

Estudio preliminar

SUMARIO: 1. Filósofos y juristas. 2. Una especie de retorno a HEGEL. a) Una cierta ebullición en la teoría del Derecho. b) La «filosofización» de la teoría sociológica. c) El positivismo jurídico. d) Una reinterpretación habermasiana de KELSEN. e) De vuelta a HEGEL. f) Una interpretación luhmaniana de KELSEN. g) Primado de la teoría de la acción. 3. Teoría de la acción. 4. La perspectiva de HABERMAS. 5. Facticidad y validez. 6. Razón y comunicación. 7. «Principio del discurso» y «forma jurídica». a) Principio de discurso. b) Forma jurídica. c) Norma moral y norma jurídica. 8. El problema que resuelve el Derecho positivo moderno. 9. Liberales y demócratas. 10. Génesis lógica del sistema de los derechos.

1. Filósofos y juristas

Mi presencia en estas primeras páginas de un libro del Prof. VIVES se debe a nuestro común interés, de él como jurista y mío como filósofo, por las bases de la teoría de la acción y de la teoría del Derecho de J. HABERMAS. Sin embargo, no es fácil para alguien que viene de la Filosofía introducirse sin más en las discusiones de la dogmática de Derecho penal. Ciertamente se trata por lo general de discusiones acerca de conceptos básicos, de conceptos filosóficos, y por este lado no hay problemas: estamos hablando de lo mismo. Pero, por otro lado, no siempre se está hablando de lo mismo. Porque, pese a tratarse de conceptos bien generales, de conceptos filosóficos, la discusión de ellos está cortada a veces tan a la medida de una problemática jurídica específica, que el lector no jurista se sorprende en ocasiones del tipo tan particular de argumentación que puede conducir a la aceptación o rechazo de alguna teoría.

Pero no es solamente eso. Al introducirme en las discusiones de dogmática de Derecho penal, me doy cuenta también de que las dogmáticas jurídicas representan una tarea, no primariamente teórica sino eminentemente práctica. Se ve al jurista optar por un determinado lado de una alternativa conceptual y dirigirse por lo general sin más demoras teóricas a aquello que le interesa. Y, por lo que yo veo, la conceptualización básica en una dogmática de Derecho penal, más que de sentar los cimientos de nada, tiene la función de asegurar una cierta, sólo una cierta, coherencia de trama conceptual a la hora de interpretar, con vistas a su aplicación, unos textos ya dados, y ello en el contexto de una empresa eminentemente práctica. O quizá mejor: la dogmática tiene más bien la función de sentar una cierta perspectiva —también más o menos coherente— de interpretación de esos textos, una perspectiva de interpretación que queda ofertada siempre a quien ha de aplicarlos. El núcleo de esa tarea consiste en establecer y afinar una trama conceptual como parte de un metalenguaje interpretativo, con base en el cual puedan obtener coherencia unos textos que probablemente en sí no la tienen, o que por lo menos, en conjunto, sólo la cobran en cada esfuerzo de interpretación unitaria, husmeándose, eso sí, que las diferencias relevantes de trama conceptual, tienen que hacerse sentir a la larga como una de las causas de los posibles conflictos de interpretación y que quizá esos conflictos puedan terminar en consiguientes conflictos de aplicaciones. Pero enseguida uno se percata

también de que esto último no es tan dramático en el campo del Derecho; en el propio marco de las instituciones jurídicas alguna institución tiene en definitiva encomendado en la práctica el monopolio de la interpretación autoritativa o última; así entiendo una de las funciones que, por lo menos en idea, compete a los tribunales supremos o a los tribunales constitucionales; a saber, la de mantener la unidad y mismidad del sistema jurídico —y consiguientemente la igualdad de todos ante la ley— por vía también de mantener (o de obligar a mantenerse) a las diferencias de interpretación (e indirectamente también a las diferencias de conceptos básicos) dentro de límites que no conduzcan a importantes diferencias de aplicación (o dentro de alternativas que conduzcan, si no a las mismas, sí a muy parecidas conclusiones). Y así, las distintas posiciones dogmáticas sólo tienen la oportunidad de imponerse si por vía de impregnación de la propia discusión jurídica y de la formación de juristas logran indirectamente cobrar autoridad institucional; plantéase directamente aquí una cuestión de interpretación y a la vez una cuestión de poder. Y, eso sí, ello es lo que, a mi juicio, presta particular dramatismo a la pugna entre unas diferencias conceptuales, que, consideradas en sí mismas, y en su alcance, no habrían de tener tanta relevancia; pero simplemente resulta que sí la tienen, pues entran a formar parte de una poderosa actividad que, como ocurre con todo lo que sucede en el mundo social, no es tal actividad sin una interpretación de sí misma.

A mí me parece que estas peculiaridades del marco en que se inserta la conceptualización jurídica no sólo hacen que la discusión sobre tramas y problemas conceptuales no tenga en la dogmática jurídica el mismo sentido que tiene en origen, sino también que, por razones bien comprensibles, esa clase de discusiones tampoco tengan en ese campo la relevancia ni la urgencia que tienen en otros campos. El libro del Prof. VIVES versa en buena parte sobre el concepto de *acción*. Pues bien: pensemos en la relevancia directa que las diferencias que se producen en el concepto de acción tienen en la pugna entre los distintos modelos de teoría sociológica de la acción, y en las diferencias que de ellos se siguen en lo que respecta al tipo de fenómenos sociales que las correspondientes teorías sustantivas logran después enfocar, y a los que naturalmente tienen que prestar particular importancia e incluso considerar cruciales. O pensemos también en la relevancia, mucho más directa aunque tiene ese concepto en las teorías filosóficas de la acción, cuyo interés por la acción se agota precisamente en el concep-

to de ella y en nada más, y que precisamente por ello se convierten en ofertas para cualquier otra disciplina. En empresas teoréticas de este tipo, una diferencia de conceptos básicos conduce a una radical diferencia en el producto final, lo cual es evidente que no sucede en la empresa de tipo práctico que representa el Derecho. En esta última, la necesaria igualdad de resultados somete la a veces radical diversidad de enfoques teoréticos a la peculiar lógica de esa empresa básicamente práctica.

De ahí que, al entrar todas esas teorías de la acción en el campo del Derecho, primero, queden sometidas a una considerable *ralentización* debida a los distintos intereses del jurista; y, segundo, también queden sometidas a desenvolvimientos difícilmente previsibles en los campos originales; y creo que es lo segundo lo que determina lo primero. En lo que respecta a lo primero, diríase que, cuando esas teorías entran en el campo del Derecho, se paran; uno tiene la sensación de que se detienen. Dicho de otro modo: entran en el campo del Derecho no para ser proseguidas como teorías, sino para proveer de autocomprensión, perspectiva y conceptos-marco a una praxis ejercida en el foro, que ya estaba ahí, pero que por supuesto tampoco sería lo que es sin que históricamente haya ido asumiendo y depurando sucesivas autocomprensiones, perspectivas y conceptos-marco. La función de la teoría es configurar una praxis, y son, por tanto, el desenvolvimiento y los problemas conceptuales de la autocomprensión de esa praxis los que imponen el ritmo al desenvolvimiento de la teoría y a la recepción de fragmentos teoréticos. Pero, una vez que esto sucede, la teoría queda sujeta a desenvolvimientos y se acredita a propósito de problemas y asuntos que la consolidan con una cierta independencia de cuál sea la suerte que la teoría esté corriendo en el campo del que procede. Pues el teórico del Derecho, una vez consolidadas inicialmente las tramas conceptuales con las que opera, me parece que por lo general vuelve a recurrir a las teorías filosóficas (y sociológicas) de la acción (y a las teorías filosóficas y sociológicas en general) principalmente por dos razones. Primero para hacer frente a problemas internos de la propia conceptualización con la que estaba operando. Esos problemas internos no han tenido por qué ser exactamente los problemas que motivaron el desenvolvimiento de estas teorías filosóficas o sociológicas, y ello explica, como he dicho, que estas últimas queden sujetas en el campo del Derecho a un ritmo de desenvolvimiento distinto del de los campos originales; segundo, porque las nuevas generaciones de teóricos, por sus contactos con teorías sociológicas y filosóficas de las que algo han

sabido en su proceso de formación, perciben la incongruencia entre los conceptos básicos de la dogmática en que se centra su interés y el *status quaestionis* que respecto a esos conceptos se da en la correspondiente disciplina filosófica o sociológica. Esto se convierte en algo así como en una constante presión adaptativa que no siempre tiene que acabar haciéndose valer, pues —como digo— ese *status quaestionis* ni tiene por qué responder a los problemas internos de la dogmática correspondiente, ni tampoco la nueva generación tiene por qué poseer la capacidad de abrir perspectivas, la finura conceptual y la capacidad constructiva, plástica o configuradora que poseyó la generación que operó con la teoría de la acción supuestamente periclitada; y también puede ser que, sin más, la nueva posición sociológica o filosófica no logre acreditarse en el terreno del Derecho, pues puede que sea ahí donde aparezcan sus puntos débiles o algunos de sus puntos débiles. Y en todo caso no siempre se logra destruir sin más un pasado para poder vivir en el presente, como aconsejaba NIETZSCHE, ni a veces es ello menester, ni tampoco es ello posible si no hay perentoria necesidad; es decir, si ese pasado no se ha hundido ya solo. Cada disciplina puede tener por lo demás su muy vivo presente, que a veces se solapa con el pasado de otra, pero que le permite prescindir tranquilamente del presente de esta última, por más que ésta dé por superado ese pasado.

2. Una especie de retorno a HEGEL

a) Una cierta ebullición en la teoría del Derecho

Pero a mí me parece que con lo dicho no quedan explicados libros como el presente. Hay que recurrir a otra clase de razones más específicas y del momento. Y yo creo que básicamente se trata de la siguiente. Hoy se registra una cierta ebullición y excitación en el campo de lo que genéricamente podemos llamar teoría jurídica, en España lo mismo que en todas partes. El libro del Prof. VIVES creo que es prueba de ello. Por parte del jurista se advierte una voluntad de ponerse al corriente, de estar al día. Y ello significa la voluntad de ajustar expresamente el ritmo propio de la teoría (digamos que intrajurídica) del Derecho al ritmo de otras disciplinas. La teoría jurídica ha dejado de ser esotérica. Al profano empieza por primera vez a interesarle. Y pienso que el teórico del Derecho se vuelve consciente de ello y deja de escribir sólo para juristas. Esto es nuevo. Algo ha pasado cuando esa presión adaptativa que el teórico jurídico siempre

experimentó, se vuelve hoy tan eficaz; incluso diríase que por encima de las necesidades internas de la propia disciplina. Diríase que hoy se ha convertido en una necesidad de la teoría intrajurídica el adaptarse al exterior. Y lo que ha pasado me parece fácil de describir. La gran teoría sociológica que en Centroeuropa se ha producido en los últimos veinticinco años ha redescubierto el Derecho. Y lo ha hecho en términos tales, que en ese redescubrimiento ha entrado en la propia *teoría intrajurídica* superándola y vaciándola; es decir, apropiándosela desde dentro, reconstruyéndola desde dentro y compitiendo desde dentro con ella, de suerte que hoy es bien difícil al teórico del Derecho hacer teoría intrajurídica sin verse concernido por esa gran teoría extrajurídica.

b) *La «filosofización» de la teoría sociológica*

Vayamos por partes. Naturalmente, yo me estoy refiriendo a posiciones del tipo de la de N. LUHMANN o de la de J. HABERMAS. Y añadido que desde este tipo de teoría sociológica o filosófica (o ambas cosas a la vez, pues ese tipo de controvertida gran teoría ha tenido por consecuencia, precisamente por lo controvertible que resulta, una filosofización de las ciencias sociales) se ha *redescubierto* el Derecho. Digo que se ha redescubierto porque, en efecto, en el contexto de la tradición de teoría sociología el Derecho había sido ya descubierto a fines del siglo pasado y a principios de éste. Basta hojear obras como *La división del trabajo social* de E. DURKHEIM o las partes correspondientes de *Economía y Sociedad* de M. WEBER para convencerse de que el primer descubrimiento estaba ya hecho y que el redescubrimiento que se ha producido en los últimos veinte o veinticinco años ha dependido en buena parte de aquel primero. Esto por un lado.

Pero por otro lado, habría que poder decir en qué ha consistido ese *redescubrimiento*. A tal fin empecemos recordando un texto clave que en la historia del pensamiento centroeuropeo moderno representa algo así como un punto de inflexión; se trata del tránsito del tipo de consideración ética y política del orden social, en que consistió la tradición de la «Política clásica» (a la cual estuvo también ligada la visión tradicional del Derecho), al tipo de consideración del orden social que la sociología representa; o mejor aún, se trata de un texto en el que ambos tipos de consideración aparecen articulados y hermanados. Ese texto lleva precisamente por título *Filosofía del Derecho*; se trata de la de HEGEL. Ese texto

representa el último instante en que aparece todavía junto lo que después, separadamente, sólo podría ser ya filosofía, filosofía de la historia, filosofía del derecho, elementos dogmáticos de derecho civil, penal y constitucional, sociología, o teoría económica.

En una primera aproximación, el redescubrimiento que se ha producido del Derecho en el contexto de la renovación que la tradición de teoría sociológica ha experimentado en los últimos veinte o veinticinco años podría caracterizarse del modo siguiente: planteamientos como el de HEGEL han vuelto a demostrar su adecuación y potencia. Pero decir esto no sería admisible sin más.

c) *El positivismo jurídico*

Pues es claro que el tipo de teoría del Derecho que representa la *Filosofía del Derecho* de HEGEL es lo que, desde mediados del siglo XIX, la ciencia jurídica, la cual, en efecto, decidió entenderse a sí misma como ciencia seria y, a ser posible, como ciencia positiva, expresamente ya no quiso ser. Y no quiso serlo precisamente por eso, porque en conjunto quiso ser ciencia positiva del Derecho.

El que, en lo concerniente al método científico, se insistiera particularmente en la neutralidad valorativa (entiéndase también: neutralidad política) aneja al carácter objetivante del método científico, y el que ello acabara permeando incluso fragmentos de ciencia jurídica inicialmente ligados a la filosofía práctica de KANT y a la filosofía de HEGEL, o al menos convirtiéndose en marco de ellos, revela que en Centroeuropa, en el ámbito de la lengua alemana, en el ámbito por tanto de una modernidad política muy restringida y retrasada, las motivaciones de esta evolución, de ese afán de neutralidad científica, no fueron siempre santas, sino que tuvieron también que ver con la neutralidad política exigida a la clase intelectual europea, con la neutralidad e ignorancia de la política, que caracterizó siempre a los *mandarines alemanes*, como los llama HABERMAS.

