los difuntos. Contra ello se rebela una hermana del muerto —la denominaremos con la letra A—. Ella entierra a P, así lo confiesa, pero por esta hazaña será condenada a muerte por K. ¿Con razón?

¹ Conferencia dictada ante la Asociación de Juristas de Berlín. Efectuada el 13 de diciembre de 1995, publicada en la Colección de Escritos de la Asociación de Juristas de Berlín. Cuaderno N° 145, Walter de Greyter Berlín, New York, 1996.

* Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid.

Pues bien, todos ustedes conocen *Antígona*, la gran tragedia de Sófocles creada hace 2400 años. Y ustedes saben, cómo se acostumbra a contestar la pregunta hecha, por regla general: fue la sentencia de Creón un acto de tiranía contra la sublevación de la conciencia. De este modo, resulta apropiada esta historia como ejemplo quizás del pensamiento del 20 de julio. Con mucho gusto, en este sentido, citaré aquellos versos en los que Antígona desconsolada— por la furiosa pregunta de Creón ¿Y osas violar mi ley? contesta

“El que esto promulga, no fue sino Zeus,
también Dike, consejero de los dioses de los difuntos
Jamás dió semejante ley a los hombres. Tan grande

A mí no me pareció tu orden, el mortal, que él los mandamientos divinos no escritos.

Invariables, pudo superar.
Ellos no descienden de hoy o de ayer,
Ellos viven siempre, nadie sabe, desde cuándo.
Hacia ellos no quise, porque mi orgullo personal.
Me asusta, presentarme culpable ante los dioses”.

Pero ya Aristóteles quiso interpretar este texto en el sentido de demostrar la oposición entre el derecho positivo y el derecho natural: tan fácil no es la cuestión. La verdadera complejidad del tema no hay nadie que de forma tan impresionante la haya sintetizado como Hegel. Él siempre vuelve de nuevo a éste —como él dice— “ejemplo absoluto de Tragedia.”³ Según Hegel, no sólo Antígona, sino también

² En la traducción de *W. Kuchenmüller*, Reclam-edición, 1995.

³ HEGEL, G. W. F. , *Vorlesungen über die Philosophie der Religion*, en *Obras. stw*, Tomo 17, P.133. A continuación de *Grundlinien der Philosophie des Rechst*, parágrafo 166, *ibid.* tomo 7, p. 319; *Vorlesungen über die Ästhetik*, *ibid.*, tomo 14, p. 60, y tomo 15, pp. 549-550.

Creón representa un poder moral. En efecto, éste aunque más tarde se pierde en la obstinación, no actúa desde un principio como un tirano. Más bien, tiene en un primer momento razones comprensibles: después de las insólitas conmociones, la situación debe aclararse y estabilizarse, la autoridad del dominio del rey debe estar asentada y a los súbditos había que transmitirles de nuevo una orientación segura. Por otra parte, a Antígona no le respaldaba totalmente en su posición el derecho divino. Ella se dirigió en sus plegarias a los dioses bajos, los dioses de los difuntos, no a los del Olimpo. Y esto es precisamente el trasfondo de la tragedia, que las dos figuras actúan cada una dentro de su propio contexto, lo que les justificaría en cierta medida. Junto a Creón están las connotaciones: virilidad, hazaña, Estado, soberanía, jerarquía, ley, claridad, certeza, apertura y día; junto a Antígona, femineidad, ser y sentir, familia, fraternidad, costumbre, servicio, culto, salvación, tierra, reino de los muertos y oscuridad. A la mujer, ante todo, éste le incumbe: hay que ejercer el culto a los muertos y hacer volver a los muertos al seno de la tierra. Según la filosofía familiar de Hegel, inspirada en Sófocles, este deber de la hermana frente al hermano es, después de la pérdida de los padres, "por el equilibrio de la sangre y la relación desinteresada de concupiscencia", para la hermana, "irreparable".⁴

En este momento de la conferencia podría quizás de improviso tomar un inesperado giro hacia el indudablemente más nuevo entre los nuevos desarrollos, es decir, hacia la teoría del derecho feminista, la cual debe recibir su hogar en la Universidad Humboldt. Pero, ¡no tengan miedo!, no es la teoría del derecho feminista a la que me refiero en mi introducción. Ésta debe, por un lado, concienciarnos de que la filosofía del derecho es más vieja que la ciencia del derecho, más vieja que la jurisprudencia romana y, sobre todo, mucho más vieja que nuestra ciencia del derecho, la cual ha evolucionado desde hace aproximadamente, novecientos años desde Bolonia y que en una primera revolución europea se metió como una fuerza espiritual relativamente independiente, moderando entre la Iglesia y el Reino, entre la política y la religión.⁵ Semejantes dimensiones de tiempo relativizan el predicado de lo nuevo. Esto, por un lado. Por otro lado, tenía interés en

⁴ Phänomenologie des Geistes, en *Obras*, stw, tomo 3, p. 338.

⁵ Sirva de referencia, HOFMANN, H., *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats*, en: *El Estado*, núm. 4, 1995, pp. 7 y ss.

resumir de forma lo más concreta y comprensible posible el horizonte de la filosofía del derecho dentro del cual yo hice mi elección por las nuevas cuestiones. Por eso, no esperen, por favor, ningún *excursus* sobre la teoría normativa, la lógica deontológica, la informática jurídica o la teoría de la argumentación jurídica —aunque habría mucho nuevo e interesante que contar sobre ello—. En vez de esto, aquí se va a echar un vistazo en cuatro capítulos sobre la teoría analítica del Derecho, sobre un nuevo dogma de principios, además de sobre el denominado neo-contractualismo y, por fin, sobre la teoría discursiva del Derecho.

En la temprana época moderna la Filosofía del Derecho y del Estado estuvo más a favor de Creón que de Antígona. Los seres humanos se habían provocado a sí mismos demasiadas penas indescriptibles ya en esta época debido a la ejecución de los supuestos mandatarios divinos. Así en el comienzo de los nuevos desarrollos se sitúa la construcción teórica de un omnipotente poder de la paz: el célebre —temido *Leviathan* de Thomas Hobbes de la época de las guerras civiles inglesas.⁶ Pero la seguridad, frente a los contemporáneos por el precio de un poder estatal sin límite, ya en esta época no parecía muy deseable. Por eso, el *Leviathan* de Hobbes puede servir perfectamente hoy, al igual que anteriormente, para presentar a la Filosofía del Derecho como tenebrosa. El significado histórico de esta construcción se encuentra, sin embargo, en otro nivel, y éste es, sobre todo el de la aceptación del ideal científico de las ciencias naturales que en su tiempo fue revolucionario, y de su correspondiente método que consiste en la disección de todos los fenómenos en sus partes más pequeñas para la reconstrucción posterior según las leyes. El segundo paso trascendental era la concepción de la unidad política, ya no sobre la base de un supuesto orden armónico de la sociedad, en el cual todos tienen su sitio por naturaleza, sino sobre la base de un modelo social de competencia y conflicto. En tercer lugar, el *Leviathan* de Hobbes entiende el Derecho de un modo igualmente revolucionario para su época, ya no como un acuerdo entre los grandes del reino, sino como un orden de la autoridad más alta de la tierra en su tiempo.

