

Habermas, Facticidad y validez*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Gotinga

I.

Bajo el título “Facticidad y Validez” *Jürgen Habermas* presenta una filosofía del Estado y del Derecho sistemática, que debe entenderse como el fruto de sus aportes a esa área temática desde la primera gran publicación “La transformación estructural de la vida pública” (1962)^{NTr}. Al respecto la facticidad y validez del Derecho o más bien dicho en el Derecho plantean al menos tres problemas que son abordados en este trabajo. Según una fórmula, que fue (al menos también) utilizada por el filósofo del Derecho *Welzel* (1904-1977), en el Derecho la existencia forma parte de la esencia del Derecho; en razón de su función de protección el Derecho debe tener un poder fácticamente efectivo, si quiere ser válido, legítimo, sin que con ello se agoten los requisitos de legitimación. En tal sentido *Habermas* habla de una tensión interna entre facticidad y validez. Sin embargo, la validez del Derecho también debe dar resultado en la tensión externa con los poderes fácticos de la economía y la burocracia. Finalmente en la investigación de *Habermas* se cruzan, de distintos modos, la perspectiva empírica y normativa.

La siguiente exposición (I.) se ciñe a la estructuración en nueve capítulos de este extenso libro. Así pretende ofrecer también una ayuda para la lectura del mismo, con lo cual armoniza la intención de dar, en lo posible en muchas ocasiones, la palabra al autor *Habermas*. Se opta por este camino porque *Habermas* no facilita las cosas al lector. Esto porque utiliza el estilo expositivo que *Karl Löwith* constató en *Karl Marx* y *Max Weber*, que hace surgir la posición propia a través de la extensa exposición de y polémica con otros autores. Así la obra está repleta de referencias abiertas, semilataentes y latentes a tesis y temas de, por supuesto, la filosofía del Derecho contemporánea, pero también de la filosofía analítica y de la teoría de la ciencia, de la sociología sistémica y de la ciencia política. Para el jurista especializado resulta admirable la competencia del no-jurista *Habermas* en el Derecho constitucional y en la metodología jurídica y su elaboración teórico-jurídica, aunque seguramente se podrá discrepar sobre la selección de los autores citados. En general, mediante este procedimiento, se hace patente la

* Al mismo tiempo recensión de *J. Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats [Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso], Suhrkamp: Frankfurt 4ta ed. 1992. Originalmente publicado en: *Geschichte und Gesellschaft* 21 (1995) 140-156. - Traducción por Dr. Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M. Friburgo de Brisgovia, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

^{NTr} Hay traducción al español bajo el título “Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública”, Barcelona 1981 (G. Gili). Edición original: “Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft”, 1962.

pretensión de obtener una suma del pensamiento jurídico contemporáneo. Las dificultades resultantes para la lectura sólo se mitigan levemente mediante la artística construcción simétrica de la obra – cada capítulo contiene tres subcapítulos, cuyo objeto se anuncia en las respectivas introducciones; cada final de un capítulo contiene una transición hacia el siguiente.

En consideración a la diversidad de temas tratados incluso una exposición detallada se ve en la necesidad de efectuar una selección con tintes subjetivos. Es por ello que me he decidido por destacar las afirmaciones de contenido jurídico-político,¹ omitiendo en gran medida el análisis de otros autores efectuado por *Habermas* al respecto, y, en cambio, he debido pasar a segundo plano preguntas acerca de la fundamentación filosófica, sobre todo porque el mismo *Habermas* se remite esencialmente a sus trabajos anteriores. Espero que la reducción parcial ayude a la explicación y facilitación de una discusión crítica.

Un análisis crítico (III.) con algunas posiciones adoptadas en el libro siguen a la exposición del mismo (II.).

II.

1. En el prefacio y el primer capítulo se enuncian los temas teóricos centrales de la filosofía jurídica de *Habermas*. Mediante el concepto de la “racionalidad comunicativa” se pretende encontrar una posición que esté, más allá, por un lado, de un “normativismo iusracionalista”, que se ha visto superado, por el fracaso tanto de la filosofía de la historia normativa como de la antropología normativa y, por otro lado, del “mentís de la racionalidad en general”, especialmente en la variante del funcionalismo social-científico de impronta luhmaniana (por ej. p. 17). Bajo puntos de vista funcionales, que, por lo tanto, se incluyen, pero que se pretenden superar por el enfoque desde la teoría del discurso, se entiende que el Derecho positivo representa en la sociedad post-tradicional un complemento necesario a la moral guiada por principios (p. 21). Como guía material actúa la suposición “que bajo el distintivo de una política completamente secularizada el Estado de Derecho no se puede obtener ni mantener sin una democracia radical” (p. 13). Esto se relaciona con la concepción, que señala que la racionalidad comunicativa no es un recurso que indique a los actores qué deben hacer (p. 18), sino que “ofrece una guía [...] para la reconstrucción de aquel entrelazado de [...] discursos formadores de opinión, en el que está asentado el poder democrático ejercido de conformidad al Derecho” (p. 19).

En forma relativamente breve y con referencias a trabajos anteriores *Habermas* aborda los problemas relacionados con la garantía de corrección en los discursos prácticos. Bajo una traslación a la práctica comunicativa cotidiana de las

¹ La ventaja del criterio de selección elegido radica en destacar de manera más nítida el “impulso crítico” que O. Höffe, *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993), 70, cuestiona.

“condiciones pragmáticas inevitables”, desarrolladas por Peirce para la práctica argumentativa científica, llega a la conclusión que “en razón de la idea de la exigibilidad de pretensiones de validez criticables” los sujetos que actúan en la comunicación deben llevar a cabo ellos mismos las correspondientes idealizaciones y de ese modo efectúan “anticipaciones trascendentes” en la práctica comunicativa cotidiana (pp. 34 s.).

Esto tiene relevancia para la pregunta de cómo se puede estabilizar un orden social en sociedades modernas. En estas sociedades modernas se han perdido las garantías metasociales para el orden, tal como lo representaban en tiempos premodernos la tradición y el Derecho natural religioso y que fundían facticidad y validez (pp. 40 ss.). “Así se desplaza la carga de la integración social [...] al resultado comunicativo de actores, para los que validez y facticidad, vale decir, la fuerza vinculante de convicciones motivadas racionalmente y la coacción impuesta por sanciones externas, al menos fuera del ámbito de actuación regulados por la el hábito y la costumbre, se separaron incompatiblemente” (p. 43). Es por ello que se deben encontrar normas que, a la vez, ejerzan una coacción fáctica respecto del que actúa en forma estratégico-egoísta y que generen disposición a su acatamiento por su validez legítima, frente a lo cual la incompatibilidad de facticidad y validez no le es desconocida a los actores (pp. 44 s.). La legalidad, que se satisface con su mero acatamiento, y legitimidad, que surge de su capacidad de aprobación, se pueden entrelazar, según *Habermas*, en un “sistema de derechos, que dota las libertades subjetivas de actuación con la coacción del Derecho objetivo” (pp. 45 ss.).