Pero dicho esto, hay que añadir inmediatamente que en el ámbito de la lengua inglesa, esa misma evolución o una evolución totalmente análoga se impuso con BENTHAM y AUSTIN precisamente por las razones contrarias, es decir, por la motivación de desligar al Derecho de sus fuentes tradicionales y de ligarlo decididamente a la voluntad planificadora del legislador

democrático-utilitarista. Políticamente, el Derecho quedaba definido en definitiva no más que como instrumento de esa voluntad; es decir, como un instrumento al servicio de una visión utilitarista del buen orden social, ajena como tal al instrumento mismo de su ejecución, por más que el instrumento se ajustase perfectamente a esa ejecución. Vistas así las cosas, el instrumento mismo no podía ser sino *objeto*, es decir, no podía resultar accesible a otro tipo de saber que al tipo de saber que representa una ciencia positiva. Este paralelismo y analogía de evoluciones parece indicar que se trataba de una tendencia enteramente general, la de una despedida de la especulación y la de una creencia en la posibilidad y en la necesidad de reducir toda esfera de conocimiento al tipo de conocimiento que representaban *las ciencias*.

d) *Una reinterpretación habermasiana de KELSEN*

En ese contexto de una general orientación positivista, se produce un curioso juego de cambios e incluso de inversiones del signo político. Frente a la tradición de ciencia jurídica utilitarista-positivista, o también frente a la *deconstrucción* científico-sociológica que, movido por una intención de radical crítica social, el *realismo jurídico* anglosajón hace de la autocomprensión del sistema jurídico, *El Concepto de Derecho* de H. L. A. HART, o mejor, la reanudación que HART representa de la tradición de positivismo jurídico anglosajón, le aparece más bien al profano (por lo menos al profano que no tiene ningún interés especial en la existencia de una ciencia jurídica positiva) como una positiva y acrítica aceptación, ciertamente una aceptación sociologizante, de las buenas y acreditadas instituciones jurídicas inglesas. En cambio, en el contexto de la dudosa neutralidad valorativa de la tradición de ciencia jurídica centroeuropea, uno propende a leer la apolítica *Teoría Pura del Derecho* de H. KELSEN (e incluso los antecedentes que ese libro tiene en posiciones de positivismo jurídico como la de P. LABAND), no ciertamente como un panfleto político, pero sí como un impresionante monumento de pensamiento político. Basta leer la *Teoría Pura del Derecho* desde el libro *Esencia y valor de la democracia* (y téngase presente que este opúsculo de KELSEN se convirtió en la Centroeuropa prefascista casi en la única —si no en la única— defensa que se hizo de la democracia liberal). Y en efecto, cuando se la lee desde ese libro, cuando se la lee políticamente, la obra principal de KELSEN cobra también para

el profano una impresionante dimensión ética y política. Condición humana moderna es la no posibilidad de acuerdo sobre visiones últimas de la vida y del mundo pues, como enseñó KANT, esas visiones últimas de la existencia no son susceptibles del tipo de validación que caracteriza al tipo de conocimiento en que aproximadamente podemos ponernos de acuerdo, el conocimiento científico. Experiencia del hombre moderno (y duro aprendizaje del hombre moderno, a punto de quedar barrido por el fascismo) es que no es posible organizar la convivencia social sino sobre normas en las que pudiesen ponerse de acuerdo gentes que en definitiva puede que no estén de acuerdo en nada esencial. Se trata de organizar la convivencia entre gente que es escéptica respecto de las visiones de la vida y del mundo (y por tanto respecto de las visiones del valor moral y de la justicia) que tienen todos los demás; lo cual no es posible si al mismo tiempo no han cobrado una escéptica distancia respecto a lo que ellos mismos consideran lo más propio e irrenunciable de sí mismos; es decir, si no han aprendido también a mirarse a sí mismos como miran a los demás; esto es: si no han aprendido a verse también a sí mismos desde los ojos del otro. Y este fue el lento resultado del durísimo proceso de aprendizaje histórico que en los umbrales del mundo moderno representaron las guerras de religión, de cuyos resultados y solución dependió la forma que cobraron el Estado moderno, el derecho positivo moderno y también el positivismo jurídico; el Estado moderno y los criterios de legitimidad liberales y democráticos a que acabaron sujetándose la producción y posición del Derecho. Pues bien, este escepticismo o distancia respecto de la propia ideología, respecto de la propia religión y, si se quiere también, respecto de la propia patria, es decir, esta capacidad de abstracción y distancia respecto de sí mismo, manteniéndose sin embargo cabe sí mismo, es ingrediente típico de valor *neutralidad* que caracteriza al *escepticismo* de la mentalidad científica. El hombre moderno ha aprendido que en el contexto de la condición humana moderna no es posible organizar la convivencia si no es desde una mentalidad provista de un escepticismo afín al de la mentalidad científica, que garantice la neutralidad respecto a las valoraciones últimas, aunque no la neutralidad respecto a esa propia neutralidad. En ello estriba la esencia y el valor de la democracia. Ahora bien, una regulación de la convivencia que en principio resulte neutral respecto de las convicciones últimas que cada cual tiene de la vida y del mundo, no tiene más remedio que adoptar la forma coercitiva y abstracta

que representa el derecho positivo moderno (más abajo oiremos a HABERMAS explicar por qué). La ciencia jurídica, una ciencia positiva y neutral, al ofertar al sistema jurídico mismo los conceptos de los que se nutre su autocomprensión, es decir, la comprensión del propio sistema en su funcionamiento, es a la vez la representante y la guardadora de la neutralidad valorativa que ha de caracterizar a ese Derecho, pues en realidad no hay otro valor compartido que esa neutralidad del Derecho mismo. La famosa *Grundnorm*, que podría formularse: *debe obedecerse el Derecho*, y que siempre es una norma presupuesta, pues sería inútil ponerla, se revela como el imperativo de que la convivencia debe y puede ser digna por encima de toda ética; es decir, no estribando en más ética ni en más norma que en la de independencia y neutralidad que esa propia *Grundnorm* implica; esto es, en aquello en que normativamente pueden ponerse de acuerdo gente que aprende a reconocerse en su diferencia, es decir, que aprende a reconocerse como pudiendo no estar de acuerdo en nada último. O quizá la *Grundnorm* podría también formularse *El Derecho es el Derecho*; es decir, el Derecho se presupone tautológicamente a sí mismo; es decir, una vez surgida una regulación de tipo coercitivo independiente de las éticas y que manteniendo su independencia sirve de árbitro en la pugna de intereses sociales, esa regulación no puede considerarse dimanando de otra cosa que de sí misma; es decir, ha de presuponerse a sí misma; pues de otro modo o se reduciría a violencia, o, si se hiciese derivar de una ética, se reduciría a la violencia ejercida por una determinada visión de la vida y del mundo sobre todas las demás que tienen que convivir con ella. Y no se diga que entonces la visión que se impone es la incorporada en la neutralidad del propio sistema de Derecho positivo moderno, que es una neutralidad ética. Pues eso no sería sino ponernos otra vez al principio; es decir, ello no sería sino el señalamiento de un problema cuya única solución legítima volvería a ser el Derecho positivo moderno. El Derecho positivo moderno, tal como la ciencia positiva del Derecho lo describe, y por tanto, por ser (en el contexto de la condición humana moderna) el tipo de regulación que es, esto es, una regulación esencialmente independiente de éticas y de la pugna en torno a proyecciones de una ciudad ideal, además de resolver el problema del orden social resuelve también el problema de la legitimidad (al menos provisional) de ese orden. El Derecho, por tanto, para el propio Derecho, no puede reposar en otro fundamento que en sí mismo.

A mí me resulta sorprendente que, habida cuenta de este conjunto de ideas, que con más o menos fidelidad acabo de reflejar, y que estaba expuesto ya a fines de los años veinte, el positivismo jurídico pudiera ser presentado después de la Segunda Guerra Mundial como corresponsable del vaciamiento moral que también había contribuido a la catástrofe de civilización que en Centroeuropa representaron los desarrollos de los años treinta y cuarenta. Yo creo que la causa de la confusión provino de que la afirmación positivista de que las cuestiones prácticas no son susceptibles de verdad, se interpretó después de la Guerra como equivalente a que no son susceptibles de resolución racional. Más bien sucede que es precisamente la experiencia de que las visiones religiosas o metafísicas del mundo, de las que las morales dependen, no son validables en el sentido en que consideramos validable el conocimiento que llamamos científico; más bien sucede, digo, que es precisamente esa experiencia la que pone en marcha el desenvolvimiento de las estructuras de racionalidad práctica y racionalidad jurídica que podemos considerar específicamente y definitivamente modernas.

Y llegados aquí, el lector se preguntará a dónde hemos ido propiamente a parar. Dicho de otro modo: el lector se preguntará a qué viene propiamente esta *etificación* y politización habermasiana o rawlsiana de la obra quizá emblemática de la tradición del positivismo jurídico. La respuesta es clara, aunque aún no pueda ser completa. Si lo que he dicho no resulta enteramente aberrante, el positivismo jurídico puede ser reinterpretado desde la perspectiva de una teoría de la razón práctica del tipo de las que desarrollan HABERMAS o WELLMER. Y una vez que resulta que ello es posible, no se ve cómo el teórico del Derecho, es decir, el teórico intrajurídico, atenido a los conceptos básicos del positivismo, podría eludir esa confrontación con la teoría de la racionalidad de HABERMAS, pues con interpretaciones de éste tipo, esa teoría, por así decir, se le mete en casa. El Prof. VIVES da por sentado este punto en el presente libro.

Pero recuerde el lector que empecé a hablar del positivismo a propósito de la *Filosofía del Derecho* de HEGEL. Y empecé diciendo que el positivismo significaba que la ciencia jurídica, después de HEGEL, no había querido ser lo que era la *Filosofía del Derecho* de HEGEL, y que el redescubrimiento del Derecho que se ha producido en las ciencias sociales en los últimos veinte o veinticinco años representaba una especie de rehabilitación de la

perspectivas de la *Filosofía del Derecho* de HEGEL. Esta tesis es la que quiero hacer al menos inteligible. Para ello he empezado etificando y politizando a KELSEN. Quien del *positivismo lógico* y del *positivismo jurídico* tenga las visiones difundidas después de la Guerra por A. J. AYER y G. RADBRUCK respectivamente, puede que encuentre muy dudosa esa operación; pero entonces habrá de explicar el pensamiento ético y político de los representantes del múltiple y plural positivismo vienés.

e) *De vuelta a HEGEL*

Pero ahora voy a tirar por otro lado; si lo que acabo de hacer ha sido sugerir una etificación y politización de KELSEN, ahora voy a *sociologizarlo*; es decir, voy a sociologizar el (sociológicamente impoluto) positivismo jurídico de KELSEN.

Yo empecé diciendo que la gran teoría sociológica de fines del siglo XIX y principios del siglo XX descubre el papel central que el sistema de Derecho positivo desempeña en lo que T. PARSONS llama el *sistema integrativo* de las sociedades modernas, precisamente habida cuenta de la condición humana moderna. Pero esa teoría sociológica se limita a describir más bien la *circunstancia* de ese sistema y, si acaso, a entrar tímidamente en su estructura considerada precisamente desde esa circunstancia, respetando en todo caso la división del trabajo entre una teoría intrajurídica del Derecho y una Sociología del Derecho; es decir, entre una teoría del Derecho (distinta de una filosofía del Derecho, empeñada en seguir vinculando el Derecho a una determinada ética), entre una teoría del Derecho, digo, escrita por juristas y para juristas, que se supone que suministra la concepción marco o el marco teórico general para el desarrollo de las distintas dogmáticas, y una sociología del Derecho. El propio caso de KELSEN resulta ejemplar a este respecto. KELSEN, aparte de la *Teoría Pura del Derecho*, escribe una *Teoría General del Estado* (1925), en la que el Estado no es sino el orden jurídico mismo y dentro de él principalmente la estructura de facultades jurídicamente organizada concernientes a la posición del Derecho y al respaldo coercitivo del Derecho puesto, todo lo cual no es sino Derecho. Diríase que, desde el punto de vista del Derecho, el poder, como la propia idea moderna de Estado de derecho pretende, disuélvese en el poder autorizado jurídicamente. No hubiera hecho falta demostrar

a KELSEN que ello no es sin más así. Pues eso queda bien de manifiesto en la olvidada obra de KELSEN *El concepto sociológico y el concepto empírico de Estado*, en el que la sociología empírica del Estado aparece guardando con las obras de teoría del Derecho una relación de complementariedad a la vez que de meticulosa división del trabajo.

Pues bien, yo creo que es esa meticulosa división del trabajo la que queda eliminada en el redescubrimiento que en la gran teoría sociológica de los últimos años se ha producido de la centralidad del Derecho. Y no es que haya tenido lugar una sociologización de la teoría el Derecho, ni mucho menos que el resultado haya sido algo así como *sociologismo*, como hace quince o veinte años solía decirse. Lo que se ha producido ha sido más bien una intensificación del carácter teórico de esa teoría sociológica; es decir, no parece importar mucho a esa teoría sociológica el convertirse en especulativa, ni el convertirse en *reconstrucción lógica*; ni, en todo caso, el quedar bien lejos de los criterios con que suele medirse la científicidad en el contexto de las ciencias de la naturaleza. Por decirlo así, se ha perdido el respeto a tales criterios de científicidad; ya no gozan del prestigio de que gozaban en el sentido de definir lo que paradigmáticamente hubiese de poder valer como conocimiento y como modelo de conocimiento, pues las ciencias sociales versan sobre sistemas que elaboran *sentido*, es decir, son sistemas simbólicos que versan sobre sistemas simbólicos, y por tanto no pueden eliminar de su objeto de conocimiento la reflexividad que lo caracteriza, lo cual quiere decir que no pueden contar con una estricta separación sujeto y objeto, lo cual significa que no tienen más remedio que filosofizarse. Con lo cual, y en contra de lo que el positivismo supuso, o de lo que supusieron las visiones de una *ciencia unificada*, se ha producido una filosofización de casi la totalidad de las ciencias sociales. Al menos en obras como las de N. LUHMANN o la de J. HABERMAS, que son bien representativas de aquello a que me estoy refiriendo, resultaría tan imposible como inútil tratar de discernir qué es en ellas propiamente filosofía y qué es en ellas ciencia empírica; qué es en ellas no más que reconstrucción conceptual y qué es en ellas intento de comprensión explicativa de fenómenos sociales y de desenvolvimientos sociales, los cuales no son tales fenómenos ni tales desenvolvimientos sin venir también constituidos por una interpretación de sí mismos, es decir, constituidos mediante *sentido*. Pues bien, esta clase de teoría sociológica, cuando se convierte en teoría sociológica del Derecho, no lo es sino mediante lo que de algún modo

cabría llamar una apropiación de la teoría intrajurídica del Derecho por parte de la sociología del Derecho. Ya no se trata de un tipo de consideración complementario a la teoría intrajurídica del Derecho, que se limite a averiguar las circunstancias externas del propio sistema jurídico y a decir desde fuera qué es el Derecho (por ejemplo considerándolo desde fuera como sistema de acción o como subsistema social, pero sin interferir en la autocomprensión de ese subsistema, es decir, sin interferir con la teoría intrajurídica). Es decir, ya no se trata de un tipo de consideración que se limite a decir qué es, visto sociológicamente; esto es: visto desde la perspectiva de una determinada ciencia empírica, aquello que normativamente, es decir, visto desde su propia perspectiva interna, se entiende a sí mismo de esta o aquella manera. Al contrario, la teoría sociológica empieza practicando, o incluye siempre, una reconstrucción de esa autocomprensión, que casi siempre consiste en una apropiación y reformulación de la conceptualización desarrollada por la propia teoría intrajurídica. Estas teorías sociológicas empiezan desarrollando, por ejemplo, una teoría de la norma, que simplemente compite con las teorías de la norma de procedencia intrajurídica en el mismo plano que éstas. Con ello éstas quedan fuera de sí, y quedan puestas en un contexto más amplio que el accesible a su vieja percepción interna, teniéndose a la vez la impresión que de la vieja teoría intrajurídica y de la vieja percepción poco se ha perdido, si es que en realidad se ha perdido algo.