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviathan or the matter, form and power of a commonwealtch ecclesiastical and civil*, London 1651; Versión en latín. Amsterdam 1668; traducción al alemán de W. Euchner, cuarta edición. 1991.

Este es el punto de partida de John Austin, fundador de la "Jurisprudencia Analítica" inglesa, para su "Filosofía del Derecho Positivo" publicada después de su muerte en 1863.⁷ Apoyándose en Hobbes, él definió el Derecho distinguiéndolo rígidamente de todas las normas morales "como el paradigma de las órdenes dirigidas por un soberano a sus subordinados". Con esta denominada Teoría Imperativista (*Imperativentheorie*) Austin fundó la versión lógica o lingüístico-analítica del positivismo jurídico que, sobre todo, en el ámbito anglo-americano, goza hasta hoy de influencia. Bajo el nombre del "realismo jurídico" ("*Rechtsrealismus*") se añadieron más tarde en Escandinavia y en los Estados Unidos variantes sociológicas y psicológicas.⁸ Lo común de todas las ramas es que entienden el derecho escrito y no escrito como una parte ("positivada") de la realidad social y solamente lo entienden, en esta medida, como objeto de análisis científico. Especialmente, la Teoría del Derecho Analítica entiende un determinado Derecho como un sistema de significados de conceptos lingüísticos en el contexto de la realidad social. Por el análisis de los conceptos fundamentales o, más aún, por el análisis de su verdadero uso en la realidad de la vida deben clarificarse los propios fenómenos sociales. En este sentido, la obra nueva más importante de la teoría analítica lleva en un sentido programático el título de *The Concept of Law*. El concepto de derecho.

Esta obra del jurista y filósofo Herbert Lionel A. Hart (1907-1992), cuya publicación en inglés fue en 1961 y en alemán en 1973, no explica ni define el concepto de Derecho sino que describe el concepto como, de hecho, se usa comúnmente en el lenguaje coloquial, pasando después a analizar los presupuestos tácitos de dicho lenguaje. Sin embargo, Hart llega por este camino a una crítica enérgica de la Teoría Imperativista (*Imperativentheorie*) de su maestro Austin (p.34. ss). Efectivamente habría que confirmar, por ejemplo, que las normas de competencia y procedimiento de nuestra Constitución difícilmente se pueden entender como órdenes; que la Teoría Imperativista (*Imperativentheorie*) no está en condiciones de justificar la vinculación de los

⁷ AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5ª ed., de R. Campell, 2 tomos, reimpresión London 1929/31, pp. 88 y ss. Además, W. Löwenhaupt *Politischer Utilitarismus und bürgerliches Rechtsdenken*, 1972.

⁸ Vid. BJARUP, J. *Skandinavischer Realismus*, en *Jus nüm.* 19, 1979, pp. 349 y ss; además de las contribuciones correspondientes de E. Kamenka entre otros (editores), *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Recht.*, *Rechtstheorie Beiheft nüm.* 9, 1986, pp. 243 y ss.

legisladores a sus propias leyes; y que las visiones del soberano en funciones no caben bien en la democracia parlamentaria de una sociedad abierta y pluralista. Frente a esto, Hart opina que en la realidad social se entiende el Derecho como una *regla*. Esta tesis aparentemente fácil encuentra su riqueza en dos pasos.

Primero, se analiza la diferencia de significado entre la obligación interna o coacción (*being obliged*: “deber de hacer algo”) y la obligación objetiva (*having an obligation*) (p. 119 y ss). El primer núcleo de la teoría gira en torno a la tesis de que la declaración de que alguien tiene una obligación extrae su sentido a partir de una regla social que define cierto comportamiento como estándar, pero que el sentido de esta declaración es totalmente ajena al hecho de si el obligado se siente internamente coaccionado —sea por una amenaza externa o por la orden interna de una moral individual—. En efecto, para la existencia de lo que llamamos una obligación jurídica no importa si el obligado la acepta ni tampoco si la conoce. Según Hart, las reglas sociales que son capaces de crear una obligación tienen cuatro características:

Presión de la conformidad social seria para su observancia;

Convicción de la importancia (en la vida) social de la regla;

Posibilidad reconocida, incluso probabilidad, de contradicción con los deseos e intereses individuales, es decir, presuposición de renuncia y sacrificio.

Este punto es algo más complicado. Para poder hablar del sentido normativo, es decir, del sentido obligatorio de un regla, uno de los miembros del grupo debe tener al menos una postura crítica reflejada frente a las costumbres sociales respectivas. Con esto, se refiere a la aceptación conciente y a la afirmación de un comportamiento según el estándar vinculante cuyo cumplimiento debe estar vigilado escrupulosamente y cuyo incumplimiento debe evitarse.

A continuación, Hart distingue en el paso siguiente dos tipos de reglas (pp. 115 y ss, 131 y ss). Esta distinción implica el surgimiento inevitable de un sistema jurídico a partir de la moralidad objetiva tradicional de una sociedad. Cada una de estas reglas de comportamiento usuales sufre cierta falta de determinación, de rigidez y también de inseguridad, provocadas por una difusa presión de conformidad social.