En suma la significación de la facticidad del Derecho no se desplaza esencialmente respecto de la concepción inicialmente recapitulada, de que la existencia pertenecería a la esencia del Derecho por la función de protección: la barrera de comportamiento respecto del que actúa estratégicamente contiene precisamente esa función de protección mediante la estabilización del comportamiento. En cambio, es de una importancia decisiva para lo que sigue, que “las leyes coactivas deben acreditar su legitimidad con leyes libertarias en *el proceso – y solamente por el tipo de proceso – de establecimiento de la ley.*” (p. 50, destacado por el recensista). No cualquier dignidad material, sino que el proceso democrático de establecimiento del Derecho, fundamenta la aceptabilidad racional, vale decir la legitimidad de la norma establecida (p. 51).

En las sociedades modernas, las que en amplios ámbitos sólo deben permitir acciones guiadas por intereses que liberan del motivo por el que se acata la regla, la garantía estatal de la imposición del Derecho, enteramente positivado, debe asegurar la estabilización de las expectativas. Por otra parte, la pretensión de validez exige que el control esencialmente posible de las normas se lleve a cabo en un proceso de legitimación en sí mismo institucionalizado jurídicamente. La fuerza socialmente integradora del Derecho no puede fundarse solamente en decisión, sino que se es fruto de “el pacto que el positivismo del Derecho hace con la pretensión de legitimidad” (pp. 57 s.).

2. El segundo capítulo parte de la constatación, que sociedades modernas “son integradas socialmente no sólo a través de valores, normas y procesos de entendimiento, sino que también a través del sistema del mercado y del sistema de poder utilizado administrativamente” (p. 58). En tal sentido existe una tensión *externa* entre facticidad y validez (p. 52). Según ello “si bien el Derecho nutre su fuerza socialmente integradora, en último término, de las fuentes de la solidaridad social”, también el sistema económico y el sistema administrativo actúan en las formas propias del Derecho (p. 59). Eso conduce a una tensión “entre el idealismo del Derecho constitucional y el materialismo [...] de un Derecho económico, que sólo refleja la desigual repartición del poder social” (p. 60) y a que el Derecho, “en no pocas ocasiones, le otorgue al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad”.

A ello se corresponde como un “eco” el acceso empírico al Derecho (p. 60), que contraría la pretensión normativa del Derecho de controlar la economía y la burocracia, mediante una “desmistificación sociológica del Derecho” (p. 61). También acá se trata nuevamente, de no perder el contacto con la realidad social, como le ocurre al normativismo iusracionalista de las teorías filosóficas sobre la justicia, y de no capitular frente a una “realidad que se ha vuelta cínica”, como le ocurre al escepticismo jurídico que desmiente por completo la racionalidad (pp. 61,62). Al “objetivismo radical” (p. 67) de Luhmann, pero también de los estructuralistas, *Habermas* les reconoce que, junto a *Marx* – en tal sentido *Marx* es un padre intelectual de *Luhmann* –, eliminó la carga del normativismo de los teóricos contractualistas de la teoría de la sociedad, como también – en contra de *Marx* – conceptos básicos holísticos y de la historia de la filosofía (p. 65-67). Sin embargo, señala críticamente que, especialmente la sociología sistémica de *Luhmann*, no se condice, de dos maneras, con la realidad. Esta sociología no puede comprender los discursos concebidos normativamente que existen en la realidad jurídica al redefinir las normas en términos de teoría del aprendizaje como estabilización contrafáctica (pp. 68 ss.), ni puede explicar las relaciones realmente existentes entre los sistemas del Derecho, por una parte, y de la burocracia y la economía, por otra, cuando los aísla uno contra el otro bajo la bandera de la autopoiesis (pp. 70 ss). Al contrario, se entiende el lenguaje común y el Derecho (al menos también) accesible por medio del lenguaje común (cfr. p. 108) como requisitos de la “comunicación social global socialmente integradora” (pp. 77 s). Al concepto de justicia de *Rawls Habermas* le reprocha especialmente no tomar suficientemente en serio las resistencias que provienen de las instituciones y sistemas de acción, caracterizadas, a lo menos parcialmente, en forma correcta por la sociología empírica, ni haber tematizado la relación entre el Derecho positivo y la justicia política y con ello la “forma jurídica en sí”, y, a su vez, “la dimensión institucional del Derecho” (p. 88). Como resumen queda: “sin una mirada al Derecho como sistema de acción los conceptos filosóficos permanecen vacíos [...] [sin la] mirada a [...] [el] sentido de la dimensión simbólica [...] la mirada sociológica corre el riesgo de permanecer ciega” (p. 90).

Habermas encuentra una perspectiva comparable en la sociología jurídica comprensiva, que no quiere renunciar a la comprensión de las representaciones de los actores en acción, especialmente también de las representaciones sobre la legitimidad del Derecho y de los órdenes de poder como elementos necesarios en el análisis sociológico (pp. 92 ss.). En tal medida también se debe deducir el contenido normativo del Derecho y de las razones de la legitimidad; en el caso de *Weber*, sin embargo, esto representa, en el marco de una sociología empírica, sólo un estadio transitorio del “análisis causal”, porque el “sentido entendido subjetivamente” representa un factor del suceso real, mientras que la “perspectiva doble” de una “reconstrucción del contenido normativo” de *Habermas* debe “sobrepasar” ya las “fronteras del discurso sociológico del Derecho” ‘desde adentro’ como una “descripción desde afuera” (p. 62).²

3. Los capítulos siguientes tienen por objeto una “reconstrucción racional” de la “autocomprensión de los ordenamientos jurídicos modernos” (p. 109). El tercer capítulo se refiere a que no se puede subordinar el principio democrático al moral y que “la autonomía privada y pública, los derechos humanos y la soberanía popular se presuponen recíprocamente” (pp. 111 s.).

La fundamentación de estas tesis se prepara mediante una crítica, apoyada histórico-dogmáticamente (que analiza tanto la dogmática-jurídica civil como el Derecho ilustrado), al postulado liberal de la primacía de los derechos humanos (pp. 129 s., asimismo p. 123), cuya conclusión contiene el dictamen, que va más allá del origen común de la autonomía privada y pública: “la sustancia de los derechos del hombre se encuentra [...] en las condiciones formales para la institucionalización jurídica de aquel tipo de formación discursiva de la opinión y la voluntad, en el que la soberanía popular cobra forma jurídica” (p. 135).