f) *Una interpretación luhmaniana de KELSEN*

Y a este respecto cabe hacer referencia al vaciamiento y reconstrucción que N. LUHMANN lleva a cabo de la propia tradición del positivismo jurídico, insertándola en la perspectiva mucho más amplia del funcionalismo sistémico. Y ésta era la *sociologización* de KELSEN, a la que antes me refería. La clausura kelseniana de un ordenamiento jurídico es interpretada por LUHMANN como carácter sistémico del Derecho, como autocierre sistémico del Derecho. Y la *Grundnorm* o la *norma de reconocimiento* de HART, como autosuposición de un sistema autopoietico cerrado sobre sí una vez constituido el código conforme al que, cerrándose sobre sí, se abre al entorno. La relectura en el código binario justo-injusto (en el sentido de conforme a derecho o no conforme a derecho, en el sentido siempre del derecho vigente o de candidatos a derecho vigente) es el medio con que

el Derecho, *encapsulado* (que diría HABERMAS) sobre sí y sin poder interpretar ni entender ni relacionarse si no es conforme a ese código, reduce la complejidad que el entorno le impone; es así como el sistema jurídico se autoconstruye, diferenciándose, y complejizándose a la vez internamente para así hacer frente a su propia complejidad y a la de fuera. Con lo cual resulta cada vez más compacta la solidez del código en esa su peculiaridad y más imprescindible el papel del subsistema-Derecho en el sistema social global, pues parcialmente ese sistema global no es sino ese subsistema con ese código, con esa complejidad externa reducida (para otros subsistemas) conforme a ese código, y con esa complejización interna construida conforme a ese código. Más aun, el sistema global no es sino la perspectiva de indeterminación e infinitud abierta para cada subsistema, que por tanto no es interpretable sino divergentemente desde cada semántica de los códigos constitutivos de cada uno de ellos. Y todo esto está dicho en un lenguaje con una semántica construida conforme al código binario verdad-falsedad, con el que la ciencia opera, y que no es la perspectiva de interpretación con la que se opera desde el subsistema político, con su código *poder*, o desde el sistema económico, con su código *dinero*, ni tampoco el código conforme al que el sistema jurídico interpreta significativamente. Pero limitémonos al subsistema jurídico, y volvamos a hacer hincapié en la importancia que en esta visión de LUHMANN tiene la idea de que un subsistema ni entiende ni puede entender sino interpretando conforme a su propio código y reduciendo conforme a su propio código aquellos problemas con que el entorno lo confronta, que urge abordar y cabe abordar en términos del código. Ello significa que el código con que opera el Derecho no tiene que ver con el código a que obedece la lógica de la valoración moral. Es obvio que al cierre autopoietico del sistema y por tanto a que el sistema global sea como es, contribuyeron evoluciones históricas, entre las que cabe contar la de que el propio sistema jurídico fue históricamente incorporando sus propias condiciones morales de *legitimidad* en la perspectiva de la interpretación que antes he hecho del positivismo jurídico. Bien puede ser. Pero esas condiciones deben interpretarse desde el propio cierre del subsistema jurídico como subsistema y no como a sí mismas se interpretaron. Dicho de otro modo: no es que las premisas normativas de la Ilustración estén muertas y que lo que siga discurriendo sean sólo sus consecuencias, como decía A. GEHLEN. Lo que ocurre es que la teoría de sistemas extrae la verdad de aquellas premisas ilusivas, las cuales aparecie-

ron precisamente como ilusivas una vez que el positivismo desligó verdad y derecho, verdad y moral, y derecho y moral, resultando su contingente verdad no ser otra que aquella que pretendieron tener y sobre cuya naturaleza, sin embargo, se autoengañaron; a saber: la de entrar a configurar el tipo de subsistema que contingentemente configuraron y con ello el mundo que contingentemente configuraron. Todo lo demás sería confundir la verdad con el dinero, el dinero con el amor, el amor con el poder, el poder con la verdad, la verdad con el derecho, el derecho con la valoración moral y otra vez la valoración moral con la verdad y quejarse después de que en este mundo que, de forma enteramente contingente, pero irreversiblemente es como es, esos irreductibles códigos no se dejan en realidad confundir, precisamente por haber llegado a ser contingentemente lo que son (y no otra cosa) en el mundo contingente que configuraron conforme a una evolución histórica asimismo contingente.

g) *Primado de la teoría de la acción*

Pues bien, retomando el hilo de lo que venía diciendo, buena parte de la excitación y ebullición que se hace sentir en la teoría del derecho es, a mi juicio, la respuesta de los juristas a la atracción que la teoría de la sociedad de los últimos años experimentó por lo que podríamos llamar las obras paradigmáticas de la teoría intrajurídica cuando descubrió el papel central del derecho. Esas obras paradigmáticas se han convertido hoy en buena parte en teoría compartida por todos, en obras compartidas por todos. Por referirme sólo a los dos casos que mejor conozco y a los que me estoy limitando, el conocimiento de los grandes textos de la tradición del positivismo jurídico, o de los grandes textos de teoría intrajurídica producidos en Centroeuropa en torno a los años veinte y de los grandes textos del positivismo jurídico o del realismo jurídico anglosajón son hoy condición para entender las teorías simultáneamente sociológicas y filosóficas que del Derecho se vienen desarrollando tanto en el contexto de la teoría de sistemas como es el caso de LUHMANN, como en el contexto del tipo de sociología, filosofía y teoría del Derecho que viene desarrollando HABERMAS, como incluso en el contexto del tipo de teoría y filosofía del Derecho, o al menos de fragmentos importantes del sistema jurídico, que viene desarrollándose en el contexto de la *nueva teoría económica de la sociedad*. Llama la atención —pero cabría mejor decir que hoy ya no es

una sorpresa para nadie— el que ambos tipos de teoría, el tipo de teoría que surgió dentro del mundo jurídico y el tipo de teoría venida de fuera, se vuelven hoy casi indiscernibles, con la importante consecuencia de que también para el teórico del Derecho su propia disciplina queda puesta en un sistema de referencia de muchos más registros, del que en adelante le es difícil prescindir, al igual que al filósofo y al sociólogo se les abre internamente un campo, el del propio Derecho, al internarse en el cual fácilmente se pierden: con la misma facilidad con que el teórico del Derecho se pierde en distinciones conceptuales que en el campo de la filosofía o de la teoría sociológica casi son rutina. La situación se vuelve así más compleja y difícil; pero esa posibilidad de equivocarse no se remedia tratando de convertir en reversible una situación que no lo es. En tal situación nada se arregla con la máxima de *zapatero a tus zapatos*. Pero hay más: como quiera que los distintos fragmentos de teoría intrajurídica es decir, las distintas dogmáticas dependieron también siempre directa o indirectamente de esos marcos conceptuales suministrados por las grandes teorías del tipo de la de KELSEN y de otras posiciones de los años veinte, del tipo de teoría a las que se volvió después de la Guerra, o de las atemperadas reformulaciones del positivismo jurídico que han representado HART, BOBBIO, etc., el resultado es que importantes fragmentos de teoría intrajurídica que antes estaban obedeciendo casi en exclusiva a su propio ritmo interno de desenvolvimiento —pienso que éste es el caso de la dogmática del Derecho penal que en este libro el Prof. VIVES desgrana en sus alternativas conceptuales básicas— quedan sujetas a una presión adaptativa que no conocían antes, a la presión al menos de adaptar la conceptualización básica a la transformación que esa conceptualización ha experimentado en esas teorías de tipo más general. Y tal como lo veo, el libro del Prof. VIVES responde al proyecto de discutir esas alternativas básicas hasta llevarlas netamente al *status questionis* que, en lo que respecta a teoría de la acción, subyace en obras como *Facticidad y Validez* de HABERMAS.

Mas no quisiera yo *con la grande polvareda haber perdido a don Beltrane*. Yo empecé diciendo que el redescubrimiento del Derecho por parte de la gran teoría a la vez sociológica y filosófica que se ha producido en los últimos veinte o veinticinco años representaba algo así como una rehabilitación del tipo de consideración con que HEGEL en su Filosofía del Derecho abordaba la naturaleza del Derecho. Pues HEGEL abordaba el Derecho desde una perspectiva en la que (antes de que las cosas tuvieran

estos nombres) se articulaban sociología, sociología comprensiva, teoría de sistemas, teoría económica, perspectiva intrajurídica, teoría ética, filosofía política y teoría de la razón. Difícilmente se podrá conceptuar hoy adecuadamente en Derecho, ni siquiera internamente, es decir, intrajurídicamente, sin adoptar una articulada y cambiante pluralidad de esas perspectivas. Pues en lo que concierne a decir qué es el Derecho y a operar intrajurídicamente de forma conceptualmente solvente, cada una de esas perspectivas quizá venga ya hoy de antemano ocupada o por lo menos infectada por todas las demás. Y lo que he querido sugerir primero con una interpretación de KELSEN en términos de *teoría crítica* y después con la interpretación que he hecho de KELSEN en términos de teoría de sistemas es que las articulaciones posibles de las perspectivas señaladas pugnan hoy entre sí, y que no hay un KELSEN; es decir, que no hay teoría intrajurídica que podamos considerar ajena a la pugna entre las diversas articulaciones posibles de esas perspectivas, o que hoy pueda consistir en otra cosa que en la propia pugna entre esas posibles articulaciones. La articulación que de esas perspectivas lleva a cabo HABERMAS viene, como es bien sabido, directamente inspirada por HEGEL, si bien de un HEGEL vuelto a reducir a la teoría de la racionalidad de KANT, y se distingue de la articulación que hoy se efectúa de esas mismas perspectivas en el contexto de la teoría de sistemas por la rotunda afirmación que posiciones como la de HABERMAS comportan del primado hegeliano de la teoría de la acción.

3. Teoría de la acción

Una rotunda afirmación de ese primado se repite en el libro del Prof. VIVES. En el libro del Prof. VIVES se toma desde la primera página una decisión, de la que yo no sabría decir si es que desde el principio quiere presentarse como tal decisión, o si resulta más bien que tal decisión se oculta en y tras el modo habitual de proceder de la dogmática del Derecho penal, a la que no he tenido más acceso que el libro —y los libros— del Prof. VIVES. Tengo la impresión que se trata de un modo de proceder habitual en esa dogmática, pero que aquí va quedando convertido poco a poco en una importante tesis, y por cierto en una de las más importantes tesis que subyace en la teoría y sociología del Derecho de HABERMAS frente a las posiciones funcionalistas. Se trata de la neta afirmación, en el campo de la teoría del Derecho, del primado de la teoría de la acción sobre

la teoría de sistemas. Ese primado viene a significar lo siguiente: de qué se trata en ese campo es algo que en último término hay que decidir en términos de acción. Cualquier otro tipo de consideración, es decir, cualquier otro tipo de consideración que no proceda en términos de una teoría de la acción, sino en términos por ejemplo de teoría de sistemas o en términos funcionalistas en general, sea cual fuere la importancia de los fenómenos que enfoque, ha de subordinarse a lo obtenido de una consideración en términos de teoría de la acción, so pena, o so peligro, de errar los fenómenos básicos del campo (incluso los fenómenos en que esos otros tipos de consideración particularmente se acreditan) y sobre todo la estructura básica del campo. Podría objetarse que estas afirmaciones son vacías por cuanto que también hay una teoría funcionalista de la acción o una teoría sistémica de la acción, y por tanto con la idea de primado de la teoría de la acción se habría dicho bien poco. Creo que ello no es así; en esas posiciones funcionalistas o sistémicas las categorías básicas son otras que las concernientes a acción, y sólo en términos de ellas queda conceptuada la *agency*. Pero cabría insistir en que, pese a que ello en efecto es así, eso es todo lo que la acción es. Esto es precisamente lo que esa afirmación del primado de la teoría de la acción cuestiona. Y por tanto lo que se está afirmando es que cuando el análisis se centra en la *agency* misma, quedan enteramente relativizados y reformulados los conceptos a los que en las posiciones funcionalistas esa *agency* queda reducida. Y el caso es que el Prof. VIVES procede aquí con tal radicalidad, que cuando, sobre todo en la tercera parte del libro, se plantea la discusión con las posiciones funcionalistas en la dogmática del Derecho penal, que es cuando la afirmación del primado de la teoría de la acción tendría que hacerse explícita, ello ni siquiera resulta ya menester. La problemática que el análisis del concepto de acción ha ido arrojando a lo largo del camino que representan la parte primera y segunda de este libro es tal, que en la parte tercera (capítulos octavo y noveno) resulta evidente —a propósito del concepto de norma— que los problemas planteados por esa vía son teóricamente previos a los que quepa plantear desde posiciones funcionalistas y sistémicas y que por tanto los que quepa plantear desde estas posiciones han de quedar asumidos y resituados en aquellos. La radicalidad proviene de que la argumentación recurre a las bases mismas de la posición de HABERMAS; es decir, de que la argumentación es entera y consecuentemente wittgensteiniana, resultando que el mundo objetivo y el mundo subjetivo, cosas y subjetividad

(o los conceptos concernientes a las dimensiones a las cuales apelan los dos grandes tipos de teoría de la acción —causalista y finalista— que han prevalecido en la dogmática del Derecho penal), no lo son sino en el mundo del sentido, contra el cual rebotan categorías como las de subjetividad, hecho, cosa, cuando se trata de reducirlo a ellas. En su prolija, exhaustiva y fina discusión, el Prof. VIVES va mostrando cómo los conceptos más adecuados cuando tratamos de definir qué queremos decir con acción, hacen sistemáticamente referencia al ámbito del sentido y de la interpretación, el cual no se deja apresar en conceptos que hacen referencia a objetividad y subjetividad, sino que éstos dependen de aquellos. La destrucción de una concepción objetivante de la acción, al igual que la destrucción de una concepción subjetivista de la acción, pues ése es el carácter de las teorías causales de la acción, por un lado, y de las teorías finalistas de la acción, por otro, cuando además se las lleva a cabo casi a la par, para desembocar en una teoría *significativa* de la acción, esas dos destrucciones paralelas, digo, producen una especie de vértigo. Al final de la primera parte y al principio de la segunda, el libro del Prof. VIVES refleja perfectamente esa sensación de haber perdido suelo, de no saber en qué estribamos ya, pues que no podemos estribar si en lo objetivo ni en lo subjetivo. Esta situación no es nueva en la historia del pensamiento. Es perfectamente reconocible en la primera gran filosofía de la acción —o articulada toda ella en términos de acción— que se produce en el contexto del pensamiento moderno y en concreto del pensamiento de KANT, me refiero a la filosofía de FICHTE. En la filosofía de la acción de FICHTE la capacidad de reflexión, el signo, el sentido, la interpretación, la capacidad de relación consigo y con las cosas que caracteriza al hablante, el que el lenguaje o el sentido sean el lugar desde el que el sujeto se refiere a sí y a las cosas, el que el lenguaje y el sentido sean el lugar en el que el sujeto (que no es sino entendiéndose) y las cosas (que para el sujeto no son sino mostrándose éstas como tales, y por tanto entendiéndolas), el que el lenguaje y el sentido sean el lugar en el que el sujeto y las cosas reduplicativamente son, es decir, en el que las cosas aparecen, todo eso, digo, queda interpretado en FICHTE en términos de no-ser, en términos de nada, términos de la distancia respecto de nosotros mismos, en la que la clase de ente que somos radica, y en la que la libertad consiste; nada, entender y libertad quedan estrechamente relacionados. Esa *diferencia* o *claro* que se produce en medio de las cosas y que es el espacio en que las cosas se muestran como tales y en el que sujeto empí-