Una solución para esto es la introducción de “reglas de reconocimiento” para la determinación segura del estándar de comportamiento vinculante; de “reglas de cambio” (es decir: normas que confieren potestades a los funcionarios y a los particulares para flexibilizar aquellos estándares); y de “reglas de adjudicación”, las cuales centralizan y formalizan las sanciones sociales. La combinación de estos dos tipos de reglas referidas constituye según Hart “el corazón de cualquier sistema jurídico” y la “llave” de la Ciencia Jurídica. De este modo, enfrentándose a todas las teorías del consenso y del reconocimiento individualista Hart deduce su concepto del Derecho de la moral existente en una sociedad de una forma genética y funcional, es decir, de la tarea de organizar la supervivencia del grupo. Por eso, se le permite —a pesar de su rechazo analítico-crítico de la tradición del *ius naturalismo* clásico y su separación positivista del Derecho y la Moral— determinar algo como un contenido mínimo “ius naturalista” en todas las órdenes jurídicas (pp. 131 y ss, 231 y ss, 266 y ss). De ahí se deduce que todas ellas sean en su núcleo órdenes de emergencia para la supervivencia. El autor observa que de hechos tan simples como “la fragilidad humana”, “la igualdad aproximativa” del ser humano, su “altruismo limitado”, la “limitación de recursos para su alimentación y por fin sus “debilidades morales”, se extraen inevitablemente reglas sobre la protección de la persona, sobre un mínimo de propiedad institucionalizada, sobre contratos y otras formas de cooperación laboral así como sobre sanciones coercitivas.

La originalidad de esta teoría se cifra en el intento de fundamentar las obligaciones jurídicas o la obligatoriedad por la propia razón de ser del sistema, es decir, apoyándose, a fin de cuentas, en las normas constitucionales como los criterios jurídicos vigentes más altos — sin llegar (como Kelsen en su “Teoría pura del derecho”) a una hipótesis normativa o una ficción sobre la vigencia de la Constitución,⁹ y sin caer en el error lógico de deducir el deber ser del ser. Las razones principales de ésta tarea son:

- La distinción lingüístico-analítica de la obligación externa y de la coacción interna,

⁹ Cfr. KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. 1960, pp. 196 y ss. Del mismo autor, *Allgemeine y theorie der normen*. Por Herencia p, editado por RINGHOFER K. y WALTER, R. 1979, pp. 203 y ss.

- La reducción del momento del reconocimiento interno de las reglas vigentes, que aparentemente en cierto modo es necesario como normas jurídicas obligatorias de una manera representativa: subjetivamente a los funcionarios del sistema y objetivamente a las reglas secundarias; mientras que debe bastar respecto a las reglas (de comportamiento) primarias que sean respetadas a *grosso modo*.

Una modificación de la separación del derecho y la moral característica de todas las formas de positivismo.

Ya Austin había calificado de rudo disparate (*stark sense*) la opinión de que las leyes humanas que contradicen los principios fundamentales de la moral dejan de ser leyes.¹⁰ Según Austin, Creón tenía, sin duda alguna, razón. A diferencia de la mayoría de los positivistas Hart opera con la “Tesis de separación”, pero no en el sentido de una simple oposición entre, por un lado, aquellas normas jurídicas que han sido establecidas por un determinado procedimiento formal (y social vigente), y, por otro lado, aquellas normas, reglas y principios de una sociedad que no han sido establecidas de la misma manera y que por eso presumiblemente son, en el plano de la teoría del derecho, completamente irrelevantes. Aún más, él separaba el derecho de todas las condiciones subjetivas diversas del bien y de lo recto, pero, por otro lado, entiende el Derecho positivo como una mera categoría especial o subcategoría de las regularidades de comportamiento objetivas que en una sociedad están colectivamente vigentes.

Su versión de la separación del Derecho y la Moral, de hecho a conducido a Hart a hacer una crítica severa de la llamada fórmula de Radbruch, la cual ha celebrado su resurgimiento recientemente por un motivo, por cierto, nada alegre.¹¹ Sirva como recordatorio un artículo sobre “la injusticia legal y el derecho suprallegal” (“*Gsetzliches unrecht und übergesetzliches recht*”) del año 1946, en el que el venera-

¹⁰ AUSTIN (n. 6) t. I, p. 215.

¹¹ Es decir, a raíz de la condena de los llamados tiradores del muro por el BGH desde las sentencias de 3.11.1992 y de 25.3.1993 (BGHSt 39,1/15-16; 168/183-184). Frente a una amplia franja de críticos, el tribunal ha tratado recientemente de justificar el uso que hace de la fórmula de Radbruch y con ésto su jurisprudencia contraria a la prohibición de la retroactividad del artículo 103 apartado 2 de la Ley fundamental de Bonn: BGH sentencia de 20.3.1995, NJW 1995, pp. 2730 y ss.

ble Gustav Radbruch, penalista y filósofo del Derecho, ha defendido la siguiente tesis:¹²

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería resolverse de tal modo que el Derecho positivo fundamentado por el reglamento y el poder tiene también primacía, incluso cuando su contenido es injusto e inoportuno, salvo que la contradicción entre la ley positiva y la justicia se haga tan insostenible que la ley tenga que ceder como “derecho incorrecto” ante la justicia. (...) Donde ni se aspira a la justicia, donde la igualdad que forma el núcleo de la justicia ha sido negada conscientemente en el momento de establecer el Derecho positivo, ahí la ley no es solamente “Derecho incorrecto” sino aún más le falta por completo la naturaleza jurídica.

Hart relaciona ésta “fórmula de Radbruch”, de hecho acertadamente, con un fallo del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Bamberg de 1949 sobre un caso especialmente grave de denuncia bajo el régimen del nacionalsocialismo.¹³ Una mujer que quería deshacerse de su marido le denunció por observaciones despectivas sobre Hitler, el hombre fue condenado a muerte, aunque no ejecutado, sino enviado al frente. El Tribunal Superior de Justicia condenó a la mujer por privación de la libertad, la cual había sido realizada mediante autoridad mediata por los jueces nacionalsocialistas. Hart critica que tales fallas junto con su justificación por Radbruch provocan la apariencia de que todos nuestros valores podrían insertarse en un único sistema sin distorsión. Existirían casos, “en los cuales la vida nos obliga elegir el mal menor entre dos males” y que habría que “agarrar como ortigas” con plena conciencia.¹⁴ Hart ofrece para el caso referido tres posibilidades de elección entre los dos males:

- Absolver a la mujer, con el fin de tener en cuenta el Derecho positivo y sacrificar los principios morales;
- Condenar a la mujer sobre la base de una legislación penal retroactiva, es decir, realizar las exigencias de la moral y abandonar el principio que prohíbe la retroactividad del estado de Derecho;

¹² Citado según la edición completa de *Radbruchs Schriften*, editado por Kaufmann, t. III, 1990, p. 89.

¹³ *SJZ* 1950, 207.

¹⁴ HART, H.L.A., *Positivism and the separation of law and morals* en *Harvard Law Review* No. 71, 1958, pp. 593 y ss., trad. alemana de N. Hoerster en: H.L.A. Hart *recht und moral*, 1971, p. 44.