Habermas ve la relación entre Derecho y moral de un modo tal, “que en el nivel postmetafísico de fundamentación las normas morales y jurídicas se diferencian simultáneamente de la eticidad tradicional” y que entre ambas formas de regulación existe una relación de complementariedad (pp. 135 ss.). De este modo se encuentran juntos, en un mismo nivel, la moral y el Derecho positivo – por cierto sólo el legítimo –, que no debe contradecir la moral (p. 137). La diferencia consiste en que la moral “sólo” es un sistema de símbolos, en cambio el Derecho un sistema institucionalizado de acción (p. 317). Para ambas formas de normas de acción es válido el principio discursivo general: válidas son aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (p. 138). El principio moral y el principio democrático (como principio de Derecho, p. 142) se diferencian en que según el principio moral sólo vale el criterio de consideración igualitaria de intereses, mientras que el principio de democracia permite formas de acción, que se presentan en forma jurídica y para los cuales resulta suficiente, junto a las razones de lo justo

(en el sentido de la igualdad en el principio moral), también razones de lo bueno y lo adecuado a fin (al respecto lo expuesto sobre el cuarto capítulo).

La referida forma jurídica *Habermas* no la entiende como normativamente necesaria, sino que como componente de una explicación sociológica (p. 143). Enlazando con *Kant* se considera como característico para el Derecho, que, en primer lugar, no se dirige a la libre voluntad sino que al arbitrio, segundo, se refiere a las relaciones externas de las personas y, tercero, está provista de potestades coercitivas (pp. 136, 143 ss.). La razón funcional que guía la necesidad de la forma jurídica es la compensación de los déficit que resultan del desmoronamiento de la moralidad tradicional (p. 145). Las explicaciones funcionales ofrecen también los indicios, que el Derecho alivia al individuo de la carga de la creación de juicios morales (p. 147) y sólo el Derecho pueda formar reglas secundarias, que norman la creación de reglas primarias de conducción de comportamiento (p. 149).

Con la explicación (únicamente) funcional de la forma jurídica, que en *Kant* precisamente tenían (al menos también) el sentido normativo de un aseguramiento (liberal) de la libertad mediante la limitación del Derecho a la legalidad, vale decir, formulaban exigencias a comportamientos externos, las consideraciones efectuadas hasta ahí en el tercer capítulo parecen más bien conducir a un menosprecio de los elementos liberales de los derechos subjetivos. En el lamentablemente poco transparente tercer subcapítulo (pp. 151-65), que probablemente contenga la parte teórica central de la obra (cfr. p. 151), al menos se corrige aquello de tal forma, que el código jurídico, que como tal ya construye libertades subjetivas de acción, se subordina al principio de legitimación de la igualdad de las libertades subjetivas de acción concedidas (p. 153). Luego *Habermas* destaca como “decisivo” que “el principio democrático se deba a un entrelazamiento del principio del discurso con la forma jurídica” (p. 154). Este entrelazamiento se explica como “génesis lógica de derechos” que forman un proceso circular. La reconstrucción de esta génesis “comienza con la aplicación del principio de discurso al – para la forma jurídica como tal constitutivo – derecho a libertades subjetivas de acción en general y finaliza con la institucionalización jurídica de condiciones para el ejercicio discursivo de la autonomía política, con la que se puede configurar jurídicamente en forma retroactiva la autonomía privada, colocada inicialmente en forma abstracta (pp. 154 s.).

Las libertades de acción caracterizadoras del código jurídico son, en primer lugar, los derechos a la mayor medida posible de libertades subjetivas de acción igualitarias, en segundo lugar, derechos igualitarios de pertenencia comprendido como el estatus de ciudadano en el sentido de la nacionalidad, como también, en tercer lugar, derechos fundamentales judiciales (pp. 155 ss.). Eso es lo que caracteriza la autonomía privada. En un paso siguiente se les reconoce, en cuarto lugar, a los sujetos de Derecho la participación con igualdad de oportunidades en procesos de la formación de opinión y de voluntad y con ello la autonomía política (p. 156). Para poder aprovechar esos

² Cfr. al respecto *Loos*, Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, 1970, especialmente pp. 93 y ss.

derechos, se deben conceder, en quinto lugar, condiciones de vida aseguradas (en un sentido social, técnico y ecológico), estos derechos de participación (probablemente mejor derechos de “prestaciones”) están fundados relativamente (p. 157).

La significación central de la autonomía política se demuestra en que el sistema de derechos, especialmente de los derechos subjetivos de acción, requiere de interpretación (p. 159) y no está predado al Derecho constitucional como, por ejemplo, un Derecho natural. También una Constitución, que ya se haya otorgado, está sometida a un cambio continuo en el proceso de la interpretación constitucional (p. 163). Esa relativización de las libertades de acción no se vuelve tampoco menos problemática, porque el código de Derecho que la genera complementa los derechos fundamentales políticos en una forma, que deje al arbitrio de los ciudadanos, si se quieren transformar o no en autores del autootorgamiento conjunto de leyes (p. 164).

4. En el cuarto capítulo *Habermas* aborda las consecuencias estatales. “El Estado se hace necesario como poder sancionatorio, organizativo y ejecutivo, porque los derechos se deben realizar, porque la comunidad jurídica requiere tanto de una fuerza que establezca su identidad como también de una jurisprudencia organizada y porque de la formación de la voluntad política surgen programas que deben ser implementados” (p. 168). A diferencia del constitucionalismo alemán que espera del Estado de Derecho el aseguramiento de la autonomía privada y de la igualdad jurídica de los ciudadanos, la fundamentación del Derecho en la teoría del discurso no le asigna *legitimidad* al Derecho y al ejercicio del poder político sobre la base de la forma jurídica y al contenido jurídico sino por *el procedimiento de establecimiento del derecho* (p. 169). Enlazando con la diferenciación de Hannah Arendt entre violencia (que obliga a terceros) y *poder comunicativo*, que surge de la capacidad a una actuación conjunta consensuada (pp. 182 ss), se ordena el poder, determinado de ese modo, del lado del Derecho y se determina el Derecho como “el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo” (p. 187).