rico que somos se relaciona consigo mismo; en suma el ámbito del sentido, de la interpretación y de la acción, es conceptualizado asimismo por HEIDEGGER en términos de no-ente, de nada. Y pese a las bromas de R. CARNAP (*la nada nada*, esta aproximativa traducción de una frase de HEIDEGGER en *Qué es Metafísica* se convirtió en España en los años sesenta en la versión de ellas), resulta que esa posición de HEIDEGGER puede glosarse perfectamente bien en términos del segundo WITTGENSTEIN. Del desasosiego que esta posición produce, de ese no saber bien dónde se está en definitiva cuando se deconstruyen tanto el concepto causalista como el concepto finalista de acción, es decir, cuando se deconstruyen tanto los conceptos objetivistas como los conceptos subjetivistas de acción, y que como digo, en la exposición del Prof. VIVES, uno vuelve a experimentar, da buena razón Albrecht WELLMER. WELLMER fue un discípulo muy temprano de HABERMAS a la vez que de Th. W. ADORNO y que hoy, moviéndose desde luego en la perspectiva de HABERMAS, ocupa en el aspecto que ahora mismo me interesa aquí una cierta posición equidistante de HABERMAS, ADORNO, HEIDEGGER y WITTGENSTEIN. Conviene oír al propio WELLMER a propósito de una reformulación del concepto kantiano de *inteligible* en categorías de WITTGENSTEIN: «En cierto sentido, pienso yo, ADORNO tenía razón, cuando para lo absoluto, para el yo inteligible, buscaba un lugar entre el ser y el no-ser. Pero como ADORNO operaba con una dialéctica sujeto-objeto, con una dialéctica de lo objetivo y subjetivo, no le quedó otra salida que buscar ese tercero en la idea de un ser *futuro*. Pero ya KANT, con anterioridad a toda metafísica crítica, había determinado de forma más convincente ese lugar entre el ser y el no-ser como el lugar de un ser *práctico*: hay libertad en el mundo en la medida en que nosotros sólo podemos actuar bajo la idea de libertad. Este ser de la libertad no designa... sino un modo de ser del mundo lingüísticamente abierto, a causa del cual el ser de ese mundo, el ser del mundo del sentido lingüísticamente abierto, tiene que permanecer inaccesible en rigor al conocimiento objetivante, al conocimiento que no quiera operar más que sobre hechos y cosas, y tiene que aparecerle como un no-ser. Pero en KANT este fecundo pensamiento permanece todavía tapado por una trama de presupuestos articulados en términos de filosofía de la conciencia, de filosofía de la subjetividad, y en último término de la conceptualización bipolar sujeto-objeto; sólo en la filosofía más reciente —pienso sobre todo en HEIDEGGER, en WITTGENSTEIN y en los pragmatistas americanos— se han establecido los presupuestos necesari-

rios para reformular esa idea de KANT en términos de filosofía del lenguaje y para generalizarla así a la vez. Esa idea reza entonces —y así la encontramos de forma particularmente clara en HABERMAS— que el ser del sentido lingüístico, de la libertad, de la verdad, de la razón es un ser *performativo* o *realizativo*; un ser que sólo se constituye en la actitud realizativa o performativa de los sujetos que comunican lingüísticamente y sólo se mantiene en ella. HABERMAS ha caracterizado este ser realizativo del lenguaje mediante una red de pretensiones de validez, suposiciones y relaciones de reconocimiento que serían elemento constitutivo de la comunicación lingüística... No podemos comunicar lingüísticamente sin entablar recíprocamente pretensiones de validez que, por su sentido, quedan ligadas al contexto a la vez que trascienden ese contexto, y que, por tanto, en esa su contextualidad son a la vez incondicionadas y que, así cabría decirlo, se enderezan a una comunidad ideal —en el sentido de indefinida o ilimitada— de comunicación. Cabría aclarar el ser realizativo del sentido lingüístico recurriendo al ejemplo de la comprensión de manifestaciones, elocuciones y textos, o lo que es lo mismo, a la conexión que, como acabamos de señalar, se da entre significado y validez. Este es el campo en el que en la moderna filosofía del lenguaje se ha puesto en marcha —en WITTGENSTEIN, no menos que en GADAMER— la crítica a la inaceptable comprensión objetivista del ser del sentido lingüístico. Tanto la tesis de GADAMER acerca del momento aplicativo que el entender comporta, como también las explicaciones que da WITTGENSTEIN del significado de las palabras apelando al uso que de ellas se hace en el lenguaje, remiten al ser *realizativo*, *performativo* del sentido lingüístico: sólo hay sentido lingüístico desde la perspectiva de los hablantes que en el lenguaje se entienden unos con otros sobre algo, por así decir: desde una perspectiva de uso que se orienta por la validez. El sentido lingüístico se forma y mantiene en el logro o malogro de la comunicación lingüística.» Interrumpamos por un momento este texto de WELLMER para hacer hincapié en que, por supuesto, todo esto vale *a fortiori* (digámoislo así) para lo performativo o realizativo mismo, es decir, para la acción, que se convierte por tanto en un no-ser, en el concepto último y primario (como ya sucediera en FICHTE), el cual queda indisolublemente ligado a los conceptos de sentido, interpretación, validez y verdad. La acción no pertenece al mundo, no aparece como hecho en el mundo objetivo, como subraya el Prof. VIVES al principio de la segunda parte del presente libro, porque la acción, lo realizativo, lo perfor-

mativo es el campo donde radican las condiciones de posibilidad de que a la clase de seres que somos nos venga abierto algo así como mundo, e incluso, como oiremos enseguida a WELLMER, de que nos vengamos dados a nosotros mismos, es decir, de que haya sujeto y mundo subjetivo. Prosigue WELLMER: «Y por cierto, no hay criterio externo alguno —sustraído al ser realizativo del lenguaje— de tal logro o malogro. Lo que hay son sólo correctivos internos de la práctica lingüística misma: el logro de la comunicación lingüística ha de acreditarse fuera de su propio contexto y desde la perspectiva de terceros; es decir, tanto en el contexto de vida en que esa comunicación se produce como ante el foro de una posible comunidad de comunicación que por principio no resulta delimitable. Mediante la idea de validez se inserta en el mundo del sentido lingüístico una vara de medir, un canon crítico; pero un canon crítico que ni se refiere a un ser ideal allende el lenguaje, ni tampoco a una forma ideal de entendimiento lingüístico, sino que sólo designa la fuerza autotrascendadora de la razón incorporada en cada caso en el lenguaje.» Lo que sigue se refiere a temas de la nueva concepción y a la cuestión de la subjetividad, del yo empírico, del mundo subjetivo: «El ser realizativo del sentido lingüístico es la esfera de aquello que KANT llamaba lo inteligible —si queremos seguir empleando aquí la expresión kantiana—. Es en efecto un reino allende la naturaleza en la medida en que por naturaleza entendamos el ser objetivable en el sentido de KANT. Pero a la vez es una parte de la naturaleza, pues va ligado a la intersubjetividad de criaturas finitas *naturales*. El ser realizativo del espíritu y con él el reino de lo inteligible viene finalmente limitado por la muerte. (En contra de lo que ADORNO supone) le falta la fuerza mesiánica que le permitiese suprimir y superar en un sentido superior o en un metasentido las experiencias de la contingencia, de la falta de sentido moral y existencial, del fracaso, del conflicto irresoluble o de la fragilidad del sujeto y de todas las relaciones intersubjetivas... Sin embargo, el sujeto empírico sólo existe como sujeto empírico, como yo individuado, en la medida en que ha crecido en el *mundo inteligible* del sentido lingüístico; expuesto a las exigencias de la razón y de la moral, que son constitutivas de su ser-sujeto y de las que nunca podrá escapar sin poner en cuestión las condiciones de su existencia empírica como un yo individuado. Los hombres son, pues, realmente ciudadanos de dos mundos; sólo que el mundo inteligible; es decir, el mundo público intersubjetivo, del sentido lingüísticamente abierto, viene rodeado por el mundo de la naturaleza, y cabría

decir con HEIDEGGER: queda bajo la sombra de la tierra. La tierra significa aquí tanto lo sensible dentro del sentido lingüístico, el suelo sensible del sentido, como lo otro del sentido; lo otro del sentido —la naturaleza— es a la vez suelo y abismo para el mundo abierto en términos de sentido...» (A. WELLMER, *Endspiele*, Francfort 1993, 196 ss.).

La primera y la segunda parte de este libro del Prof. VIVES consiste en llevar las alternativas conceptuales básicas de la dogmática del Derecho penal a la altura de este *status quaestionis* en lo que se refiere a los conceptos de acción. Para ello el Prof. VIVES se acoge básicamente a un tipo de argumentación más radical que la de HABERMAS, a la argumentación del propio WITTGENSTEIN, que a este respecto sólo resulta comparable en radicalidad a la de HEIDEGGER o a la de los pragmatistas americanos, o, en lo que se refiere a la rotunda afirmación de la primacía de las categorías de acción, a posiciones como la de FICHTE.

Pero, si no estoy interpretando muy mal lo que el Prof. VIVES dice, creo —e incluso ello me parece evidente— que éste no se está dejando ni guiar ni confundir por otras (muchas) posibles interpretaciones de WITTGENSTEIN. Dicho de otro modo: WITTGENSTEIN es uno de esos autores respecto a los que después de interpretarlos conviene añadir siempre una cláusula que rece más o menos así: *Creo que esto es lo que WITTGENSTEIN dice, pero si no lo dice, tanto peor para él, pues lo que acabo de decir se sostiene por sí solo.* El que en este libro se esté optando precisamente por la interpretación que se opta, creo que tiene también que ver con que el Prof. VIVES, en lo que se refiere al campo de la teoría del Derecho, estaría de acuerdo con la apreciación que acabamos de oír a WELLMER de que «todas estas cosas las encontramos de forma particularmente clara en HABERMAS» y también tiene que ver con la importancia que en este libro se atribuye al hecho de que, como ocurre precisamente en HABERMAS, «ese ser realizativo o performativo del lenguaje quepa caracterizarlo mediante una red de pretensiones de validez, suposiciones y relaciones de reconocimiento que serían elemento constitutivo de la comunicación lingüística. No podemos comunicar lingüísticamente sin reconocernos mutuamente como seres capaces de lenguaje y de acción; y a la inversa, es ese mutuo reconocimiento como seres capaces de lenguaje y de acción el que resulta constitutivo para nuestra capacidad de lenguaje y de acción.» (WELLMER, loc. cit., p. 197). Lo cual quiere decir que no hay acción sin que aquello que hace-

mos pueda contar como tal o cual cosa; es decir: lo cual no puede ser sin que pertenezca a la acción misma el momento público del sentido, de la interpretación y de la validez. La deconstrucción y reconstrucción que en la primera y segunda parte de este libro se hace de conceptos básicos de la dogmática del Derecho penal me parece que viene determinada y movida por la voluntad de conectar desde esa dogmática precisamente con el marco conceptual general y el marco general de ubicación del Derecho, que la teoría de HABERMAS (y en concreto *Facticidad y Validex*) hoy ofrece. Y esto resulta claro en la tercera parte del libro, dedicada a *la doctrina de la norma*, donde esa conexión se produce, siguiendo ciertamente a HABERMAS, pero manteniendo respecto a él la distancia que permite el compartir las mismas bases que HABERMAS, habermasianamente interpretadas además, pero no sin más la letra misma de HABERMAS.

En lo que sigue quisiera referirme, en relación con esta tercera parte del libro del Prof. VIVES, precisamente a esa conexión, y voy a hacerlo entrando en su discusión con el positivismo jurídico, en la relación interna que el Prof. VIVES establece entre moral y derecho, y en el doble carácter que HABERMAS atribuye a la norma jurídica. Para ello hay que empezar con algunas referencias a HABERMAS.

4. La perspectiva de HABERMAS

Es bien compleja la forma como HABERMAS construye el concepto de Derecho positivo moderno. Para entender bien a HABERMAS conviene tener en cuenta los siguientes puntos. Primero: el Derecho pertenece al ámbito de la acción y por consiguiente también al del sentido y la interpretación y por tanto también al de la pugna entre interpretaciones. Por tanto, tal construcción tiene siempre también el sentido de una atribución de significado; es decir, no se trata nunca de una descripción de algo acabado ahí, de un objeto ahí, al que en efecto simplemente quepa pasar a describir o a definir, sino que siempre el trabajo teórico tiene un sentido práctico, interpretativo y aplicativo; pertenece a la autointerpretación sin la que la acción no es, ni tampoco es el correspondiente sistema de acción; lo realizativo sólo se abre desde dentro, aunque de lo que estemos hablando sea no más que de una partida de ajedrez. Segundo: por supuesto, el Derecho es algo más complejo y de más registros que un juego; pero, en todo caso,

si quisiéramos compararlo con un juego, se trataría de un juego respecto al que no cabe decir sin más que sea opcional jugarlo o no jugarlo; y que por tanto dentro de lo performativo (es decir, dentro de lo que no se nos empieza abriendo sino en actitud realizativa; es decir, dentro de lo que no nos resulta accesible, sino en esa actitud, y que se nos desvanecería al adoptar frente a ello una actitud de tipo objetivante) tiene que hacer referencia a lo que prácticamente o categóricamente o incondicionalmente nos define como la clase de seres que somos. Tercero: la reflexión sobre algo de tal índole no tiene más remedio que consistir también —repetámoslo una vez más— en un decidir en qué puede consistir el Derecho para nosotros, habida cuenta de lo que históricamente el Derecho moderno empezó siendo y de aquello en que históricamente para nosotros se ha convertido por desempeñar en la existencia social el papel que desempeña. Cuarto: esto quiere decir que la teoría del Derecho —sea dicho una vez más— no puede menos de ser una empresa de tipo autorreferencial, histórico e interpretativo, aun cuando se ignore a sí misma como tal. Pero a este respecto lo importante es que, como ocurre siempre en este tipo de empresas, por lo menos cuando se vuelve explícito ese su carácter autorreferencial, no tiene mucho sentido construir o proyectar un concepto abstracto de Derecho bajo el que subsumir todo lo que de uno u otro modo quepa llamar Derecho: las formas modernas y las formas premodernas de ello. Los muy distintos tipos de regulación normativa de la vida social a los que cabe referirse con ese nombre muy probablemente no se dejen subsumir bajo un concepto común que toque siquiera su estructura o esencia, al igual que, como señala WITTGENSTEIN, sería bien difícil subsumir bajo un concepto común, que dijese algo, las muy distintas cosas que entendemos por *juego*; aunque, eso sí, las distintas formas de juego guarden entre sí *aires de familia*. Para entender el Derecho positivo moderno, más que subsumirlo bajo un concepto genérico, lo que hemos de hacer es meternos dentro (en rigor no hace falta, ya lo estamos) tratando de reconstruir la *lógica* a la que obedece su aparición y su movimiento histórico, en el contexto por supuesto —en eso nunca se puede insistir bastante— de la interminable pugna de interpretaciones en que el Derecho es tal Derecho y en que el Derecho se desenvuelve. Pues, tan pronto como se pretende dar a todo esto la forma de una *ciencia* objetivante, se está simplemente errando el sentido de la *empresa racional* en que el Derecho positivo moderno consiste.

Y, ¿de qué se trata en el Derecho positivo moderno? La respuesta es bien simple: de asegurar, si es menester coercitivamente (posibilidad con la que dentro del propio Derecho hay que contar siempre), aspectos particularmente sensibles de una integración social *postconvencional*, en los términos en que el propio Derecho recoge y enfoca esos aspectos y en los términos en que dispone y articula su aseguramiento, suponiéndose que esos términos son términos de razón y de justicia. No importa que esta definición sea más bien vacía, pues esta última suposición desde luego no lo es, y por tanto muy bien podemos empezar por ella, a fin de llenar la definición de contenido. Respecto a esta última suposición, pueden darse al menos cinco posibilidades, que a mí se me ocurran.

La primera es negarla; el hecho mismo de que la estructura del Derecho positivo moderno permita pensar en esa posibilidad, denota que su autocomprensión representa de por sí un fenómeno bien complejo. Pues bien, yo creo que, aunque quien insistiese demasiado patéticamente en esa suposición, sin duda sería mirado por los juristas con cierta ironía, la negación de esa suposición sería en rigor difícilmente inteligible; por lo menos mientras se siga dando algún sentido a los términos *razón* y *justicia*. Dar un sentido a los términos *razón* y *justicia* y añadir a continuación no sólo que el Derecho nada tiene que ver con ello, sino que tampoco debe tener nada que ver con ello, no resulta inteligible. Puede que lo que se esté negando es la pretensión de idealidad, de validez ideal y supraempírica de los conceptos de razón y justicia y se los quiera ver reducidos a algo más tangible y vulgar; pero entonces estamos en alguna otra de las posibilidades que siguen.