- Ignorar el dilema y sacrificar la rectitud.

Hart aprueba el punto de vista de que hay que negar la vinculación moral a las leyes infames, —pero solamente esto—. Ciertamente opta por una sociedad que sea lo suficientemente fuerte como para dejar la aplicación o el uso de tales leyes sin pena, y al mismo tiempo sean condenadas como una falta moral, lo cual significa: que no hay que malentender aquella sentencia fatal de que “la ley es la ley” como una especie de justificación moral, ni tampoco dejar que se abuse de éste modo.

La debilidad propia de la teoría del derecho analítica radica en que se deja sola a la persona que ha de tomar decisiones jurídicas en todos los casos jurídicos dudosos, porque por su ideal científico se prohíben estrictamente las evaluaciones inevitables al considerarse algo presuntamente subjetivo. Se dice que las reglas jurídicas positivas no ofrecen más que éste o aquel marco de decisión; el resto corre a cargo de la discreción del juez. Aquí empieza el alumno más importante de Hart con su crítica. Se habla de Ronald Dworkin (1931), catedrático en Harvard, y en su libro —por desgracia, compuesto un poco fragmentariamente por varios tratados— *Taking Rights Seriously* (1978); desde 1984 está también a nuestro alcance bajo el título *Los derechos en serio* (“Bürgerrechte ernstgenommen”)¹⁵

El punto central de Dworkin es la situación de la justicia en nuestro sistema bajo la prohibición de la negación del derecho: El juez debe decidir cada caso litigioso —en tanto se le ha presentado según el procedimiento— incluso cuando el Derecho positivo aplicable es confuso, inadecuado, hasta ser contradictorio o defectuoso. Se le pide también en esta situación un acto de jurisdicción, es decir, no se le permite una decisión arbitraria, ni tampoco un fallo de oportunidad que únicamente sea a favor de los intereses públicos.

¹⁵ Las citas que a continuación siguen en el texto se refieren a la edición alemana. Una elaboración, más rígida de la Teoría de la coherencia según *legal reasoning is an exercise in constructive interpretation, that our law consists in the best justification of our legal practices as a whole, that it consists in the narrative story that makes of these practices the best they can be* ha presentado DWORKIN en su libro *Law's Empire* 1986 (Harvard University Press, Cambridge/Mass). Citado ahí en la p. VII.

La solución de Dworkin es la siguiente: el juez debe presuponer que se debe encontrar para cada caso una respuesta jurídica, debe perseguir la realización de éste postulado argumentativamente con un esfuerzo casi suprahumano en un tiempo limitado. Para ésta única respuesta jurídica correcta, el modelo del juez hércules, como Dworkin lo llama no sin razón, tiene que recurrir, bajo la consideración máxima de todos los preceptos jurídicos más allá de las reglas jurídicas positivas, a los principios jurídicos orientados en la evaluación como principios principales de reparto de derechos y obligaciones, y así mismo, continuar desarrollando éstos, teniendo en cuenta las medidas de valoración fundamentales de la comunidad dentro del contexto de todas las reglas jurídicas, procedimientos y doctrinas aceptadas. Resumidamente: en casos jurídicos difíciles es decisiva "la moral política (...) presupuesto de las leyes y de las instituciones de la comunidad". (p. 215). Con otras palabras se trata del traslado, controlado por el criterio de la coherencia, del *ethos* social y de la moral social objetiva en el contexto de la Constitución y el Derecho, reformulado según la teoría del derecho, esto significa que cada ordenamiento jurídico existente no consiste sólo de reglas, que al caso concreto son o no aplicables, sino también de fundamentos y principios que en el caso concreto pueden ser más o menos eficaces, es decir, que hay que optimizar, según Dworkin, aquellos principios tampoco pueden identificarse como válidos, según "las reglas del reconocimiento", en el sentido de Hart, sino que deben estar alimentados por la Filosofía del derecho, atendiendo su origen "moral" y a su propia condición (p. 247).

Naturalmente, esto tiene mucho que ver con el Derecho anglosajón por casos y con la consiguiente posición excepcional del juez, además de con la cultura argumentativa de litigio americana, así como con el atraso existente ahí, tanto de la dogmática, como de las sentencias fundamentales, teniendo en cuenta la jurisprudencia de los derechos fundamentales, no solamente del Tribunal Constitucional del Estado, sino también de los Tribunales Especiales durante varios decenios, resulta poco probable que pudieran armarse "bulla" en Alemania con el título programático de Dworkin "Los derechos en serie". Sin embargo la teoría de Dworkin es también importante para los sistemas de codificación continental europeos, aunque aquí ya tienen cierto contrapeso debido a la movilización y dinamización metodológica y teórico-jurídica del pensamiento sistémico desde Walter Wilburg con "el desarrollo de un sistema móvil en el Derecho civil"

(1951) y desde Josef Esser con “el principio y norma en el perfeccionamiento jurídico judicial del Derecho privado” (1956-1990). En este sentido, los trabajos de uno de los discípulos de Wilburg, el privatista y teórico del derecho vienés, Franz Bydlinski (nacido en 1931), merecen ser destacados hoy.¹⁶ Se debería, piensa él, “corregir una extraña inversión, que debida al positivismo jurídico se ha producido en la relación entre Estado y sociedad, para así caer en la cuenta del hecho de que el Estado (...) solamente es una determinada organización de la sociedad, siendo así aquél una parte de ésta.

De este modo, se comprende fácilmente “que también su producción normativa sólo sea una parte del orden normativo vigente en el conjunto de la sociedad, por lo que entender aquélla como exclusivamente relevante o, en todo caso, prevalente, no se justifica o no se puede vislumbrar”. Aún más, también hay que integrar “las máximas fundamentales ético-jurídicas”. En la práctica, en la resolución de un caso concreto el recurso a la ética jurídica conduce, no pocas veces, a la necesidad de una ponderación de los principios opuestos entre sí: cuanto mayor es la gravedad del incumplimiento o del perjuicio de un principio en conflicto, más alta debe ser la importancia del cumplimiento del otro. Bydlinski ha integrado estas ideas en la teoría del “sistema móvil”. Su tesis fundamental es que la decisión de una consecuencia jurídica en un litigio está mejor argumentada y justifica una importancia superior cuantos más argumentos tiene a su favor y menos argumentos tiene en contra. En contraste con la vieja tradición de la jurisprudencia tópica, renovada por Theodor Viehweg,¹⁷ esta teoría aunque sigue estando orientada hacia el sistema de reglas de un ordenamiento jurídico codificado, sin embargo, incluye en el marco de la construcción estructural según cada caso todos los precedentes, consideraciones equitativas, legalidades objetivas, valoraciones de consecuencias, cuestiones de seguridad jurídica y de practicabilidad, y, eventualmente, como en el derecho técnico, también una construcción de normas sociales. En este contexto el recurso de manera automática a los principios ético-jurídicos resulta más bien poco usual. El recurso

¹⁶ BYDLINSKI, F. *Juristische methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, 2ª ed., 1991, del mismo autor también *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988. La cita siguiente en el texto está tomada del breve resumen de Bydlinski: *Recht, methode und jurisprudenz*, 1987, p. 29

¹⁷ VIEHWEG, TH. *Topic und jurisprudenz*, 1ª ed., de 1954, 4ª ed., de 1969.