El acuerdo necesario para el poder comunicativo se genera en distintos discursos (pp. 187 ss.). La diferenciación de *Habermas* en discursos pragmáticos, éticos y morales³ se ha considerado por comentaristas del libro como más bien un desarrollo desconcertante de la teoría de los discursos prácticos.⁴ En el *discurso moral* se trata del valor de la justicia que reclama “validez absoluta”, las normas morales resisten el test de universalización (p. 190). El *discurso ético-*

político determina los valores de validez solamente relativa, de los cuales surge la identidad de un grupo – aplicable especialmente al pueblo de un Estado –, aquí deciden argumentos “que explican la autocomprensión de nuestra forma histórica de vida que nos ha sido transmitida” (pp. 187 s.). *Habermas* explica la diferenciación mediante preguntas jurídicas prácticas. Representan objetos que deben ser valorados moralmente en el ámbito del Derecho penal, por ejemplo, el aborto, los tipos penales de prescripción⁵ y en el ámbito del Derecho procesal penal la prohibición de ciertos medios de obtención de pruebas⁶, pero también los principios de distribución de “la riqueza social”, en la medida que se vean afectadas “chances de vida y sobrevivencia en general”, en el Derecho social y tributario o en la organización del sistema escolar o de salud (p. 204). En cambio tienen su lugar en los discursos ético-políticos “preguntas de la cultura política”, para lo cual *Habermas* ejemplifica con “preguntas ecológicas de la protección del medio ambiente y de las especies animales, de la planificación vial y urbanística”, pero también de la “política de inmigración [y] de la protección de minorías culturales y étnicas” (ibid.). Esta diferenciación, que me parece convincente⁷, tiene un gran parecido con la distinción entre justicia y utilidad como elementos de la idea jurídica en la filosofía del Derecho de *Gustav Radbruch*, quien entiende por principios de justicia aquellos referidos a la igualdad (humana) y, especialmente, en las complementaciones luego del nazismo y de la segunda guerra mundial, los derechos humanos elementales, mientras que en el caso de la utilidad se trata de ideales políticos. Al respecto también *Radbruch* reclama para la justicia la pretensión de validez absoluta, mientras que restringe su tan reprendido relativismo a las preguntas sobre la “utilidad”.⁸

En cambio los discursos pragmáticos para la averiguación de los medios (empíricamente) aptos para alcanzar finalidades establecidas en razón de intereses existentes o de valoraciones, están, por lo tanto, al servicio de la racionalidad instrumental en el sentido establecido por *Max Weber* (p. 197 s.). Que su relevancia política sea de consideración, lo demuestra la controversia sobre la expertocracia. Los resultados obtenidos en los distintos discursos y nego-

³ La distinción había sido preparada en *Habermas*, Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der Vernunft, en: el mismo, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, pp. 100 ss.

⁴ Cfr. *Dreher*, op. cit., pp. 101 ss., con referencia también a la reseña de Teubner (Frankfurter Rundschau del 11 de noviembre de 1992), que gira prácticamente en forma exclusiva en torno a la relación de los diversos discursos entre sí.

⁵ La referencia a tipos penales de prescripción – sin perjuicio de la denominación más bien poco común para un penalista – es en esa forma acertada más bien oscura; sospecho que *Habermas* piensa en la imprescriptibilidad del asesinato incorporado al Derecho vigente, especialmente en relación al genocidio nacionalsocialista, lo que daría un buen, al menos discutible, sentido.

⁶ *Habermas* debe estar pensando en la prohibición de la tortura y otros métodos de obtención de prueba que lesionan la cualidad de sujeto del imputado consagrados en el § 136a de la Ordenanza Procesal Penal.

⁷ Más cauto *Dreier*, p. 102.

⁸ Precisamente en este contexto es lamentable, que *Habermas* no analice en ninguna parte la filosofía de *Radbruch*, tan influyente aun entre los juristas; se podría haber facilitado de esa manera la conexión de argumentaciones jurídicas a la presente obra.

ciaciones para alcanzar compromisos se implementan, finalmente, en acuerdos en forma y lenguaje del Derecho, respecto de lo cual *Habermas* destaca la necesidad de una uniformidad del Derecho por razones de la seguridad jurídica (p. 207).

El capítulo concluye en la individualización de los principios del Derecho, que están destinados a evitar una “instrumentalización del Derecho para la utilización estratégica de Derecho” (pp. 208 ss.). Estos principios son, en primer lugar, la soberanía popular (con los principios derivados del parlamentarismo, el principio de las mayorías, el pluralismo político, lo que quiere decir asegurar la existencia del espacio público en forma autónoma, competencia entre partidos); en segundo lugar, el aseguramiento de una protección jurídica completa, que presupone una vinculación de la administración de justicia al Derecho vigente; en tercer lugar, la legalidad de la administración (con preeminencia y reserva de la ley, como también la prohibición de la arbitrariedad). En tal sentido se acogen, en cuanto resultado, los principios recogidos en la configuración de la Constitución y, en el mejor de los casos, se colocan en una relación de fundamentación con base en la teoría del discurso (cfr. p. 217). A diferencia de lo anterior, el cuarto principio es nuevo y consiste en la reinterpretación de la separación burguesa-(económico) liberal del Estado de la sociedad en una “garantía de una autonomía social”, la que “otorga iguales oportunidades para hacer uso, como ciudadano de un Estado, de [los] derechos políticos de participación y de comunicación” (p. 215). Este tema se retoma especialmente en el octavo capítulo, que trata de la “sociedad civil”. En este contexto se debe situar también la, eso sí, probablemente reductiva, crítica (pp. 226 ss.) al conocido dictamen de Carl Schmitt, que el pueblo “no puede discutir, [sino que] solamente aclamar, elegir y decir si o no a las preguntas que se le presentan”,⁹ como también la problemática, que se retoma en el noveno capítulo, en cuanto a cómo se puede compensar mediante procesos de participación la circunstancias que se mine la tradicional división de poderes por el hecho que la administración en forma creciente ya no está ligada por Derecho de rango legal (concepto clave: la sustitución de programas condicionales por instrumentales) (pp. 229 ss.).