La segunda posibilidad consiste en admitir un *doble* del sistema jurídico, un Derecho Natural, que contendría los criterios de justicia y legitimidad del Derecho positivo y anticiparía lo que han de ser sus contenidos básicos cuando el Derecho es *legítimo* o *justo*; el concepto de Derecho sería un concepto de género que contendría las especies de natural y positivo, legítimo e ilegítimo, o justo e injusto; pero sin que estas diferencias específicas afecten en rigor a la esencia genérica del Derecho positivo; el Derecho positivo que en lo que a legitimidad o justicia se refiere no es lo que debe ser, no por ello deja de ser Derecho, aunque tal ilegitimidad pueda inducir en él una deformidad no jurídica sino moral que lo lleve hasta la completa inaceptabilidad, de suerte que la cuestión de si algo era o no era de

derecho positivo deba considerarse irrelevante en caso de transgresión de normas evidentes del *derecho natural* y dicha transgresión deba castigarse como crimen contra la humanidad o contra el Derecho superior que define a nuestra humanidad. Este *doble* metafísico del Derecho positivo contiene estructuralmente por tanto la posibilidad de practicar una radical relativización del Derecho positivo, convirtiendo incluso en obligación impuesta por ese Derecho superior respaldada por la amenaza de sanción del legislador extramundano el vulnerar las normas del Derecho positivo. Diríase que este Derecho positivo así reprobado, privado del momento de validez ideal a la que debía aspirar, empieza a revelarse como no más que fuerza y que precisamente en él esa validez ideal revela su esencia puramente moral. Cabe, pues, decir que el Derecho, para poder establemente serlo, es decir, para poder no experimentar por quienes quedan sometidos a él tan radicales relativizaciones que en el caso límite lo reducen a un hecho de fuerza, tiene que asegurarse sus condiciones de *aceptancia* y ello no parece posible sin que el Derecho asuma por lo menos ser una peculiar mezcla de fuerza y moral, de vigencia empírica y validez ideal. Pues por algún lado esa *aceptancia* acabará haciendo referencia a un momento de validez ideal. Podemos entender entonces que la idea de Derecho natural representa en la historia de las ideas una explicación de ese momento de validez ideal, efectuada en términos de un *doble* metafísico de un sistema jurídico que a la vez había de contener a ese doble. Hace ya mucho tiempo que esta explicación se ha vuelto problemática tanto por lado de tal duplicación del sistema jurídico, como por el lado (como veremos) de la explicación transfísica y transjurídica; es decir, metafísica, del momento de validez ideal que parece venir contenido en el propio concepto de Derecho, como por el lado de que la validez ideal introducida tenía muy poco que ver con la que puede resultar de recibo a las estructuras de la conciencia moderna.

Una modalidad de este mismo planteamiento consiste en explicar la aceptación y el momento de validez ideal apelando a valores ideales, valores que constituirían por así decir valideces incondicionales y que, para curarse en salud, el propio Derecho positivo puede (y tendría que) incorporar como elemento declarativo, finalista y de principio de ese mismo Derecho positivo, asegurándose así como Derecho (por vía de contenidos) un momento de validez incondicional. A mí esta explicación me parece simplemente una elusión del problema de los ingredientes del concepto de validez jurídica. No se sabe bien si esos valores o valideces valen jurídi-

camente por ser los valores expresamente asumidos por el sistema jurídico o si el sistema jurídico cobra su imprescindible momento de validez ideal precisamente por asumir tales valores. La réplica suele ser que el sistema jurídico hace empíricamente eficaz a aquello que debe serlo y que sólo así, es decir, precisamente haciendo empíricamente eficaz a aquello que debe serlo, se asegura un ordenamiento jurídico la aceptación empírica, sin la cual, por más vueltas que se le dé, el concepto de vigencia se reduciría al de violencia, y la cual tiene que acabar haciendo referencia al momento de validez ideal. Esta respuesta resulta aceptable, a condición de que se nos explique en qué consiste la forma de ser de tales valideces ideales; esto es, el ser de los valores, el ser de tales entidades transfísicas.

La tercera posibilidad consiste casi en lo mismo que la segunda, sólo que en esta tercera se deja de ser metafísico, apelándose (en vez de a entidades metafísicas) a la idea de que los principios básicos de la modernidad ética y política han de entenderse más bien en términos *constructivistas*; es decir, como proyecciones o construcciones normativas en el contexto de la *condición humana moderna*. Partamos del *derecho natural clásico*, pasemos después al *derecho natural racional* moderno y démonos a continuación por convencidos de las razones subyacentes en el punto de inflexión que KANT introduce en la tradición del *Derecho natural racional* al convertir el *principio del Derecho* en un imperativo de la razón práctica. Después hagámonos menos metafísicos aun que el propio KANT, recurriendo, no obstante, a alguna formulación contemporánea de las ideas de la *Filosofía del Derecho* de KANT, como es por ejemplo *Una Teoría de la Justicia* de J. RAWLS; al igual que KANT, RAWLS parte de que las cuestiones prácticas son precisamente prácticas porque no son susceptibles de verdad; lo cual no quiere decir que no sean susceptibles de una discusión y de una resolución racionales; tras las experiencias históricas por las que fueron introduciéndose y cuajando los ingredientes que componen lo que RAWLS llama la *condición humana moderna* (más arriba he recurrido implícitamente a RAWLS para interpretar habermasianamente a KELSEN) hubo de proyectarse e inventarse una forma de organización de la convivencia social que pudiera considerarse racional y aceptable, para lo cual hubo que empezar proyectando y construyendo los principios respecto a los que tal forma racional de convivencia pudiera considerarse racional; *Una Teoría de la Justicia* se entiende como una reactualización reconstructiva y reflexiva, a la vez que como una oferta de coherentización, de esos principios. Si ahora damos además por

supuesto que, habida cuenta de esa *condición humana moderna*, el Derecho positivo moderno es instrumento imprescindible para la organización de la convivencia social, resulta entonces que el Derecho es un medio para la obtención de un fin que ya tiene sus propios criterios de aceptabilidad racional. Esos criterios no afectan propiamente a la naturaleza y estructura interna del medio; lo cual no quiere decir sin más que el Derecho tuviese la opción de regular la coexistencia social en términos que no fuesen términos de razón y de justicia; es decir, que pudiese sacudirse esa pretensión de legitimidad que le nace de ser efectivamente un instrumento conducente al fin a que sirve, porque entonces sería difícil explicar su aceptación y la referencia interna que la aceptación hace a la validez, sin lo cual perdería toda especificidad el concepto de vigencia jurídica, reduciéndose al de hábito de obediencia a mandatos y al de coerción. Pues las normas jurídicas no tienen sin más la forma de imperativos condicionados, de imperativos del tipo: *si quieres tal fin, emplea de forma adecuada los medios conducentes a él, cosa que evidentemente no tienes que hacer si lo que pretendes no es ese fin*; porque aquí se trata de un fin que no puedes menos de querer; por tanto, aunque las normas jurídicas en conjunto quizá no puedan interpretarse como imperativos categóricos, tampoco pueden interpretarse en conjunto como hipotéticos; participan al menos de la necesidad que se expresa en juicios tales como *si quieres ser feliz, haz esto o aquello*, suponiéndose que prácticamente no resultaría ininteligible la réplica de que *yo nunca he pretendido ser feliz*. El medio conducente al fin, y que en realidad acaba formando parte del propio fin, participa de al menos esta *asertividad* del fin, y ello no podría ocurrir en definitiva si en su propia estructura interna no participase de la cualidad moral que convierte en asertórico al fin, habida cuenta de que al menos parte de las normas jurídicas no son sino la estructura misma de ese fin.

Una cuarta posibilidad consiste en eliminar el concepto de validez ideal, el concepto de deber-ser ideal incluso en la versión constructivista que acabo de exponer; es decir, en eliminar la idea misma de un más allá de lo fáctico y lo empírico; esto es, en declarar ilusorio el concepto de validez. Una vez eliminado ese concepto, la estructura de esta cuarta posición sería muy similar a la de las dos anteriores; sólo que en esta cuarta sólo tendríamos que ver con la *aceptancia* convertida en magnitud empírica, a la cual quedaría en última instancia reducido el espejismo de un deber-ser ideal y categórico, o por lo menos asertórico. Conforme a esta posición la

aceptancia no contendría ni haría referencia interna a ninguna validez ideal, sino que se reduciría a una magnitud enteramente empírica que, en el sentido de razón *social*, contendría todo lo que en última instancia el concepto de validez puede tener de sustantivo y efectivo. Para ello bastaría por ejemplo articular el concepto de verdad en términos de correspondencia con los hechos, declarar después que la supuesta validez en el terreno de lo práctico y normativo nada tiene que ver con la verdad; es decir, que las cuestiones prácticas no son susceptibles de verdad en el sentido de verdad proposicional (cosa que tanto el Prof. VIVES en este libro, como quien esto escribe, dan por sentada), añadir a continuación que entonces resulta inarticulable un concepto de validez en el terreno de lo práctico (cosa que el Prof. VIVES pone radicalmente en cuestión), y concluir con que ello nada tiene de sorprendente, puesto que, no habiendo sino mundo empírico y lo que el mundo contiene, el ser de esa *razón y justicia* (que reconocidamente nada tiene que ver con la verdad) no puede ser el ser de nada *objetivo* sino el ser de hechos empíricos subjetivos y, por lo demás, enteramente contingentes y azarosos; de hechos empíricos subjetivos que pertenecen al género de los fenómenos psicológicos de tipo emotivo (de ahí su fuerza y potencia), pero cuyas supuestas pretensiones de validez internas han de declararse por tanto ilusivas, no pudiendo haber respecto de ellos más verdad que las que descubre la Psicología empírica o la Sociología cuando éstas logran adecuadamente objetivarlos como lo que son, como hechos; esos hechos pertenecen obviamente al entorno empírico del sistema jurídico, del Derecho, al que éste no tiene más remedio que adaptarse, y con el que el Derecho no tiene más remedio que *interpenetrarse* como condición de su propia estabilidad, pues ese entorno representa el medio de su existencia, al igual que el Derecho representa uno de los medios de persistencia de ese su entorno social. No puede, sin embargo, decirse que esas exigencias como tales ni tampoco el contenido de ellas resulten sin más inmanentes a la propia estructura del Derecho positivo moderno. La estructura como tal del medio puede muy bien ser independiente de tales exigencias. Más bien, esa estructura ha de convertirse en objeto de una ciencia que se mantenga valorativamente neutral respecto del contenido de esas exigencias contingentes y de cualquier autocomprensión ilusiva de ellas y que logre objetivar y escudriñar la naturaleza del objeto que el Derecho es; esas exigencias pueden adoptar una determinada forma; lo mismo que podrían adoptar cualquier otra, pues representan si

acaso la presión que la *razón* social empíricamente vigente ejerce sobre el Derecho. En todo caso, sean cuales fueren los términos en que haya de pensarse la relación entre la estructura del sistema jurídico y la necesidad de su adaptación al entorno ideológico y al entorno global, la mejor forma de escudriñarla será adoptar una perspectiva sistema-entorno o incluso otra en la que esa idea quede afinada y superada como es la de *autopóiesis sistémica*. Con lo cual las posiciones consecuentemente positivistas, en el sentido de integralmente empiristas, acaban convirtiéndose en funcionalismo sistémico.

Y, finalmente, cabe una quinta y última posibilidad, la cual tiene dos ingredientes; el primero consiste en mantener el concepto de validez o de un deber-ser ideal contrapuesto a lo empírico; es decir, no reducirlo en términos empiristas, sino mostrarlo precisamente en la relación de tensión que guarda con lo empírico; y el segundo consiste en acabar con la indecisión en lo tocante al problema de la relación entre Derecho, validez, aceptación y vigencia, y afirmar que la dimensión de la validez, en el sentido de validez ideal, es inmanente a la propia norma jurídica, de suerte que sin ella ni cabría entender el concepto de norma, ni cabría entender los conceptos de aceptación y vigencia, ni cabría entender tampoco la estructura ni el movimiento del Derecho positivo moderno. Se trata por tanto de la tesis de que la dimensión de la validez, en la forma de validez práctica (en el sentido de KANT) y con el sentido categórico que asociamos a los conceptos de razón y de justicia no sólo representa una exigencia ideal, contrafáctica, un deber-ser ideal respecto del que el Derecho se viese constantemente sometido a la presión de ajustarse a él, sino que presenta una dimensión inmanente a la propia norma jurídica. El desenvolvimiento del Derecho positivo moderno responde a una lógica conceptual, que resulta reconstruible, pero que de ningún modo lo sería; más aun: no habría tal lógica, si no consideráramos operante en ella la dimensión de la validez, lo cual quiere decir, que el nacimiento, estructura y desenvolvimiento del Derecho positivo moderno no podríamos entenderlos si no viésemos inscrita en él una insoluble tensión entre *facticidad* y *validez*, entre la empiria y una idealidad inscrita en lo empírico mismo y que empuja a lo empírico allende esa su facticidad manteniéndolo por tanto en tensión consigo mismo. Esta quinta posibilidad difiere de la cuarta en tomarse en serio el concepto de validez práctica en la pretensión con que *prima facie* éste se presenta. Y difiere de la tercera (con la que por lo demás coincide

en buena parte) y también de la cuarta en convertir esa dimensión de la validez categórica; es decir, de la racionalidad práctica o de la justicia o de la legitimidad, en ingrediente interno de la propia norma jurídica y por tanto del propio sistema jurídico.

5. Facticidad y validez

Pues bien, en las primeras secciones de la tercera parte de este libro el Prof. VIVES expone con toda la finura y claridad deseables en el contexto de una discusión estrictamente limitada a la teoría *intrajurídica* del Derecho el complejo de alternativas y de cuestiones implicadas por las posibilidades que acabo de describir. Ni que decir tiene que, tras la primera y segunda parte del libro, y habida cuenta del horizonte habermasiano de su interpretación de WITTGENSTEIN, para el Prof. VIVES quedan excluidas las cuatro primeras posibilidades a que acabo de referirme; es decir, su tesis es que la dimensión de la validez, y por cierto no la de una validez condicional, sino la de la validez categórica, es inmanente a la norma jurídica y que, por más vueltas que se dé a todo ello, esa validez jurídica categórica no puede ser otra que la validez que tiene que ver con la razonabilidad o racionalidad prácticas en el sentido de KANT. Pues resulta que no hay otra fuente posible de categoricidad; fuente de categoricidad sólo puede serlo la razón sin más, la razón *simpliciter*. No es que no haya algo así como la razón social fácticamente vigente en el sentido en que tanto el positivismo jurídico como el funcionalismo jurídico la suponen; por supuesto, la hay; sólo que la relación entre facticidad y validez dentro de aquello mismo a que tanto el funcionalismo jurídico como el positivismo jurídico apuntan con ese concepto, son mucho más complejas que las que una versión simplemente empirista del concepto de razón social permite registrar; apelar a ese concepto no resuelve muchas cosas, porque ese mismo concepto encierra ya en sí el mismo tipo de tensión entre facticidad y validez que estamos suponiendo para el sistema jurídico. La idea de fondo es que, en el sentido de la interpretación que hemos visto hacer a A. WELLMER de la conocida distinción de KANT entre mundo sensible e inteligible, el hombre, en cuanto ser dotado de lenguaje, pertenece siempre a dos reinos: al empírico y al inteligible, al mundo empírico y al reino del sentido; lo cual quiere decir que todo fenómeno que tenga que ver con el sentido, el lenguaje y la interpretación viene necesariamente transido por una tensión entre su

facticidad y la dimensión de la validez a la que no puede menos de hacer referencia.