ético-jurídico más frecuentemente etiqueta determinadas reglas existentes como una “valoración básica”¹⁸ positiva y conduce a la generalización de estas, con lo que consigue una eficacia mediata. Como programa de trabajo científico jurídico el sistema móvil no está dirigido a la personalidad de hércules y divino, en el sentido de Dworkin, de una manera tan espectacular, sino tan sólo, en la teoría y la práctica al gremio de los dogmáticos jurídicos.

En contraste con la teoría del Sistema Móvil desarrollada en el Derecho civil la doctrina de principios de Dworkin tiene una posibilidad de ataque en la medida en que limita mucho su concepto de principio a los derechos subjetivos fundamentales del individuo exigidos por la idea de igualdad. Ello lo rebela ya que el propio título de su libro, “Argumentos de principios”, donde Dworkin dice, “son argumentos, que deben crear un derecho individual” (p. 158); su núcleo consiste en “que el individuo tiene derecho a que se le proteja frente a la mayoría incluso a costa del interés general” (p. 247): representan “un triunfo frente a la justificación general utilitarista” de decisiones políticas (p. 582) no por casualidad la doctrina de Dworkin ha sido acogida en Alemania en 1986 por parte de Robert Alexy en una “Teoría de los derechos fundamentales”. Se le impone a uno la cuestión de como se puede seguir manteniendo una filosofía del Derecho tan decididamente liberal allí donde se trata —por ejemplo, en la protección del medio ambiente— de intereses comunes existenciales y no sólo de “maximizaciones utilitaristas de gustos” (de la mayoría) (p. 581).

Con esto llegamos a una dificultad principal de toda las filosofías modernas del derecho y del Estado: ¿no necesita una comunidad, que se basa en la autonomía individual, a fin de cuentas, ¿y, de dónde podría provenir algo semejante? Hobbes quiso resolver éste problema a través de la omnipotencia del *Leviathán*. En el “Contrato Social” del genial Rousseau el punto crítico esta marcado por su doctrina de la precisa “religión del ciudadano”. Aquí llama la atención un problema, que se nos muestra visible, siempre de nuevo rebrotando en la discusión de valores básicos, en la (desde luego efímera) discusión de los deberes fundamentales y recientemente en las disputas sobre la

¹⁸ SCHILDER, B. *Gesetzgebung und Bewegliches System end: das Bewegliches System im Geltenden und Künftigen Recht*, editado por F. Bydliński y otros, 1986, pp 287 y ss.

necesidad de una conciencia nacional. En los Estados Unidos hubo en los últimos años una reacción de la teoría política. Allí los llamados comunitaristas —Michael Sandel, Charles Taylor, Alasdair Mac-Intyre, Michael Walzer, criticando decididamente el liberalismo político intentaron de nuevo entender la comunidad, de una forma en cierto modo aristotélica, desde el conjunto en vez desde lo individual.¹⁹ Lo cual significaba especialmente una negativa respecto de la separación individualista entre el bien y lo correcto., Ello se debe a que ésta separación dejaba la elección del bien a cada individuo y reducía la cuestión de la justicia a la reglamentación-marco correcta.

El padre de la filosofía liberal del Derecho y del Estado, el fundador de la Teoría del Estado Constitucional —John Locke— no tuvo estas dudas.²⁰ El contó con la fuerza vinculante de la cooperación económica, la justicia inmanente del mercado y el crecimiento del bienestar común a través de la maximación del beneficio individual. Pero si se pierde la confianza en la justicia automática del mercado, se le impone a uno —como un aspecto de aquel problema general— una cuestión que en la teoría ha sido ignorada durante siglos: la de la justicia social. A diferencia de la Antigüedad y de la Edad Media, el concepto central del sistema implantado, desde Hobbes pasando por Locke y Rousseau hasta el idealismo alemán incluyendo al renegado Marx, no ha sido la justicia sino la libertad. Pero en el Estado Social esto cambia. A la vista de este trasfondo debe causar sensación una Filosofía del Derecho, que finalmente se pregunte por la cuestión de la justicia dentro de un orden político liberal.

En esta tercera parte, se habla por eso de la Teoría de la Justicia de John Rawls. Esta obra del filósofo de Harvard *A Theory of Justice* de 1971, que también ha sido publicada desde 1979 en cinco ediciones alemanas, ha encontrado un eco extraordinariamente amplio y fuerte.²¹ De hecho, una buena parte de su atractivo proviene del marco teórico de la vieja Europa en el cual se presenta la nueva doctrina de la jus-

¹⁹ Vid. KERSTING, W. *Liberalismus Kommunitarismus, republikanismus*, en: *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, editado por K. O. Apel y M. Kettner., 1992, pp.127 ss., A. Honneth (editor) *Kommunitarismus*, 1993.

²⁰ Vid. LOCKE, J., *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, editado por W. Euchner 4ª edición, 1989, Libro I. Características especiales aproximadamente en el párrafo 41.