5. En el quinto capítulo *Habermas* analiza como se pueden colocar en una relación adecuada facticidad y validez en la aplicación del Derecho especialmente por los tribunales. Se debe aclarar cómo se pueden garantizar “simultáneamente seguridad jurídica y corrección” (p. 244), a través del aseguramiento tanto de la consistencia con el Derecho positivo, vale decir con las leyes y los precedentes judiciales, como de la aceptabilidad racional (p. 243). Las soluciones de

las diversas teorías del método del Derecho tradicionales se declaran como insatisfactorias: la hermenéutica basada en la relación con la tradición cultural ya no puede ser un fundamento en una sociedad pluralista; el “legal realism” que pretende dar un pronóstico en razón de cargar en la cuenta de los prejuicios ideológicos dominantes, desatiende la función de la seguridad jurídica,¹⁰ la teoría de interpretación positivista, si bien acentúa correctamente la necesaria vinculación con el Derecho positivo en razón de la seguridad jurídica, no es capaz de otorgar criterios de seguridad jurídica en casos en los que no existe una decisión previa clara a nivel legal o jurisprudencial (pp. 244 ss.).¹¹

Cómo *Habermas* entiende una solución de la problemática, consistente en cómo una decisión judicial concreta puede garantizar tanto la seguridad jurídica como también la corrección normativa (en ambos sentidos al menos cercanamente), en base a la teoría de los discursos, no le queda muy claro a este comentarista. Si entiendo bien a *Habermas*, él parte de la base que, para la situación judicial, es típico la *indeterminación* de las normas jurídicas a aplicar, que sólo en casos excepcionales están a disposición reglas, en el sentido de *Dworkin*, como descripciones típicas suficientemente especificadas, que permitan una decisión si/no (p. 266; cfr. también p. 249). Que esta suposición sea correcta, es muy cuestionado entre juristas, pero puede quedar en este momento pendiente.¹² En el caso de *indeterminación* me parece que *Habermas* pretende levantar, en contra de la posición de *Dworkin*, que ve como posible una *solución única correcta* establecida por el juez sobre la

¹⁰ *Habermas* junta acá “legal realism” con jurisprudencia de intereses y escuela libre del Derecho (p. 246). Al menos respecto de la jurisprudencia de intereses original (*Philipp Heck*), que exige ‘obediencia reflexiva’ frente a la ley, no se puede soslayar la relación con el positivismo (al respecto a continuación en el texto). La escuela del Derecho libre seguramente desatiende la función de seguridad jurídica, pero no pretende pronosticar decisiones, si no que propaga el fortalecimiento de la decisión judicial irracional. También habría que aclarar, si el “legal realism” no tiene en vista la perspectiva de decisión del juez o no más bien la perspectiva del abogado en base a una sociología judicial.

¹¹ *Kelsen*, a quien *Habermas* cita junto a H.L.A. Hart, habla, en tal sentido, de una discrecionalidad jurídico-política del juez que no se puede fundamentar racionalmente.

¹² Sólo sea dicho que la función del Derecho de entregar seguridad en el comportamiento y en las expectativas, sólo se abarca incompletamente, cuando se analiza sólo desde la perspectiva de los casos controvertidos ante los tribunales, lo que no tematiza *Habermas*. El Derecho, en tal sentido, precisamente se puede confirmar también mediante la negativa en convertir relaciones sociales reguladas jurídicamente en objetos en disputa judicial, a pesar del descontento que exista con aquellas, porque no existe motivo para estimar que se tendrá éxito al encargar a los tribunales que se ocupen de ellas. También el lego jurídico se le ocurrirán al respecto ejemplos del Derecho tributario, laboral o del funcionario público o del derecho del tránsito.

⁹ Por supuesto que *Habermas* tiene razón en contra de Schmitt, en cuanto a que se le debiera quitar al pueblo, en términos generales, la posibilidad de discutir. *Schmitt* se refiere, por cierto también, a la, si se quiere, dificultad técnica de alcanzar compromisos en procedimientos plebiscitarios, que no debieran marcarse, sin más, con el estigma de “estratégico”, a lo que tiende *Habermas*.

base de principios deontológicos encontrados en forma solipsística, la sospecha de Derecho natural.¹³ Por otra parte el discurso jurídico de aplicación del Derecho no se puede “mover en el universo herméticamente cerrado del Derecho vigente”, sino que se debe abrir a “las razones pragmáticas, éticas y morales unidas en la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas” (pp. 282 s.), sin, eso sí, conducir a una “subordinación del Derecho a la moral” (p. 296). Que decisiones no se tomen en forma monológica, sino que en razón de discursos, no garantiza la seguridad jurídica (ello presupondría precisamente la unanimidad entre todos los sujetos de Derecho, que no existe), ni elimina *a priori* la sospecha de una ideologización (p. 274). La conclusión parece residir en que los procesos judiciales se deben institucionalizar de tal manera que permitan discursos jurídicos al menos entre los jueces – aunque sea entre las diversas instancias judiciales – (pp. 288 ss.) y, de esa forma, permitan “esfuerzos cooperativos para debilitar sospechas de ideologización” (p. 274).

6. El sexto capítulo sobre el rol de la justicia constitucional persigue el fin de contrarrestar excesos de la administración de justicia en ámbitos de competencia del legislador. Al respecto a *Habermas* le importa, a su vez, asegurar indirectamente la vinculación a la ley por parte de la administración (p. 292). Por cierto se puede arribar a desequilibrios en el sistema de división de poderes también por medio de excesos de otras instancias decisorias. Pero, sin lugar a dudas, precisamente se puede constatar en los últimos años un cambio de peso a favor del Tribunal Constitucional; esto se debe, en parte, al propio tribunal, que se ha alejado crecientemente del principio del “judicial self-restrain”, en parte, sin embargo, también a que se ha colocado reiteradamente al tribunal en un árbitro en asuntos políticos. *Habermas* no expone el problema por su actualidad. En realidad tampoco le interesa la tradicional (liberal) división de poderes, sino que la influencia del “poder generado comunicativamente”, respecto de lo cual parece suponer, que el legislador está más abierto a esta influencia que los otros “poderes” (p. 295). Es por ello que propone, entrar en una discusión sobre la posibilidad de radicar la pregunta del control abstracto de normas, o sea la aclaración de la pregunta en torno a la constitucionalidad de una ley sin que ello signifique una cuestión previa en una disputa jurídica concreta, en una comisión parlamentaria en vez del Tribunal Constitucional (pp. 295 ss., 319), todo esto, en razón de la “asimetría en el entrelazado de los poderes” aconsejable desde la teoría del discurso (p. 295).¹⁴

¹³ *Habermas* acentúa, eso sí, que la posición dworkiana se podría defender en una versión basada en la teoría del discurso (p. 292).