Supongamos, pues, que a la norma jurídica le es inmanente una pretensión de racionalidad; ello de una u otra manera tiene que verse operar en la ley y en el desenvolvimiento de la ley, los cuales (tanto la ley como su desenvolvimiento) son algo más que la norma y la pretensión de racionalidad que es inmanente a la norma, como señala el Prof. VIVES en la primera sección del capítulo sexto del presente libro, recogiendo en la idea de ley tanto el aspecto de facticidad como el aspecto de validez categórica del Derecho. Esa esencial referencia interna de la norma jurídica a la validez categórica en el sentido kantiano o habermasiano de racionalidad práctica el Prof. VIVES la muestra ciñéndose a una discusión interna a la dogmática del Derecho penal; y, si no interpreto mal, a la demostración de ello mirando básicamente al Derecho penal, se restringe el propósito de este libro. El Prof. VIVES da dos pasos. Procede primero (siempre a propósito de la cuestión de la naturaleza de la norma jurídica) a una *deconstrucción* del positivismo jurídico como gran teoría intrajurídica de fondo. El que el positivismo jurídico de KELSEN sea también susceptible de una interpretación bien distinta es algo que el Prof. VIVES deja asimismo claro. Con esa *deconstrucción* del positivismo jurídico queda también privado de suelo (en lo que respecta a teoría de la norma) otra gran teoría de fondo o metateoría de fondo: el funcionalismo. No se trata de negar que de ella hayan partido toda clase de impulsos en la renovación que la teoría intrajurídica y la teoría extrajurídica del Derecho han experimentado en los últimos años y que sin duda haya sido el gran protagonista y hacedor (las teorías críticas del tipo de la de HABERMAS han ido muy por detrás) en el solapamiento o aun fusión que se ha producido de ambas. De lo que se trata, como antes he dicho, es de cuestionar la tesis que el funcionalismo jurídico, como gran heredero de las posiciones positivistas de postguerra, hace suya; es decir, de cuestionar la común hipótesis empirista de fondo en lo concerniente a teoría de la validez. En un segundo paso, en el marco de esa crítica de las dos grandes teorías de fondo, vigentes en el pensamiento jurídico contemporáneo, a saber: del positivismo y del funcionalismo, el Prof. VIVES repasa el desenvolvimiento conceptual de la cuestión de la relación interna entre norma jurídica y validez racional en los conceptos de norma que han dominado la historia de la dogmática del Derecho penal. Para el profano no deja de ser llamativo el que en este repaso no se acabe sino recogiendo la

idea de la relación que en esa dogmática se sospechó casi siempre (cuando no expresamente se afirmó) entre Derecho y razón práctica y desarrollándola al nivel de la teoría contemporánea de la acción. Pues en esa dogmática parece haberse sugerido siempre que una norma jurídica es ambas cosas; a saber, una *disposición del poder* y una *determinación de la razón*, y ello aun en contra de los desarrollos introducidos en ella por el positivismo y su heredero el funcionalismo. Quizá ello tenga que ver con el carácter marcadamente kantiano y neokantiano de esa dogmática. Ello vendría a demostrar que tampoco en la teoría del Derecho todo es uno, pese a ese aspecto general que las grandes teorías epocales prestan al conjunto, sino que, pese a ese aspecto general y de conjunto y también pese al efecto homogeneizador que esas grandes teorías (por lo menos a los ojos del profano y del visitante) acaban teniendo, como sucede en las ciudades con larga historia, cada barrio o parcela, cuando se lo mira bien, sigue teniendo su propio perfil diferencial. Un tema de fondo anima la crítica que el Prof. VIVES hace de estas dos grandes teorías generales: ni el positivismo ni el funcionalismo dan razón de un razonamiento jurídico que como sucede en el caso del Derecho penal se solapa en buena parte con las razones categóricas que caracterizan a la argumentación de tipo moral.

Permítame el lector subrayar los tres o cuatro pasos que da el Prof. VIVES en su *deconstrucción* del concepto positivista de norma. Primero, a propósito de la polémica en torno a la *concepción imperativa de la norma*, que caracteriza al primer positivismo jurídico, el Prof. VIVES subraya que no se trata «de una discusión sin contenido, de un mero problema de etiquetas, sino que por debajo de ellas, late un problema de fondo: el de si las normas jurídicas han de ser entendidas básicamente, como decisiones del poder o de si, por el contrario, pertenece también a su esencia que hayan de ser justificadas e interpretadas como determinaciones de la razón». No sobra aquí ninguna palabra, pues lo que en definitiva se está sugiriendo es una suerte de doble esencia de las normas jurídicas. Las normas jurídicas son algo articuladamente híbrido: decisiones del poder y determinaciones de la razón; no es que tendrían que ser eso, sino que son eso y que sólo entendiéndolas en ese su doble carácter podemos entender la estructura de los sistemas de Derecho positivo moderno. Segundo: el que, aun cuando las normas hayan de poder considerarse decisiones del poder, de ninguna manera pueden ser sólo decisiones del poder, sino también determinaciones de la razón; comienza a quedar claro incluso en el núcleo mismo del

positivismo jurídico, esto es, en la problemática de la *norma fundamental* de KELSEN: «Y así las cosas, si uno profesa la doctrina del mandato, puede rechazar el carácter normativo de la Norma fundamental (pues no es posible interpretarla como ningún mandato de nadie, como sentido objetivo de ningún acto de voluntad); es lo que KELSEN apunta al decir que es una *norma ficticia*; pero entonces ha de renunciar a la vez a la definición de la norma jurídica como sentido de un acto de voluntad autorizado por normas y a la estructura escalonada de la normatividad: en otras palabras, ha de dejar de ser KELSEN, para pasar a decir lo que AUSTIN y BENTHAM afirmaban —con los inconvenientes a que ya hemos hecho referencia—. O, por el contrario, uno puede sostener el carácter normativo de la Norma Fundamental; pero entonces ha de saber que lo que la hace ser una norma no es ninguna clase de acto de voluntad empírico sino, a lo sumo, un acto de *voluntad racional* o dicho sin eufemismos: lo que convierte a la norma fundamental en norma es su razonabilidad práctica. De esa razonabilidad —no de la voluntad que las afirma— derivarían su *esencia normativa* las restantes reglas del Derecho». Mantengamos más bien el concepto de *voluntad racional*, pues ello nos va a llevar al centro de la concepción de HABERMAS. En un tercer paso, el profesor VIVES insiste en lo mismo a propósito de la crítica de HART al positivismo de BENTHAM y AUSTIN y al positivismo de KELSEN: «Éste es en resumen el dilema de HART: que ha de dar una explicación del carácter incondicionado de los imperativos jurídicos (de su carácter de imperativos muchos de ellos categóricos) y no puede recurrir a ninguna de las vías que podrían proporcionarla... Ya sabemos por qué (a diferencia de AUSTIN y de BENTHAM) no puede recurrir a la voluntad soberana para dar cuenta del carácter incondicional de los imperativos jurídicos. Nos queda, sin embargo, por aclarar por qué no puede recurrir a la razón práctica; pues las causas de su negativa prefiguran sus repuestas al problema planteado.» Las causas de su negativa se encierran en lo siguiente: «Aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moralidad, de modo que frecuentemente hay coincidencia o solapamiento de facto entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente.» Y aquí es donde el Prof. VIVES hace valer su interpretación de WITTGENSTEIN orientada en HABERMAS. Queda excluida cualquier conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la Moral-virtud, pues esa moral-virtud habrán de ser muchas morales-virtud respecto de las que el

derecho ha de mantenerse neutral. Queda también postmetafísicamente excluida toda apelación a un Derecho natural que quedase por encima del Derecho positivo. No hay tal instancia externa al Derecho. La única conexión conceptualmente afirmable es entonces una conexión entre el Derecho y la Moral-justicia. Y ello no podrá consistir sino en una pretensión de validez moral de la propia norma jurídica. Pero ¿no sucederá que todo esto no es sino una simple confusión, es decir, que con todo esto no se están sino confundiendo campos? ¿De qué pretensión de validez moral interna al Derecho podría tratarse? Veamos. En un cuarto paso, el Prof. VIVES llega a la conclusión que acabo de reseñar tras una detallada y elegante (por lo centrada y sucinta) crítica del positivismo de HART. El Prof. VIVES expone primero lo que es elemento básico de la posición de HART; tras la negación de la relación conceptual entre Derecho y Moral, ese elemento básico consiste «en lo que HART denomina tesis de las fuentes sociales del Derecho (o que podríamos llamar más exactamente la tesis de la norma de reconocimiento como práctica social)... En efecto, puesto que, según se ha expuesto, HART no puede derivar la imperatividad de las normas jurídicas ni del hecho de la voluntad del soberano ni del correlativo hábito general de obediencia (ni tampoco de un contingente fundamento ético), cambia los términos del problema: la imperatividad de la norma jurídica deriva de que puede afirmarse válidamente que pertenece a un sistema jurídico (pues el derecho es un conjunto sistemático de imperativos) y su pertenencia al sistema se determina analizando la práctica social (en concreto la práctica de los tribunales) y los criterios que en ella se usan para atribuirle o negarle tal condición». La *destrucción* que el Prof. VIVES hace del concepto de práctica tal como lo emplea HART tiene que ver con la contraafirmación de que ese concepto implica el de pretensión de validez, no sólo relativamente a un sistema jurídico concebido como un hecho, sino en absoluto (ello es particularmente evidente a un penalista), y que ello revierte precisamente sobre el carácter que cabe asignar a las normas jurídicas; la *destrucción* se centra en esa idea de práctica social como (en definitiva y a efectos de validez categórica) no más que un *hecho*, respecto a cuyas pretensiones internas de validez el agente pudiera distanciarse y declararse no conceptualmente concernido (como sucede, por ejemplo, con la reclamación de validez de las normas que definen el juego del ajedrez); sucede más bien que es el propio carácter coercitivo del Derecho, es decir, el consistir éste también en decisiones del poder: lo que lleva al agente a implicarse

con particular empeño en la pretensión de validez de las normas o leyes cuya eficacia no puede eludir; es decir, en implicarse en las cuestiones de sentido, interpretación y validez internas a una práctica social que no puede eludir: «La posición aparente de HART revierte, pues, en gran medida, en la doctrina del mandato; y queda, por consiguiente, sujeta a buena parte de las objeciones que él mismo le formuló: es gramaticalmente (lógicamente) inviable. Dicho de otro modo: o la imperatividad de las normas jurídicas deriva de hechos (sean actos de voluntad del soberano o prácticas sociales) y entonces el núcleo duro de la crítica de HART a la teoría del mandato se desvanece; o, por el contrario, no deriva de hechos, y entonces hay que abandonar no sólo la teoría del mandato, sino también la de HART». Y la conclusión que de esta discusión extrae el Prof. VIVES, partiendo de ideas bien básicas de WITTGENSTEIN (y habría que añadir que pudiendo prescindir por tanto de R. DWORKIN, a cuyas posiciones el Prof. VIVES se había adelantado en otros trabajos suyos), es: «En otras palabras —y éste es el error de HART—, una norma pertenece a la ética o no según emplee los términos pertinentes *bueno, correcto, deber, justo*, etc., en sentido relativo o absoluto, esto es, según su pretensión de validez y no según su contenido. De modo que tengan o no las normas jurídicas una dimensión moral, podrá postularse una obligación moral de obedecer al Derecho si la pretensión de validez de la norma jurídica se halla racionalmente fundada y no la habrá en caso contrario. Y esta cuestión —la que determina si la norma jurídica se halla o no racionalmente fundada— no puede darse por resuelta en virtud de un acto de autoridad, sino que queda en cualquier caso, y con independencia de que se acepte o no el punto de vista de HART, librada a la decisión reflexiva del sujeto. También en este sentido, el intento de trazar una línea de demarcación resulta ser, finalmente, una *pasión inútil*».

No hay, pues, ningún peligro de confusión. La pretensión de una norma jurídica de hallarse racionalmente fundada podemos llamarla pretensión de legitimidad, que por tanto es interna a la norma jurídica y al sistema jurídico. Es obvio que esa pretensión no puede darse por resuelta en virtud de un acto de autoridad, sino que queda entregada a la decisión reflexiva y deliberativa de los sujetos. Ello no convierte sin más a las normas jurídicas en normas morales. Se trata de dos tipos de normas esencialmente distintos; pero, eso sí, la pretensión de legitimidad dota a las normas jurídicas de una pretensión interna de validez análoga a la de las normas morales. Por tanto, la pretensión de validez de las normas morales no tiene por qué

ser sin más la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas. Aunque eso sí, normas jurídicas y normas morales coinciden en la categoricidad de su validez, en su pretensión de racionalidad *simpliciter*, y por consiguiente ambas formas de validez han de guardar entre sí algún tipo de radical parentesco. Aquí acaban las reflexiones del Prof. VIVES sobre el concepto de norma en el Derecho penal, y empiezan las reflexiones de HABERMAS concernientes a teoría general del Derecho. Y creo que el propósito del Prof. VIVES en este libro ha sido, partiendo de WITTGENSTEIN, llevar, no las posiciones teoréticas de HABERMAS a los conceptos básicos de la dogmática del Derecho, sino los conceptos básicos de la dogmática del Derecho penal hasta dentro del marco general que esas posiciones teoréticas de HABERMAS ofrecen, con mucha más radicalidad que lo que hubiera sido posible directamente desde HABERMAS.

Peró puede que el lector se pregunte si todo esto no sigue siendo todavía una completa confusión, que se hará patente tan pronto como a esa supuesta conexión interna entre norma jurídica y validez ideal se le quiera dar una articulación positiva, en lugar de limitarse básicamente, como hace el Prof. VIVES, a la *deconstrucción* y *destrucción* de posiciones contrarias a tal suposición. Pienso que aquí no hay ninguna confusión. Y para mostrarlo permítame el lector unas breves referencias al planteamiento de HABERMAS. Los planteamientos de HABERMAS suelen ser bien complejos, y las construcciones en que esos planteamientos resultan son abrumadoramente complicadas, pero las ideas básicas de HABERMAS suelen ser bien simples.

6. Razón y comunicación

Introduzcámonos primero en la teoría de la comunicación de HABERMAS. Basta empezar diciendo que siempre que tratamos de *entendernos* con *alguien* sobre *algo* (ser seres dotados de lenguaje implica, pues, habitar tres mundos, el subjetivo, el objetivo y el mundo social del sentido), siempre que pronunciamos aunque sólo sea una frase para coordinar con el prójimo nuestros planes de acción; esto es, para entendernos con el prójimo, no tenemos más remedio que pretender *inteligibilidad* para nuestros medios de expresión, *verdad* para aquello que decimos sobre el mundo o para aquello que implicamos sobre el mundo objetivo, *corrección* para nuestra propia acción de hablar o para lo que hacemos hablando, e indirectamente también para la norma que constituye el supuesto normativo que subyace a

lo que hacemos hablando, y *veracidad* para lo que decimos en tanto que expresión de nuestro pensamiento. HABERMAS añade —y esta es la primera tesis clave y controvertida— que este empleo del lenguaje, enderezado a entenderse, es la forma primaria de empleo del lenguaje, en el sentido de que cualquier otra forma de empleo del lenguaje tiene que suponerla y parasitarla. Otra tesis es que este modo de emplear el lenguaje es el medio en que discurren los procesos de socialización y sociación, de integración social y de reproducción cultural; dicho de otro modo: el medio en que discurre el proceso de reproducción social y de integración de la sociedad, y que por tanto ambas cosas dependen de la *acción comunicativa*; esto es, de la acción coordinada mediante un empleo del lenguaje con las características señaladas. Si ello es así, la propia empiria social, el propio hecho empírico de hablar *lleva clavado en su carne el agujón de la validez*; y, en vista de lo que el habla, coordina; no hay empiria social ajena a ese agujón; es decir, el mundo social nunca es algo simplemente ahí, sino algo que al participante sólo se le abre desde dentro en términos de sentido, interpretación y validez. Y si, al hablar con vistas a entendernos, no tenemos más remedio que entablar *pretensiones de validez*, nos entenderemos con el prójimo si éste da por resueltas o desempeñadas esas pretensiones, pero la oferta de entendimiento se convierte en conflicto en cuanto el prójimo las rechaza. Ese cuestionamiento puede referirse a cualquiera de las cuatro pretensiones que no puedo menos de entablar con mi *acto de habla*. Y así, alguien puede poner en cuestión que lo que digo se entienda (*no entiendo qué quieres decir con eso*, o *cierra la puerta*, réplica: *I don't understand, I don't speak spanish*) o puede poner en cuestión que lo que digo o implico sobre el mundo sea verdad (*lo que dices es falso*, o *no responde a los hechos*, o *cierra la puerta*, réplica: *la puerta está cerrada*), o puede poner en cuestión la rectitud de mi acción de hablar (*tú te callas*) o de lo que hago hablando (*Cierra la puerta*, réplica: *Tú no eres quién para mandarme a mí nada*, contrarréplica: *yo soy quien da aquí las órdenes*, respuesta: *pero no la de cerrar puertas*, réplica: *toda clase de órdenes*, con lo que el rechazo de la pretensión de rectitud de un acto de habla *cierra la puerta* se ha convertido en una disputa sobre la norma o normas subyacentes), o puede poner en cuestión que lo que digo responda a lo que pienso (*estás mintiendo*).