²¹ Cfr. Por ejemplo, O. Höffe (editor), *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*, 1977.

ticia. El mismo Rawls (nacido en 1921) pretende con su obra "generalizar la teoría tradicional del contrato social de Locke, Rousseau y Kant, así como llevarla a un grado de abstracción mayor."²² Con estos clásicos (pero libre del problema central de la legitimación de la soberanía) el autor busca un "punto arquimédico", desde el cual se pueda diseñar un orden universal de convivencia humana. Aquí se demuestra de nuevo que la suposición (buenos en el sentido histórico que en el sentido lógico) de un estado natural u original primitivo tiene una importancia mucho más alta que la idea de la creación de la base a través de la propia conclusión del contrato, por lo cual toda esta orientación ha recibido la denominación de neo-contractualismo. Puesto que todo depende de la definición de la posición originaria, de la situación de la elección constitucional como punto de partida de toda la construcción (*original position*), la determinación más exacta del problema a resolver implica la fijación de las condiciones de su solución. Por eso, Rawls denomina también a su teoría una "teoría de la justicia como entidad", porque él desarrolla los principios de justicia desde una "correcta posición originaria" (pp. 28 y ss.). Según esto tenemos que imaginarnos pues, "que aquellos, que quieren unirse para una colaboración social, eligen en un acto común los principios según los cuales se determinan los derechos y deberes fundamentales y el reparto de los bienes sociales. Los seres humanos deben decidir previamente cómo quieren reglamentar sus pretensiones mutuas y qué aspecto debe tener el documento de la fundación". Ahora bien no resulta suficiente entenderlo "previamente" solamente en el sentido negativo como la ausencia de cualquier ventaja ya existente; porque en este caso no se sabría quién podría tomar qué decisiones, sobre qué, según qué criterios y cómo en realidad se podría realizar un acuerdo. Por consiguiente Rawls sigue sus reflexiones con unas primeras determinaciones materiales: "La decisión, que las personas *razonables* tomarían en una situación teórica de *libertad y de igualdad* determina los principios de justicia". Sin embargo, esta razón aquí postulada se refiere no a cualquier conocimiento de principios innatos, sino a la racionalidad económica cautelosa de los intereses individuales de los observadores egoístas. Junto con la presuposición de igual libertad de todos, ello llega a ser la premisa de los individuos autónomos, quie-

²² RAWLS, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, traducción de H. Vetter, 5ª edición de 1990, pp. 12, 27-28

nes, sin perjuicio de sus divergencias, quieren la colaboración social porque ella es ventajosa y quienes deciden sobre el orden fundamental precisamente según este criterio de racionalidad. Para excluir posibles distorsiones en la elección de los principios adecuados que pudieran darse, por ejemplo debido a la envidia, y para evitar la limitación a principios que son estrictamente igualitarios y que niegan desde el primer momento la existencia de desigualdades sociales, a continuación, Rawls presupone que los individuos, uno a uno, persiguen solamente su propio beneficio y que son desinteresados. Sin embargo, estas presuposiciones no son suficientes para neutralizar las diferencias entre los intereses individuales, en la medida en que el acuerdo unánime sea posible y se excluyan las soluciones no equitativas desde el principio. Por ello Rawls postula con la ayuda de una teoría de lo bueno, que la elección se dirige primeramente hacia los llamados bienes primarios o de fondo (*primary goods*), “de los cuales se supone que cualquier persona los quiere tener se supone que hay distintas cosas, de las cuales a uno le gustaría tener más que menos. Quien tiene más de ellos puede contar en general con más éxito en la realización de sus intenciones, sin importar de qué tipo sean. Las formas más importantes de los bienes fundamentales sociales son los derechos, libertades y oportunidades así como los ingresos y las capacidades” (p. 112). Se trata de bienes “sociales” porque dependen de las reglas fundamentales de la Constitución de una sociedad. De esta manera, se deshace del problema de la comparación de las ventajas individualmente muy distintas aspiradas con que cuentan todas las teorías, que trabajan con el criterio del beneficio común mayor y que por eso se denominan “utilitaristas”. Bajo estas condiciones, al mismo tiempo, parece posible un acuerdo unánime, según el cual el punto de partida así definido parece ser adecuado a todos los partidarios de un Estado constitucional liberal. Para garantizar principios de orden generalmente aceptables en el momento de su elección y en este sentido soluciones correctas, hay que suponer finalmente, que los “principios de justicia” se eligen gracias al “velo de ignorancia” (*veil of ignorance*), que esconde todas las características personales de los decisores (p. 159 y ss.). En efecto: Si uno tiene que elegir principios fundamentales, pero no sabe nada de sí mismo y por eso no es capaz de reconocer que principios podrían ser ventajosos para él, está necesariamente obligado a tomar su decisión según aspectos generales. Como consecuencia, incluso el racionalista más frío y egoísta tomará inevitablemente una decisión orientada al bien común y en este sentido moral.

A fin de cuentas, la definición de la posición originaria reúne todas aquellas condiciones que garantizan la elección de principios justos. Estas condiciones, decisivas según la teoría consensual, de hecho, no han sido supuestas arbitrariamente y tampoco han sido logradas a través de una construcción contractual. Aun más, se trata debidamente de una interpretación filosófica de ideas de justicia contemporáneas. El mismo Rawls puso de manifiesto que en su concepto de la posición originaria están “concentradas la totalidad de las condiciones, que, después de una reflexión adecuada, se está dispuesto a reconocer como razonables para nuestro comportamiento” (p. 637). Pero si esto es así ¿porqué no debería concentrarse la reflexión, sin hacer el rodeo contractualista, en la base de nuestras convicciones morales, presueltas en el contrato fingido?

¿Cómo, pues, se llega desde nuestra moral cotidiana a los principios filosóficos? La respuesta es la siguiente: a través de un proceso de purificación retroactivo. En primer lugar, tenemos que purificar nuestros juicios morales cotidianos de todos los prejuicios y distorsiones irrazonables y emocionales de acuerdo con criterios generales de racionalidad. De este material y especialmente de las convicciones fundamentales formales de nuestra cotidiana comprensión de la justicia, que allí se incluyen o que allí en el trasfondo aparecen, hay que deducir los principios normativos. Con su ayuda se deben finalmente poner los juicios bien ponderados de nuestra moral cotidiana —en una especie de proceso contra corriente de control y de corrección mutua, como el jurista lo conoce del Derecho planificador— en un contexto sin contradicciones (“Teoría Coherente”). La meta de la argumentación filosófica de principios morales, los cuales definen la posición originaria, se logra, según Rawls, en una situación de ajuste, en la cual, por un lado, la teoría normativa ordena y disciplina el *common sense* y al revés, la moral cotidiana acepta la teoría normativa como la explicación de sus convicciones fundamentales. Rawls denomina a este punto (p. 68 y ss.) “equilibrio reflexivo” (*reflective equilibrium*).

De allí resultan dos principios de justicia y dos reglas de prioridad (81 y ss., 104, 336 y s.). El primer principio de justicia dice:

Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas: *a)* deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada, y *b)* deben adjudicarse a funciones y posicio-

nes abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades”.