¹⁴ Las dudas en contra de esta propuesta, planteada, eso sí, en forma muy cuidadosa por *Habermas*, surgen de la entonces resultante división de la competencia para resolver cuestiones de constitucionalidad. *Habermas* desconoce que, incluso en el caso de recursos de constitucionalidad, la unificación jurídica y la autorreflexión de la judicatura (p. 294) representan sólo una parte de la, naturalmente también

El problema de la indeterminación del Derecho se agudiza por cierto en la aplicación a la Constitución, que a lo sumo presenta reglas en su parte referida a la organización del Estado, pero que en la parte referida a las garantías constitucionales en su gran mayoría sólo contiene principios que deben ser delimitados entre sí (pp. 293 s.). A ello se añade que al agregarse el principio del Estado social al principio liberal se conmueve una vez más la arquitectura constitucional tradicional: las garantías constitucionales ya no se conciben sólo como derechos de defensa referidos al Estado, sino que las reglas derivadas de éstos sobre la relación de los ciudadanos entre ellos y los requerimientos de prestaciones y regulaciones por medio del Estado han llevado al desarrollo de normas fundamentales constitucionales objetivas para todos los ámbitos del Derecho (pp. 299 ss). *Habermas*, que al respecto resume el desarrollo en Alemania y en los Estados Unidos, debe apreciar en esto no sólo un peligro para la tradicional división de poder (véase más *supra*), sino que para la primacía de la legislación, conveniente desde la perspectiva de la teoría del discurso para protección de la autonomía de los ciudadanos (véase *supra*; por ej. pp. 301, 309). Es por ello que *Habermas* se dirige en contra de la “teoría del orden valorativo” desarrollada por el Tribunal Constitucional (pp. 309 ss). Él ve un error teórico fundamental en que acá se estarían recepcionando las éticas de los valores y los bienes (por ejemplo en el sentido de *Scheeler-Hartmann*) y, de ese modo, el Tribunal Constitucional no estaría aludiendo en su discurso constitucional únicamente a derechos (fundamentados deontológicamente) o “principios como la dignidad humana, solidaridad, autorrealización o autonomía” (p. 313), sino que también a bienes tales como la capacidad de funcionamiento de la judicatura o la seguridad del Estado como poder constituido de paz y orden. *Habermas* entra acá en una polémica en contra del Tribunal Constitucional con formulaciones radicales: “Finalmente son sólo derechos, los que pueden ser relevantes en el juego argumentativo” (p. 316) y, más drástico aun: “El Tribunal Constitucional se transforma así, al dejarse llevar por la idea de los valores fijados a la jurisdicción constitucional, en una instancia autoritaria [...] [falta] aquel “muro de protección de incendio”, que se introduce al discurso jurídico mediante una comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos” (p. 315). Si esa diferenciación efectuada por *Habermas* es convincente resulta dudoso, a lo que se volverá en el apartado final crítico (II.3). La tendencia de *Habermas* de limitar el poder del Tribunal Constitucional (cfr. también p. 259), apunta a impedir que el mismo “le ponga encima a la sociedad [...] una determinada forma de vida”, que más bien debe quedar a la determinación de los ciudadanos, cuya autonomía privada y pública es el único objeto de protección al que está llamado el tribunal (p. 320).

autoimpuesta, tarea y que lo es mucho más también el esclarecimiento y desarrollo de la Constitución. En tal sentido pueden surgir conflictos, que muy difícilmente se pueden resolver satisfactoriamente por reglas vinculantes.

Por cierto *Habermas* hace una excepción muy esencial a la limitación del poder del Tribunal Constitucional, favorable a su posición. Una “jurisprudencia constitucional ofensiva” no sólo está permitida, sino que es aconsejable “en los casos en los que se trata de la imposición del procedimiento democrático y de la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad”, en la medida que esto ocurre bajo la mirada crítica de la ciudadanía que ha madurado a “una comunidad de interpretes constitucionales” (*Häberle*) (p. 340). Un activismo de esas características no debe apuntar a un “estrechamiento ético (en el sentido de *Habermas*) de los discursos políticos” (p. 345), sino que debe estar dirigido a “aquellas condiciones procedimentales, que permitan presumir respecto del proceso democrático en su conjunto, resultado razonables (p. 347). Eso se desarrollará en el capítulo siguiente.

7. En cuanto a contenido el séptimo capítulo trata de instalar en el centro de atención el proceso de creación de opinión y voluntad política, en concordancia con el republicanismo y en contraposición del liberalismo, al que sólo le interesa el mayor tráfico espontáneo y libre posible de los sujetos privados (p. 361). En delimitación con el republicanismo, que presupone una ciudadanía capaz de actuar colectivamente sobre la base de consideraciones éticas (en el sentido de *Habermas*), la teoría del discurso aboga “sólo” por la institucionalización de los requisitos comunicacionales de la formación de la opinión y voluntad, como también el juego conjunto entre asesorías institucionalizadas y opiniones públicas formadas informalmente (pp. 361 s.). Así se pretende imponer la fuerza socialmente integradora de la solidaridad mediante el Derecho en relación al poder económico y administrativo (p. 365). Al respecto *Habermas* acentúa, en concordancia con las formas de lectura científico-sociales correspondientes, que también el sistema político constituido democráticamente no representa la cúspide o incluso el total de la sociedad, sino que representa (p. 306) o incluso sólo debe representar (pp. 369 s.) un sistema de actuación junto a otros.

A diferencia de la teoría de la democracia “minimalista” de N. Bobbio, *Habermas* insiste sobre un concepto más exigente, al requerir procesos cuyos resultados están provistos de la presunción de racionalidad; en cambio Bobbio, escéptico al respecto, quiere dejar la regla de mayoría libre de estas pretensiones (pp. 367 ss). Al respecto *Habermas* apuesta al ámbito público no institucionalizado, lo que será tratado extensamente en el capítulo siguiente, en el cual ve el generador de la innovación (pp. 372 ss.), cuando su base social “se haya desprendido de las barreras de clases [...] y [...] de ataduras milenarias de estratificación social y explotación” (p. 376). En la parte final del capítulo (pp. 390 ss.) se abordan los impedimentos que obstaculizan una política deliberativa. No sólo se trata de las resistencias, que surgen de los otros sistemas de actuación, sino que también las dificultades internas, que son consecuencia de la escasez de recursos, especialmente de tiempo e información, y de la desigualdad de los participantes, especialmente en la disponibilidad sobre el recurso de la información. A ello se agrega que el Derecho positivo debe compensar, reduciendo

la complejidad, la limitada fuerza coordinadora de las formas de actuación informales (p. 397). Eso lleva a la pregunta, en qué medida contrarrestar normativamente (manteniendo la complejidad) las instituciones del Estado de Derecho puede compensar las señaladas resistencias y dificultades y lleva, a su vez, al octavo capítulo.