Cuando ante estos cuestionamientos no son posibles los arreglos sobre la marcha, o si se acumulan cuestionamientos de pretensiones de validez, o si esos cuestionamientos afectan a cuestiones cruciales, sólo hay tres

posibilidades. La primera es la que representa la coerción o la violencia abierta. La segunda es la suspensión del entendimiento en forma de un *esperar a ver*; en términos de HABERMAS se trata de la adopción de una *actitud estratégica*. La tercera posibilidad es la de adoptar una *actitud hipotética*, hacer un paréntesis en la acción; esto es, poner provisionalmente en suspenso la pretensión de validez entablada y pasar a discutir la consistencia o no consistencia de los títulos sobre cuya base el hablante entabla la pretensión de validez; la posibilidad de hacer tales paréntesis puede institucionalizarse o incluso puede transformarse en un sistema de acción que se comporta de forma reflexiva respecto de otros sistemas de acción. Estas institucionalizaciones representan momentos tan improbables como absolutamente cruciales en la historia de la especie. A las cuatro pretensiones de validez y a la perspectiva de resolución racional que nuestro propio hablar, o bien supone, o bien pone en perspectiva, es a lo que HABERMAS llama *razón* o *racionalidad*. En el caso de la pretensión de verdad y de rectitud, esa resolución no puede tener otra forma que la de un *discurso argumentativo*; es decir, no puede tener otra forma que la de la libre discusión o la de la deliberación, así como la resolución de la pretensión de veracidad no puede tener otra resolución que la mostración práctica de que lo que hago concuerda efectivamente con lo que digo y de que por tanto lo que digo es efectivamente expresión de mis intenciones y pensamientos. Añadamos para completar estas pinceladas que, si la violencia representa siempre un fracaso de los seres hablantes que somos, la *acción estratégica* tiene que parasitar siempre un trasfondo de entendimiento o residuos de entendimiento.

El segundo paso de HABERMAS, tras haber introducido su *teoría de la comunicación*; es decir, sus ideas de *base de validez del habla* y de *resolución argumentativa* de pretensiones de validez, y la tesis de que el proceso de integración y reproducción de la sociedad depende de la acción comunicativa y de que por tanto no hay hecho social sin un lado performativo de validez, consiste en una pirueta mediante la que estas tesis quedan completamente relativizadas. Consiste en decir lo siguiente: el mecanismo que representa el entendimiento lingüístico es ciertamente el mecanismo de integración de la sociedad, pero una vez dicho esto ha de tenerse en cuenta que tal mecanismo está tan preñado de riesgos de disentiimiento y por tanto de riesgos de desintegración que hay que preguntarse cómo es

posible que ese mecanismo del entendimiento sea un mecanismo de integración y no un mecanismo de desintegración; o al menos no sea siempre un mecanismo de desintegración, porque en muchas ocasiones el ineludible *mecanismo del entendimiento*, ineludible porque somos seres que no tenemos más remedio que coordinarnos hablando, opera en efecto como un sistemático mecanismo de desintegración. El *aguijón* que representa la pretensión de validez siempre mueve, pero en ocasiones mueve destruyendo mundo social. En todo caso el mundo humano es siempre también movimiento *lógico*, movimiento por razones, contrarrazones y sinrazones. Obviamente no es posible desarrollar aquí con detalle la respuesta de HABERMAS, pero esa respuesta tiene que ver con lo siguiente: en los *mundos de la vida* tradicionales, las instituciones sacras o la amalgama de validez y de atracción e incluso de repugnancia física de que se rodea a lo tabú, suponen que las pretensiones de validez que puedan entrar en juego en los aspectos y dimensiones cruciales de la existencia se consideran de antemano e intangiblemente resueltas; y, si bien es verdad que en formas más complejas de lo religioso, Yahwé no fulmina ya a un Job que levanta la voz exigiendo se le explique su destino, sí que aparece al final reduciéndolo al silencio sin más explicación ni réplica que la de si Job sabe cómo y para qué está hecho un cocodrilo; es decir, la de cómo se atreve a querer siquiera tocar o levantar el velo que cubre el enigma del mundo, incluso en lo que ese enigma pueda tener de repugnante (cfr. *Lo santo* de R. OTTO). Y, por último, ello presta una peculiar solidez al universo de supuestos de fondo que operan siempre en cualquier comunicación lingüística, haciéndolos peculiarmente resistentes a la problematización. Si mi decir que *ha salido el Sol* implica que es el Sol quien se mueve respecto a la Tierra, tal implicación se torna peculiarmente resistente a la problematización si tal salida del Sol viene interpretada como un mostrarse lo divino; lo implicado por mi elocución siempre se considerará obvio, no sólo fuera de duda, sino también fuera de toda posibilidad de duda. Formará más bien parte del sistema de *creencias* en que *estamos*, no del sistema de *ideas* que *tenemos*. Mucho más resistentes aun a la problematización habrán de resultar en ese caso supuestos de mi elocución que quedan mucho más distantes de lo expresamente dicho. E igualmente resistente a las problematizaciones habrá de resultar el mundo institucional que no es lo que es sin esa clase de interpretaciones o autointerpretaciones.

7. «Principio del discurso» y «forma jurídica»

a) *Principio de discurso*

El tercer paso que da HABERMAS en la construcción del concepto de Derecho tiene que ver con su teoría de la evolución social; o mejor, con su teoría de la lógica interna de los grandes pasos históricos del desenvolvimiento social, y depende por entero de ella. Tampoco hace falta decir que aquí no puedo exponerla con detalle. Por parte de HABERMAS todo ello está construido naturalmente en orden a definir la novedad evolutiva que representa la Modernidad europea, a discutir y afirmar el derecho que asiste a la pretensión universalista del *contenido normativo* de esa Modernidad; también en lo que hace referencia al elemento ético-político de ese contenido normativo, y todo ello con la intención de entender y diagnosticar en la perspectiva de la tradición de pensamiento crítico las discordias de la Modernidad consigo misma. El análisis que efectúa HABERMAS del *tránsito* a la Modernidad hace siempre referencia a determinados temas que aquí he de limitarme casi a enumerar. La idea de HABERMAS es que, en el umbral de lo que llamamos mundo moderno, una contingente constelación de elementos históricos permite e incluso impulsa un despliegue de elementos lógico-evolutivos, que, por lo demás, considerado en sí mismo, resulta harto improbable. Y entre los productos que de ello resultan, uno de los más sorprendentes y de los más improbables es lo que llamamos «Derecho positivo moderno».

HABERMAS hace referencia a la ruptura de la unidad religiosa; al proceso de autorrelativización cultural inducido por el redescubrimiento del mundo antiguo y el descubrimiento de un nuevo mundo; al surgimiento y configuración (como causa de la ruptura de la unidad religiosa y en el contexto de ella y también en el contexto del inicial escepticismo moderno) de la interioridad primero luterana y después cartesiana; es decir, al surgimiento de la individualidad *postconvencional*, de la individualidad que reclama el derecho a exigir a toda *convención* u orden tradicional que se justifique ante el tribunal que esa propia subjetividad representa; a la consiguiente pluralización de formas de vida y de los universos de valores subyacentes en esas formas de vida; a la desacralización del mundo; al nacimiento de la ciencia moderna; al impresionante proceso de erosión que el desenvolvimiento de la ciencia moderna induce en los propios supuestos religiosos de esa desacralización. A la autonomización del arte. Todos

los elementos de este tipo, o bien no son más que una sola cosa o bien están íntimamente relacionados entre sí. Y todos ellos vienen a parar en que el *entendimiento* del que depende el proceso de integración de la sociedad deja de ser un entendimiento *adscrito*, para convertirse cada vez más marcadamente en un entendimiento *adquirido*; es decir, en un entendimiento que tiene que ser obra de los propios agentes y ello en una circunstancia en la que, roto el freno que representaban las instituciones sacras, los cuestionamientos se producen imparablemente y casi en cascada y en la que, rota la unidad de visión religiosa del mundo, lo que ideológicamente esos agentes pueden compartir puede ser bien poco. Pues bien, para resolver los conflictos de interacción; esto es, para solventar el cuestionamiento de pretensiones de validez relacionadas con expectativas recíprocas de comportamiento, es decir, relacionadas con reglas y normas, es menester adoptar una perspectiva normativa; es decir, un principio de corrección o rectitud normativa. Y en el contexto de la condición humana moderna ese principio, por lo demás penosamente construido, quizá sólo admitido tras la sangrienta experiencia de que no era posible ningún otro, tiene que rezar más o menos así: *Obra de manera que puedas querer que la máxima que gobierna tu acción pueda convertirse en ley para todos los seres racionales*. Y como en las circunstancias de la condición humana moderna lo que todos los seres racionales pueden compartir es bien poco, lo que pueda convertirse en ley para todos, es decir, las regulaciones atenuadas a ese principio no tendrán más remedio que ser extraordinariamente abstractas y generales y no podrán constituir al cabo sino un intento de regular una explosión y caos de diferencias; por otro lado, ese principio no es sino un principio formal, que permite la competencia entre varias alternativas materiales, que pueden atenerse todas al principio, tratándose por tanto de un principio que impone una distancia del sujeto o individuo moderno respecto de su propia concreción y en definitiva una disponibilidad a, llegado el caso, prescindir de esa su concreción material e incluso a rechazarla y cambiarla; esta estructura esencialmente formal y abstracta de la razón moderna o de la autoconstrucción racional de la conciencia moderna, ha estado siempre en tensión con la necesidad de concreción, de patria, de casa o de suelo, conceptos todos ellos o dimensiones todas ellas que necesariamente quedan relativizados en sus reclamaciones de fidelidad y lealtad; y tal autoconstrucción ha tenido siempre que ver en el mundo moderno con un poder menos de proyectar precisamente esas estructuras de racionalidad

o esas perspectivas de evaluación racional y no otras, con un imponerse conceptualmente esas estructuras por carecerse de, o por no resultar imaginables, otras alternativas conceptualmente aceptables, y no con que esas estructuras ostentasen una base religiosa o metafísica; la razón moderna se ha sentido siempre en cierto modo en el aire, tanto por la relativización de toda concreción y suelo, como por la ausencia de fundamentos últimos. Pues bien, de esa idea kantiana del criterio de rectitud o criterio de racionalidad en el terreno de las normas, HABERMAS hace la siguiente versión, a la que denomina *principio de discurso* y que se convierte en uno de los principales protagonistas, y en todo caso en uno de los *dos principales protagonistas* de su teoría del Derecho (el otro es, como veremos, el concepto de *forma jurídica*): «Pueden considerarse válidas precisamente aquellas normas de acción a las que todos los posibles afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.» Mientras seamos seres hablantes, y seres hablantes sujetos a las circunstancias de la condición humana moderna, esta perspectiva se convierte en elemento esencial e ineludible de todo lo que quepa llamar norma, si es que norma tiene que ver con expectativa de comportamiento, seguimiento de reglas, lenguaje, interpretación y validez, y no se ve cómo no podría tener que ver con ello. Esto es lo que, recurriendo a WITTGENSTEIN, es decir, recurriendo a la visión del lenguaje y de la comunicación de la que HABERMAS bebe, demuestra exhaustivamente el Prof. VIVES en este libro.

b) *Forma jurídica*

Pero en este tercer paso de su construcción del concepto de Derecho positivo moderno; es decir, en la descripción del *tránsito* al mundo moderno o, lo que es lo mismo: al introducir los elementos definitorios de la Modernidad, HABERMAS no sólo se refiere a la clase de fenómenos que acabo de enumerar; hace también esencial referencia a otros. Principalmente a otras dos clases de ellos. Primero, a la serie de fenómenos que terminan dando lugar, hacia mediados del siglo XVII en torno a la Paz de Westfalia, al tipo de organización política que llamamos Estado moderno. El Estado moderno representa ante todo el fenómeno del poder político suelto de ligaduras tradicionales. Obras como *El Príncipe* de MAQUIAVELO son el primer análisis a la vez que muestra de la fascinación que ejerce este viejo fenómeno, que levantándose ahora por encima de las ligaduras

y los marcos tradicionales (y ello es lo nuevo) y sometiéndolos a la vez a su propia lógica, la cual queda de manifiesto al quedar suelto el poder, los somete a la vez a un inevitable proceso de erosión. Pero sobre la base de dicha lógica del poder, el Estado moderno representa a la vez, con su ejército, su administración, su poder de policía, levantados (igual que el poder que articulan) por encima de los *mundos de la vida* tradicionales, una inmensa concentración de capacidad de coerción y control, de capacidad de *surveillance*, para emplear el término de M. de FOUCAULT, como no la había conocido antes ninguna otra forma de organización política. El Estado moderno es por lo demás parte de un sistema de Estados; cada Estado no es una configuración de poder con un gran centro y cuyos confines se vuelvan difusos, sino que, por así decir, cada Estado moderno comienza en la raya del equilibrio de poder que marca la frontera articulándose desde ahí hacia el centro. En todo caso, el poder no es sólo el poder que es, por serlo sólo frente a resistencias internas respecto a las que, por resultar cada vez más lejanas, el poder se vaya haciendo cada vez más difuso hasta resultar imperceptible y desaparecer, sino que sólo es el poder que es frente a otros poderes iguales. Por ello, y por último, el Estado es el Leviatán, el inmenso poder que viene precisamente definido porque en el ámbito en que se ejerce no puede resistírsele ningún otro poder, siendo por tanto el poder capaz de meter en cintura a cualquier otro poder y por ende el poder capaz de meter en cintura a los poderes tradicionales y por consiguiente también el poder que se acredita en y por su capacidad de imponer la paz, de acabar con el *estado de naturaleza*, con la *guerra de todos contra todos* en que se convierte la plural y desintegrada humanidad europea de principios del siglo XVII, uno de los momentos históricos de más desconcierto y más sangrientos que ha conocido la especie que somos. Es obvio que por un lado, como sugiere HOBBS, contra el Leviatán sólo puede haber una clase de rebelión injusta, a saber: la que fracasa, pues si hay un poder capaz de resistírsele, ese Estado simplemente merece perecer; pero ello implica que el Estado es Estado soberano, esto es, que el Estado aceptado por su capacidad de imponer la paz; esto es, por su capacidad de imponerse a cualquier otro poder, esto es, por su capacidad de mantener latente la posibilidad de guerra civil que el pluralismo de visiones del mundo implica, es la única fuente de Derecho, por encima de la fe de los súbditos y de los órdenes normativos de los mundos de la vida tradicionales, a los que ahora desgasta y relativiza a la vez que somete a un proceso de reconfiguración. Ese

Derecho no puede consistir en otra cosa que en *disposiciones de un poder soberano*, aceptado por su capacidad de ser tal. Y esta forma moderna del Derecho, que en cierto modo da la razón al positivismo jurídico, o dicho de otro modo, esta forma moderna del Derecho y del poder, que es lo que por lo menos el primer positivismo jurídico tiene a la vista, es el segundo protagonista de la teoría del Derecho de HABERMAS.