La primera regla de prioridad establece la primacía de la libertad:

Según ella se pueden —en sentido totalmente kantiano— limitar las libertades fundamentales únicamente a favor de la libertad, no a favor de algunos propósitos colectivos, si: *a)* la limitación de la libertad fortalece el sistema completo de las libertades de todos y *b)* la limitación es aceptable para el sujeto afectado.

La segunda regla de prioridad es más complicada. Ella dice, que, desde la perspectiva de los menos favorecidos, el segundo principio de justicia sobre la justificación de las desigualdades tiene preferencia tanto sobre el principio de la recompensa de la prestación como sobre de la idea utilitarista del aumento del beneficio común. Además, especialmente, la equitativa igualdad de oportunidades tiene prioridad, en favor del perjudicado, también frente al beneficio general posible de la desigualdad, de tal modo que la desigualdad de oportunidades tiene que mejorar las oportunidades del perjudicado.

En suma, este es el intento explícito de realizar teóricamente los ideales de la revolución francesa “Libertad, Igualdad, Fraternidad” (p. 126 y ss.) Frente al liberalismo, según Locke, el énfasis de iguales derechos y de la equitativa igualdad de oportunidades pone el acento aquí de forma mucho más fuerte sobre el principio de igualdad. Esto se corresponde con la elaboración teórica de la idea, en general desatendida, de la fraternidad a través de la determinación normativa del punto de vista del menos favorecido socialmente.

En retrospectiva, se demuestran entonces dos modelos fundamentales para la solución de la cuestión de cómo se puede fundamentar argumentativamente la vigencia de los principios de orden y esto no sólo de manera jurídico-formal ni tampoco solamente en el sentido de la realidad social. Una orientación apuesta por contenidos democrático-liberales determinados y confía —dicho brevemente— en la posibilidad de fundamentar filosóficamente los Derechos Humanos.²³ La

²³ A propósito de este problema, (núm. 4), pp. 25 y ss.

otra, pone el acento de manera más fuerte en criterios formales, es decir, en un procedimiento equitativo y en el consenso. Sin embargo, no se refiere con esto a alguna concordancia fáctica sino a un acuerdo racional bajo ciertas condiciones. En esta segunda línea hay aún un intento de que el procedimiento sea más consecuente. Según éste, el problema objetivo se convierte en una interminable cuestión de procedimiento tanto pura como principalmente, que se entrega a la razón comunicativa de su discurso que se renueva críticamente siempre de nuevo a partir de sus propios resultados.

Con esto, llegamos finalmente a la ética discursiva, tal y como ha sido desarrollada por Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas.²⁴

El punto de partida filosófico es la ética de Kant. Como la vida en la sociedad moderna está marcada por una multitud de juicios de valores diversos y divergentes, la Filosofía del Derecho ya no consigue etiquetar ciertos principios como normas jurídicas en cuanto a su contenido. Solamente es capaz de establecer un procedimiento de verificación y de solución como norma para todos los casos de duda y de conflicto práctico-morales. Para que este procedimiento a su vez cumpla las exigencias morales, es condición indispensable el respeto recíproco que todas las personas libres, iguales y moralmente capaces de actuar. Para este propósito, Kant ha desarrollado el imperativo categórico, que guía la selección de las máximas de actuación según los criterios de aptitud para la generalización y del respeto frente a la consideración de las personas como un fin.²⁵ Confiando en la razón práctica del individuo autónomo, Kant coloca al sujeto en una situación de plena responsabilidad: "Actúa de tal modo, que...". Frente a esto, los teóricos de sistema opinan que esta prueba de la vigencia moral según el criterio de universalidad debe entenderse como una discusión entre todas las personas potencialmente afectadas. La razón práctica normativa, es decir, la razón determinante de las acciones del individuo, se convierte así en una razón colectiva, la denominada razón "comunicativa", que por cierto, no ofrece ningunas instrucciones

²⁴ Básicamente APEL, K. O. *Transformation der Philosophie*, tomo II, 1973, pp. 155 y ss., además, KUHLMANN W. y BÖHLER D. (Hg.), *Kommunikation und Reflexion*, 1982, así, J. HABERMAS, *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*, 1983, pp. 53 y ss.

²⁵ Cfr. *Die drei Formeln des Kategorischen Imperativs im Zweiten Abschnitt der Grundlegung zu Metaphysik der Sitten*, en: Akademie-edición de la obra de Kant, tomo IV, pp. 406 y ss.

determinadas en cuanto a su contenido, pero que facilita la orientación de las pretensiones de validez, a través de un acuerdo sobre su racionalidad. Para que tal consenso sea posible hace falta cierta idealización de la situación comunicativa—no ante todas, sino contra todas las experiencias. “Una corona de idealizaciones inevitables”—de las cuales la libertad de dominación del discurso ha llegado a tener cierta celebridad como lema— “forma el fundamento contrafáctico de una praxis comunicativa fáctica, que se dirige críticamente contra sus propios resultados, que se puede *trascender* a sí misma”.²⁶ Como en el caso de Rawls, la garantía auténtica del consenso radica en las condiciones de la comunicación en que todas las personas potencialmente afectadas tienen, de igual manera, la oportunidad de una natural toma de posesión en un coloquio, en el cual se colocan recíprocamente bajo la autonomía y la veracidad, atribuyen significados idénticos a las expresiones usadas, se introducen sin reservar, demuestran la disposición de llevar a efecto las consecuencias del acuerdo de voluntades, etcétera. Esta teoría discursiva busca en este contexto escaparse, por un lado, de la “conclusión intelectualmente equivocada” del cumplimiento de ciertas reglas de uso racional sobre normas morales absolutamente validadas,²⁷ a través del postulado de la renovación infinita del discurso, y, por otro lado también de la concesión, de que tal racionalidad considerada individualmente aún no genera como “motivación débil” ninguna normatividad en el sentido de una orientación vinculante para actuar. De las teorías consensuales, contractuales, la variante de Habermas se distingue sobre todo por la consecuencia última del procedimiento, sin alguna solidificación en forma de reglas, respecto al contenido, y también por el hecho de que esta variante —la cual trata solamente de sujetos morales— no opera con un punto de partida de una igualdad de las condiciones de vida. De esto se concluye, que una norma moral es válida, si el discurso muestra que “todas las consecuencias y efectos secundarios, que resultan (previsiblemente) de una observancia *general* para la satisfacción de los intereses de cada individuo, pueden ser aceptados por todos los afectos (y ser preferidos a los efectos de todas las posibilidades alternativas de regulación conocidas)”.²⁸

²⁶ En resumen ahora HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 17 y ss, y, en especial, la p. 18.