8. En el octavo capítulo *Habermas* llega a una evaluación relativamente positiva de las posibilidades de una política deliberativa, sobre la base de la reconstrucción histórico-jurídica de los procesos de otorgamiento de constituciones realizado por el cientista político noruego *Elster*, con miras a las preguntas dudosas planteadas al final de capítulo anterior: “Los resultados de una política deliberativa se pueden entender como poder generado comunicativamente, que entra en competencia con actores que amenazan con adquirir un potencial de poder social, por un lado, y con el poder administrativo de los funcionarios que lo detentan” (p. 415). Con ello, sin embargo, no se aclara, si un tal optimismo también es válido para el presente. *Habermas* se opone a conceptos de la teoría de los sistemas, que quieren entender las instituciones democráticas sólo como supervisión de negociaciones intersistémicas, en la medida que los degrada como una renovación del Estado de clases hegeliano (pp. 418 ss.). Una concepción de esa índole no sólo la considera (descriptivamente) no apta para ofrecer las prestaciones de integración social global. Él también insiste (normativamente) en que las relaciones de la administración estatal con negociadores corporativos deben permanecer en forma asimétrica, para que se imponga la voluntad de los ciudadanos formulada legislativamente. “Sólo así se mantiene asegurada la conexión con el público de los ciudadanos” (p. 425). Según *Habermas* se puede esperar de estas últimas “estructuras periféricas” como proceso de formación de opinión, que perciban “problemas sociales globales, los interpreten y los pongan en escena de una forma innovadora y, a su vez, que llame la atención” (p. 434).

Estas “estructuras periféricas” se analizan en forma más detenida a continuación bajo las palabras claves de “espacio público”^{NTr} y “sociedad civil”. El espacio público se describe como una red abierta de opiniones, que se formulan en lenguaje natural (p. 436). En el espacio público se forma la influencia y se lucha por ella, decidiendo idealmente la autoridad del público (pp. 439 s.). La sociedad civil transmite las situaciones sociales problemáticas percibidas en el mundo vital al espacio público político; su núcleo es el ente asociativo no estatal (p. 443). Al respecto *Habermas* piensa especialmente en los nuevos movimientos sociales, a los que reconoce por principio una mayor sensibilidad para las situaciones problemáticas esenciales de las últimas décadas (desde la carrera armamentista pasando por los riesgos del uso pacífico de la energía atómica, la investigación genética, hasta el feminismo) (p. 460). El presupuesto para su efectividad es la protección constitucional de la privacidad, lo que se aclara en el cuadro opuesto de las sociedades estatales

^{NTr} Se he preferido aquí el término empleado en la traducción de la obra de *Habermas* al español por Manuel Jiménez Redondo para el concepto alemán de “Öffentlichkeit”.

socialistas totalitarias (p. 446). La política deliberativa se apoya en una “interacción entre un espacio público basado en la sociedad civil y la formación de la opinión y voluntad en el complejo parlamentario institucionalizada en términos de un Estado de Derecho”, y respecto de lo cual los actores en el espacio público deben ejercer influencia, pero no poder (p. 449). *Habermas* no se cierra, sin embargo, a la pregunta, si la sociedad civil y el espacio público no están expuestos al abuso por parte del poder de los medios (p. 451 ss.) o de movimientos políticos populistas. (p. 449). A este tema se volverá críticamente en la parte II.

9. El capítulo final (paradigmas del Derecho) revisa la pregunta, acerca de qué suposiciones de fondo sobre la sociedad real y la (normativamente) correcta guían la aplicación del Derecho escrito, inclusive la Constitución escrita (pp. 467, 238; cfr. al respecto también las reverencias al quinto capítulo). Estos modelos sociales que guían la aplicación habían sido desarrollados como folio para decisiones judiciales por el laboralista *Kahn-Freund* en el año 1931 y el recientemente fallecido historiador jurídico *Wieacker* en 1953. En concordancia con *Wieacker Habermas* constata una transición desde el paradigma de Derecho burgués-liberal-jurídicoformal hacia el paradigma del Estado social (pp. 469 ss.). Desde la perspectiva interna del Derecho esto llevó a una primacía del Derecho público, especialmente del constitucional por sobre el Derecho privado (pp. 477 ss.). Lo nuevo está constituido por la circunstancia que la jurisprudencia entretanto ya no presupone inconscientemente, en forma ingenua, un determinado paradigma, sino que se ha transformado la “lucha por la comprensión paradigmática correcta del sistema de Derecho” en una “lucha política” llevada conscientemente (pp. 474 ss., 477). El ideal de Estado social, que había iniciado la compensación de déficit de libertad que surgen de la desigualdad económica y social (p. 483 s., 504), llevó, por cierto, a un paternalismo, que motiva dudas respecto de la compatibilidad con el principio de la libertad jurídica (pp. 490 s.). Este dilema *Habermas* lo ve, a su vez, resuelto en un paradigma jurídico procedimentalista, que eleva el liberalismo y el Estado social a un nivel de reflexión superior (en el significado triple de la palabra) (pp. 491 ss). “Al respecto actúa como guía la intención de amansar el sistema económico capitalista, vale decir ‘reestructurarlo’ en forma social y ecológica, para poder, por esa vía, ‘domesticar’ el uso del poder administrativo, específicamente entrenándolo bajo consideraciones de efectividad en forma prudente mediante una dirección indirecta, como también, bajo una perspectiva de legitimidad, volviéndolo a vincular al poder comunicativo e inmunizándolo contra el poder ilegítimo (p. 494) En contra de una independización del poder ilegítimo debe actuar, como un “palladium de la libertad”, un espacio público desconfiado, móvil, despierto e informado, que ejerza influencia sobre el complejo parlamentario y que insiste en las condiciones de surgimiento de un Derecho legítimo” (p. 532). A ello se debe agregar en el plano de la administración, como compensación de la “debilidad vinculante del Derecho regulatorio” una democratización mediante la participación de los intervinientes (p. 530 ss), lo

que, por cierto, no sólo carece de originalidad, como el mismo *Habermas* reconoce en general respecto de sus propuestas “reformistas” (p. 535), sino que en muchos ámbitos ya está realizado, no sin cuestionamientos bajo perspectivas de eficiencia.

III.

Los comentarios de cierre no pretenden una valoración de la obra. Es de esperar que la exposición llevada en términos extensos muestre cuantos variados incentivos a la ciencia política y jurídica pueden surgir de la misma. Determinar su importancia en relación a los diseños iusfilosóficos de gran influencia de la posguerra (se podrían nombrar por ejemplo, *Kelsen, Hart, Rawls, Höffe*), no puede ser la tarea de una recensión primordialmente expositiva. Por lo que me limitaré a algunos cuestionamientos, cuya exposición en puntos particulares espero, sin embargo, no hagan irreconocible el contexto.