²⁷ Vid. SEELMANN, K. *Rechtsphilosophie*, 1994, pp. 167-168.

²⁸ HABERMAS (N. 23), pp.75-76. Las citas siguientes en el texto de *Faktizität und Geltung* proceden de la 1ª edición de 1992.

Como demuestra la Filosofía del derecho de Habermas; publicada por primera vez en 1992 bajo el título "Facticidad y validez", esta ética discursiva, desde luego, no se deja traducir sin más a la teoría discursiva del derecho. Es cierto que es relativamente fácil reencontrar los ideales necesarios de las bases del coloquio ético para la práctica de la comunicación jurídica en las precondiciones normativas del Estado constitucional, es decir, en la garantía de los derechos fundamentales del individuo. Pero tendría naturalmente poco sentido descomponer la pretensión de validez de normas jurídicas en una declaración actual, apoyada por la fuerza ("facticidad"), por una parte, y la posibilidad abierta en el sentido material, temporal y procesal de argumentación discursiva ("validez"), por otra parte. Pero si no debe ocurrir esto, si se debe, con otras palabras, incluir el carácter obligatorio y decisivo del derecho en la justificación, se traslada el punto de gravedad del problema por la fuerza a los procesos de la creación y de aplicación de normas jurídicas, cada uno por sí determinado de un modo concreto. Pero ellos consisten al menos en una parte importante de procedimientos formalizados e institucionalizados, además de representativos, de negociación, compromiso y decisión. Concentrar todos ellos en una teoría ideal del discurso razonable, parece todavía más difícil, porque el proceso de comunicación fáctico todavía está dominado desgraciadamente por el poder de los distintos grupos de intereses. Al fin y al cabo, se puede tratar entonces solamente de "la reconstrucción de aquel trenzado de discursos formativos de opinión y preparativos para la decisión, en el cual el poder democrático ejercido conforme al derecho está inspirado" (p. 19). Con ello, a la categoría del derecho se le reconoce el papel central en la teoría comunicativa (p. 21). Según esto, se trata en el plano material entonces de algo conocido, es decir, sobre todo, de conjugar la Teoría sociológica y del Derecho y la Teoría de exactitud filosófica, la reconstrucción teórica discursiva del contenido normativo de los derechos fundamentales y la idea del Estado de derecho, y el modelo de la política deliberativa en el pluralismo de poderes de grupos. Brevemente: Habermas trata "partiendo de planteamientos jurídicos de razón" de demostrar "cómo se puede comprender, de una manera nueva, la vieja promesa de una organización autónoma jurídica de ciudadanos libres e iguales bajo las condiciones de sociedades complejas" (p. 22). La impresión de lo renovador, por cierto, puede resultar en cada caso individual diferente.

El mensaje, pues, no es de ninguna manera tan radical como parece. Observa que “en el marco de una política completamente secularizada, no existe o se puede mantener el Estado de derecho” (p. 13). En una sociedad totalmente laica, un sistema de decisiones jurídicamente vinculantes solamente es suficiente para el criterio de la racionalidad, si se regenera no por sí mismo, sino por la fuerza de procesos comunicativos que superan el sistema. Pero ésto es nada más que la doctrina de la soberanía del pueblo, licuada de una manera teórico-comunicativa (pp. 209 y ss., 600 y ss.). El mensaje entiende la discutida publicidad política como “la periferia que da los impulsos y *comprende* el centro político” (p. 533). En éste punto medio esta situada la legislación, legitimada por elecciones públicas y principalmente superior al ejecutivo según el principio de legalidad²⁹ que, ciertamente, no puede guiar a algunos ámbitos de desarrollo con los clásicos medios de programas condicionales legales generales (pp. 519 y ss.). Restaurar la racionalidad del sistema de decisiones jurídicamente vinculantes por la fuerza de procesos comunicativos que superan el sistema entonces, para las tres funciones del Estado, distintas formas de influencia de un público políticamente activo (pp. 529 y ss.). En el ámbito de la legislación aparece la influencia publicitaria no solamente como un factor, sino también como postulado, con la promoción simultánea de una constitucionalización de los *mass media* en el sentido de un cuarto poder: “los *mass media* deben conquistar un ámbito para actuar que los haga independientes de la influencia de las élites políticas u otras y los haga capaces de asegurar el nivel discursivo de la creación de la opinión pública, sin perjudicar la libertad comunicativa del público que toma posición “ (p. 533). No sorprende que se repita la propuesta de fijar elementos plebiscitarios en la Constitución. Primeramente, en este contexto hay que situar también el fomento, que merece el aplauso, del mantenimiento de la “función mediadora de los partidos políticos no estatalizados” (*vid.*, cita anterior). La cuestión de si la introducción de un procedimiento democrático-básico es el medio oportuno cuando se trata del nombramiento de candidatos y de la formación de la voluntad intrapartidaria, puede resultar en cierto modo dudosa, y se puede buscar el problema quizás más bien en la financiación de los partidos políticos, no tematizados

²⁹ Según su planteamiento, Habermas, p. 208 y ss. Solamente se centra en la versión de la doctrina de la separación de poderes de Rousseau y no de Montesquieu. Sobre la diferencia, *vid.* Hofmann (núm. 4), pp. 20 y ss.

por Habermas. Respecto a la administración el filósofo es cauto con razón y no se excede frente a la propuesta, ya un poco cubierta de polvo, del ensayo de participación de los afectados en las decisiones, el nombramiento Defensores del Pueblo, ni tampoco respecto al procedimiento conforme a la audiencia legal y al proceso (p. 531). Por lo que se refiere finalmente a la justicia, “la crítica legal movilizada en público del poder judicial que crea derecho debe imponer obligaciones más rígidas de motivación” (p. 533). Ahora este postulado ha sido recientemente dirigido de una manera muy impresionante hacia el Tribunal Constitucional del Estado desde una posición intelectual, de la cual hasta ahora no se había presumido una cercanía a las posiciones de Habermas.

Déjenme terminar y citar de nuevo la *Antígona* de Sófocles con la que hemos empezado. En el gran canto del coro sobre las capacidades inmensas del ser humano para el bien y el mal los viejos conjuran la desgracia futura con los versos siguientes (pp. 367 y ss):

Guardando las leyes terrenales
Y simultáneamente el derecho sagrado de los dioses
Es grande el ser humano en el Estado.