1. Una “teoría del discurso del Derecho y del Estado de Derecho democrático” (cfr. el subtítulo del libro) se basa en la fuerza de convicción de la eficiencia de discursos prácticos. *Habermas* insiste sobre la circunstancia que la teoría del discurso no puede enseñar a nadie que se debe hacer, que sólo podría deducir la legitimidad del Derecho en forma postmetafísica y post-iusnaturalista de la racionalidad del proceso de su elaboración. Que una teoría - que no entrega y no quiera entregar, aparte de la universalizabilidad, un criterio de lo justo y, a lo sumo, criterios de validez relativa para la determinación del buen vivir en los discursos éticos - pueda finalmente presentar una construcción de un Estado social y de Derecho en forma de una República Federal de Alemania, complementado por una democracia radical, como también la domesticación del poder económico y burocrático “ilegítimo”, no deja de sorprender. Probablemente se escondan allí, no sólo a nivel de detalle, directrices normativas no reconocidas, como por ejemplo en la simpatía por los nuevos movimientos sociales y su “sensibilidad”, quizá incluso en esto último una porción de metafísica histórica, por cierto recortado.

2. *Höffe*¹⁵ planteó la pregunta, si una teoría del discurso del Derecho y el Estado, la cual pretende explicar y valorar procesos reales en el Derecho y el Estado según el modelo de discursos y que no sólo quiere desarrollar un discurso *sobre* ellos, no es acaso, por principio, inadecuada. Los discursos son por principio de carácter inconclusos, en cambio el aparato de Derecho y el estatal dependen de decisiones y, con ello, de la interrupción de discursos. Ese problema parece haberlo divisado *Habermas*, aunque lo tematice sólo en forma indirecta. Sólo puede haber discursos inconclusos en las estructuras periféricas de la sociedad civil y del espacio público, por lo que también es consecuente entonces, que deban tener influencia y no un poder decisivo. Por muy explicable que sea el énfasis que reciben estas estructuras periféricas por parte de *Habermas*.

3. En la insistencia en los elementos de democracia radical está probablemente, según la intención de *Habermas*,

¹⁵ *Höffe* (nota 1), p. 85.

el impulso crítico que queda finalmente, luego del retiro de la esperanza escatológica a una libertad de dominio por la aceptación esencial del dominio jurídico y estatal.¹⁶ A pesar de la inclusión de la resistencia civil se puede clasificar la tendencia como “reformista”. Pero aun en ese caso permanecen suficientes preguntas. El mismo *Habermas* señala dudas como el tomar-al-servicio por parte de partidos populistas o la manipulación de corrientes de opinión por los medios de comunicación masiva. De todos modos él permanece impertérrito en su evaluación. Aparte de la pregunta ya indicada más arriba respecto de los criterios de valoración es también (empíricamente) dudoso, si el déficit de información no solucionable, que surge por la estrechez de la conciencia individual, no agranda preocupantemente el peligro de la emocionalidad de las masas. Por cierto que también esta última apreciación viene contaminada por valoraciones políticas o prejuicios, pero precisamente también las de *Habermas*. Qué es lo que se debe preferir, la liberación de la democracia radical para la domesticación de los poderes organizados o la limitación de los poderes por medio de la división de poderes¹⁷ en los modelos escépticos de democracia al estilo de *Bobbio* o como ocurre con *Welzel* y *Kriele*, probablemente no sea posible de decidir con los presupuestos débiles de la teoría del discurso. Será decisivo si se considera, a pesar del, por *Habermas*, por cierto, correctamente constatado engranaje, que la división de poderes (inclusive la descentralización de las decisiones económicas) se mantiene fundamentalmente intacta y que pronóstico se establece a partir de ello.

4. Según se señaló (respecto del capítulo sexto) *Habermas* ejerce una crítica vehemente respecto de la “teoría del orden valorativo” del Tribunal Constitucional, al cual reprocha una mezcla de moral deontológica y ética de los valores, que en el resultado llevaría a una apropiación autoritaria de poder. Me parece dudoso que la diferenciación entre moral y ética de los bienes se pueda practicar con igual precisión en términos prácticos como teóricos (también en este aspecto se puede dudar junto a los utilitaristas). Esto se puede apreciar ya en que *Habermas* ordena en la moral la repartición justa de bienes que son indispensables para el ejercicio de la autonomía privada y pública (p. 157); lo que en tal sentido es indispensable, pero que difícilmente se puede determinar concretamente sin una anticipación al buen vivir o sea a sus condiciones mínimas. La cuestión se torna más problemático aun cuando *Habermas* establece la obligación del Tribunal Constitucional, por ejemplo, de asegurar derechos jurídico penales y procesales, pero aparentemente tiene dudas en colocar en la pesa de la ponderación la eficiencia de la administración de justicia penal como contrapeso, porque en tal sentido “sólo” se trata de un “bien”, que sólo podría tener en casos excepcionales preferencia en relación a “derechos”.

Al respecto no se considera, que una administración de justicia que funciona, por cierto, puede ser entendida como una garantía fundada en el Estado social, de “derechos” como la vida, la salud, la propiedad, etc., por lo que una categorización esquemática aparece como, al menos, problemática.¹⁸ Una pregunta completamente distinta, que dice relación con el “judicial self-restraint”, es la si el Tribunal Constitucional, si bien puede aprobar leyes, en las cuales el legislador ha dado primacía a la eficiencia de la administración de justicia penal, no puede, sin embargo, rechazar leyes porque no han sido considerados bienes de esa especie; al respecto se podría argumentar con una competencia por la responsabilidad diversa. Quizá *Habermas* quiere decir aquello, ya que sólo apunta a limitaciones del poder del tribunal. Entonces, sin embargo, ya no se trata del argumento moral *versus* ética de los bienes.

5. *Habermas* introduce (cfr. lo expuesto sobre el tercer capítulo) los derechos fundamentales pertenecientes a la autonomía privada, como constituidos por la forma jurídica derivada de forma funcionalista. Si esa interpretación es correcta, los derechos fundamentales tendrían, desde la perspectiva normativa, un error de nacimiento considerable y su importancia sería secundaria en relación a la autonomía pública. Ellos serían normativamente sólo presupuestos fácticos de un proceso democrático que se está logrando, como *Habermas* acentúa en otra parte (p. 446). Una aclaración de la posición de *Habermas* a esta pregunta sería muy deseable.

¹⁶ Como constata correctamente *Höffe* (nota 1), p. 73, de tal forma, al menos una línea central de la investigación es afirmativa.

¹⁷ En la división de poderes también podría estar el (por cierto, latente) punto culminante normativo de la diferenciación luhmaniana en subsistemas autónomos.

¹⁸ Que con ello no se pretende legitimar la tortura (véase *supra* nota a pie 6), no debiese requerir mayor explicación, Pero también se trata de otros, igualmente problemáticos, pero no igualmente inequívocos, métodos inhumanos de levantamiento de prueba.