Si prosaicamente añadimos que, para el desempeño de las funciones que sucintamente hemos reseñado, la forma de organización política que es el Estado moderno necesita mucho dinero, con ello estamos ya diciendo que la forma de organización política específicamente moderna nace en una relación de complementariedad con la economía moderna, a la que el Estado parasita fiscalmente, y a cuyo medio de regulación, el *dinero*, podemos caracterizar de forma casi análoga a como hemos caracterizado el código *poder* en su forma moderna. El intercambio económico regulado por el *medio de comunicación* que es el *dinero* queda desligado de las ataduras que representaba una reproducción material de la existencia sólo en parte regulada a través de ese medio, sujeta por lo demás a los marcos tradicionales de relación social. La economía moderna desborda las formas tradicionales de vida, al igual que al espacio doméstico, y despliega su lógica en los nuevos espacios que le asegura el poder estatal, desde el que ni siquiera se mantiene al margen de las formas tradicionales de vida o al lado de ellas, como sucede con las grandes vías de intercambio económico en el Medioevo, sino que las descoyunta, relativiza y desarticula. El medio *dinero* esquematiza la interacción posible: o se tiene dinero o no se tiene; éste es el elemento básico que sustituye en la interacción económica al elemento básico que en la interacción comunicativa representa el entendimiento lingüístico; se supone además que cada agente tiene sus propias preferencias o intereses, y que en el proceso de interacción actúa movido empíricamente por ellos enderezándose a maximizar la realización de lo que considera su utilidad. Los agentes que intervienen en el proceso de intercambio se aparecen unos a otros básicamente en su calidad de poseedores de mercancías y medios de pago, que actúan (como podrían también no hacerlo) movidos precisamente por esas preferencias que les acontece tener, convirtiéndose así todos para todos en elementos empíricos de una situación en la que cada cual trata de maximizar en último término valores de uso y en la que, sin embargo, el elemento *valor de uso* queda neutralizado en la propia relación de intercambio y en el desenvolvimiento económico

por las dimensiones abstractas que son dinero, medios de pago, propietario, mercancía, utilidad, etc. Cuando este tipo de interacción se suelta de los mundos tradicionales y reobra sobre ellos relativizándolo, su efecto subversivo e innovador, pluralizador a la vez que homogeneizador, tiene que resultar impresionante, resultando en una explosión de innovación, pluralización valorativa, descoyuntamiento de patrones de interacción y asimilación de todo al nuevo tipo de interacción y también (vistas las cosas desde el orden tradicional y en ruinas) en corrupción y desvergüenza y por tanto en todo un *desarme moral* que no hace sino facilitar una ulterior y más profunda penetración de ese tipo de interacción.

Naturalmente, no cabe decir que el medio *dinero* tal como (y ello podemos considerarlo elemento definitorio de la Modernidad social) queda suelto regulando un sistema de libres relaciones de intercambio desligado de los mundos de la vida tradicionales, situado entre la *familia* y el *Estado*, que diría HEGEL, y abandonado por tanto a su propia lógica, no cabe decir, digo, que ese medio se convierta en protagonista de la teoría del Derecho de HABERMAS, pues el Derecho tiene que ver esencialmente con el poder, pero no se ve qué es lo que en idea y directamente pueda tener que ver con el dinero. Pero sí podemos servirnos de lo que sucitamente acabo de decir para introducir al tercer gran protagonista de la teoría del Derecho de HABERMAS que, junto con su *principio de discurso* que ya conocemos, es el otro gran ingrediente de su teoría del Derecho. Este tercer protagonista es la idea y la realidad de la *legalidad* (que KANT contraponía a la *moralidad*), lo que HABERMAS llama la *forma jurídica*; esto es, la *forma* del tipo de regulación en que consiste el derecho positivo. El lector tiene que tener muy presente, si no quiere malinterpretar a HABERMAS, que esta forma de regulación ni se *deduce* ni se *justifica* en términos normativos; un modo de regulación que tenga esa forma es en el mundo moderno una posibilidad que desde el principio está realizada en parte y a la que resulta que no hay más remedio que recurrir masivamente dadas las características de ese mundo; es decir, la necesidad de recurrir precisamente a ese tipo de regulación, se convierte en el mundo moderno en un hecho que no cabe eludir. Este tercer protagonista (hobbesiano y kantiano) es tan importante en HABERMAS, que en esa su importancia está la razón principal de que HABERMAS se niegue a proyectar un concepto de Derecho en el que quepa el Derecho positivo moderno y las formas tradicionales de Derecho. Pues es precisamente la *forma jurídica* la responsable de la disolución del sín-

drome que en las sociedades tradicionales forman (a) la costumbre dotada del prestigio de aquello *quod decet*, es decir, el ethos, la eticidad, en latín las *mores*, (b) el derecho puesto por el príncipe, es decir, las *disposiciones del poder*, (c) el derecho sacro que queda por encima del príncipe y que sostiene últimamente el aura que rodea a la eticidad concreta, relativizando cualquier disposición del poder que se desligue de la costumbre y del derecho sacro, y (d) la visión religiosa del mundo, en que se sostiene todo; es decir, la sanción divina que sostiene a ese orden. Para HABERMAS la *forma jurídica*, es decir, el concepto y la realidad de la *legalidad*, son los responsables de que el Derecho moderno empiece quedando reducido a no más que una de esas dimensiones; a saber, a Derecho puesto, esto es, a Derecho positivamente establecido; por tanto, a Derecho puesto por el príncipe, a disposiciones del poder, y que ello genere un *vacío de legitimación*, a partir del cual cabe entender el desenvolvimiento del Derecho positivo moderno hasta constituir, como veremos, un sistema autorreferencial que incluye sus propias condiciones de legitimidad.

Para entender qué quiere decir HABERMAS con *forma jurídica*, podemos empezar por algo relativamente simple. Si por parte de un soberano se quisiese regular o asegurar normativamente las condiciones del tráfico económico moderno, (a) tendría que tratarse de un tipo de regulación que no podría suponer en sus destinatarios sino una libertad de arbitrio; es decir, la facultad de actuar de suerte que también podría no haberse actuado; esto es, que tendría que suponer en sus destinatarios una voluntad empíricamente determinada, no racionalmente determinada; pues por la propia estructura de la relación de intercambio y por la estructura del medio que la regula (el dinero) se supone que los intervinientes en ella actúan enderezándose a maximizar los intereses que les acontece tener, y no movidos por motivos resultantes de un entendimiento argumentativo; (b) precisamente por ello, tendría que tratarse de una regulación capaz de convertirse en un claro ingrediente empírico de una situación de acción en la que cada agente se supone que *va a lo suyo*; para lo cual el elemento empírico que esa regulación representa en esa situación ha de tornarse previsible y calculable; el agente ha de poder medir y calcular las consecuencias de atenerse o no atenerse a lo regulado, pues de otro modo la regulación, en lugar de regular el tráfico económico, lo tornaría aun más confuso; y para ello la regulación ha de practicar en la complejidad del mundo concreto el

mismo tipo de violenta abstracción que la propia relación de intercambio efectúa; ha de versar sobre posibles elementos de situaciones posibles, perfectamente delimitados y tipificados; es decir, ha de poder funcionar como eficaz sistema de señales de tráfico social. (c) De ambas cosas se sigue que lo que esa regulación supone en, y exige de, sus destinatarios es una disponibilidad a atenerse genéricamente a ella porque, precisamente por tratarse de un eficaz sistema de señales de tráfico social, no pueden importarle, sino que más bien ha de abstraer de, los muy diversos motivos empíricos por los que se produce la obediencia; más aun, abstrae en principio de cualquier motivación específica y la sustituye por la genérica de evitar la desutilidad que representa la sanción con que se amenaza para el caso de incumplimiento; en esa motivación genérica ha de poder quedar abstraída y fundida cualquier otra clase empírica de motivación.

Estas tres notas tienen efectivamente que ver con lo que KANT llamaba *legalidad* por oposición a moralidad; en KANT la *legalidad* es predicado de aquella acción que se atiene a la ley, pero no por respecto a la ley; en HABERMAS *forma jurídica* designa la forma de aquella regulación que, precisamente por poder funcionar como un eficaz sistema de señales de tráfico social, puede estructuralmente abstraer de la concreta motivación de sus destinatarios y no suponer en éstos sino una libertad de arbitrio; la relación entre el concepto kantiano de legalidad y el concepto de HABERMAS de forma jurídica, sería, pues, un tema de por sí. Limitémonos a resumir diciendo que para HABERMAS las tres notas antedichas caracterizan a un tipo específico de regulación, al tipo de regulación que podemos llamar regulación jurídica en el sentido del Derecho positivo moderno.

c) Norma moral y norma jurídica

Esta regulación se distingue por su forma de otro tipo de regulaciones que operan en nuestra existencia, y en concreto se distingue de forma bien fundamental de lo que podemos llamar regulación moral. Pues en efecto, las normas jurídicas (por el tipo de motivación genérica que estructuralmente suponen) sólo pueden tener como destinatarios a los súbditos de un determinado poder estatal; es decir, a los miembros de una comunidad jurídica; en cambio, una moral racional formal moderna (es decir, una moral formal y universalista que responda a la condición humana moderna, y

sólo de esa moral racional formal moderna se habla aquí) tiene que tener como destinatarios a *todos los seres racionales*, cosa que evidentemente no es el caso de una norma jurídica. Una norma moral cuenta además con nuestra facultad de ligar nuestra voluntad precisamente por *motivos racionales*, cuenta con nuestra capacidad de libertad racional, de la libertad que consiste en no obedecer sino a aquello que viene respaldado por los mejores argumentos; en no obedecer, pues, sino a nuestra propia razón, y por tanto en no obedecer sino a nosotros mismos; es decir, la norma moral cuenta con nuestra capacidad de *autonomía racional*. Una norma moral en las circunstancias de la condición humana moderna sólo puede ser una norma que tenga por fin asegurar el debido respecto al otro; que el otro sea tratado siempre básicamente como un fin en sí y no sólo como medio y que sea reconocido como tal fin en sí en toda su concreta humanidad, y en toda su diferencia; ello no es posible en las circunstancias de la condición humana moderna si no es suponiendo una profunda capacidad de abstracción respecto de las muy distintas escalas de valores o éticas concretas; pero en todo caso es algo que pese a tal abstracción sólo es posible, a diferencia de lo que ocurre con la norma jurídica, teniendo en cuenta *toda la complejidad de las situaciones* y no abstrayendo de esa complejidad. Y por último, en consonancia con la capacidad de voluntad racional que la moralidad supone, la razón o el motivo por el que se ha actuado así y no de otra forma es ingrediente esencial a la hora de enjuiciar la admisibilidad o no admisibilidad moral de un comportamiento, a diferencia de lo que ocurre con la legalidad o la no legalidad de él. Tenemos pues que evidentemente las normas jurídicas no son normas morales. Por este lado, las normas jurídicas pueden ser calificadas de *disposiciones del poder*, como hace el Prof. VIVES en este libro.

Que las normas jurídicas tienen distinta naturaleza que las normas morales puede verse también mediante otra serie de consideraciones. Una norma moral tendrá siempre que ver con el esencial respeto debido a todos por igual; esto es, debido por igual a todos los seres racionales, a todos los seres capaces de lenguaje y de acción; es decir, tendrá que ver con el carácter de los seres racionales como fines en sí, como seres capaces de autoconstruirse, de autodeterminarse en el medio del mutuo reconocimiento, y con la fragilidad y vulnerabilidad inherente a esa su capacidad. Pues bien, es claro que cuando se discute sobre distintas opciones de regulación jurídica no solamente se discute de eso; piénsese en las discusiones que,

por ejemplo, anteceden a una resolución del pleno de un Ayuntamiento concerniente a presupuestos; se discute, por ejemplo, acerca de si tal o cual proporción de un presupuesto municipal ha de destinarse a la construcción de un puente, de una carretera, de un polideportivo o de una sala de conciertos, de un parque, de una escuela para formación de adultos. En esa discusión difícilmente puede tratarse sólo de cuestiones morales. Es muy probable que se trate de cuestiones técnicas, es decir, de qué es posible y qué no es posible técnicamente hacer; de cuestiones concernientes a cómo queremos vivir y a qué es lo que con nuestros medios siempre escasos queremos hacer, habida cuenta de qué preferimos y de cómo nos entendemos; de cuestiones concernientes a cuáles serían las formas equitativas de compromiso habida cuenta de que discrepamos acerca de cómo queremos vivir o de qué queremos hacer. Si según el *principio de discurso* sólo son válidas aquellas normas a las que todos los posibles afectados pudiesen dar su asentimiento en discursos racionales, no cabe duda de que sobre la validez de las normas jurídicas deciden o pueden decidir, pues, clases de argumentos que en principio pueden no ser relevantes en una discusión moral. Más aun, una buena parte de las normas jurídicas que conforme a ese criterio pudiesen considerarse admisibles o inadmisibles puede que, o bien no tengan ningún contenido moral en absoluto, o bien su contenido moral sea realmente muy escaso. Otras, por el contrario, pueden tener un importante y aun decisivo contenido moral y venir a solaparse con las correspondientes normas morales. Pero aun en este último caso, créame el lector si le digo que HABERMAS distingue neta y rotundamente entre norma moral y norma jurídica, entre moral y Derecho. Entiéndase: entre norma jurídica y norma moral. Pero, eso sí, de paso queda dicho que a las normas jurídicas les es inmanente una dimensión de validez, pretensión de validez, que puede venir o no venir respaldada por la correspondiente clase de razones; y la clase de razones capaces de cubrir o dejar al descubierto tal pretensión de la norma jurídica consiste en un articulado conjunto de razones concernientes a cómo queremos vivir, de razones concernientes a la equidad de los compromisos entre las distintas proyecciones valorativas, de razones de tipo técnico, y de razones de tipo moral. Con lo cual ha quedado dicho de paso que las normas jurídicas son también *determinaciones de la razón*, o que ni siquiera son inteligibles como normas sin presentarse con la pretensión de ser *determinaciones de la razón*, como bien muestra el Prof. VIVES en este libro. Digo que todo esto ha quedado dicho de paso. Pero lo

que no ha quedado dicho es cómo conciliar ambas ideas; esto es, la idea de pretensión de validez jurídica categórica; es decir, la idea de la norma jurídica como determinación de la razón, con la idea de la norma jurídica como una eficaz señal empírica de tráfico social; es decir, con la idea de la norma jurídica como disposición del poder. Es lo que voy a tratar de hacer a continuación.

8. El problema que resuelve el Derecho positivo moderno

Porque es ahora cuando en un cuarto paso podemos empezar a atar cabos; es decir, podemos poner en relación a los protagonistas que nos ha ido introduciendo HABERMAS: un hablar que no es posible sino pretendiendo validez; un proceso de integración de la sociedad que no es posible sino en el medio que representa esa forma primaria de empleo del lenguaje, al tiempo que esa forma primaria de empleo del lenguaje se convierte en principio de desintegración y caos, el consiguiente *principio de discurso*, el poder en sentido moderno, la forma jurídica, la idea de norma jurídica como disposición del poder, la idea de validez racional jurídica, su diferencia y parentesco con la idea de validez moral. Ocurre que HABERMAS pone siempre en danza tantos elementos que pretender en un muy sucinto resumen (como es éste mío) arrastrarlos todos a la vez, no acabaría produciendo sino un borrón, en el que nada se vería. Hay, pues, que simplificar. Lo único que cabe pretender es dar con las ideas más básicas subyacentes.

Precisamente los elementos que hemos enumerado antes como definitorios del *tránsito* a la Modernidad son buena indicación de que el *mecanismo del entendimiento* queda absolutamente desbordado, y ello desde dos lados: desde el lado de los cuestionamientos en cascada, que convierten al mecanismo del *entendimiento* en un mecanismo de discrepancia, pluralización y desintegración, y desde el lado de la diferenciación de gigantescos ámbitos de acción en los que el mecanismo del entendimiento queda sustituido por medios de regulación como son el dinero y el poder, que estructuralmente exigen de los implicados en los procesos de interacción, no entenderse, sino, como es evidente en el caso del dinero, *ir eficazmente a lo suyo*; gigantescos ámbitos de acción e interacción, que sólo resultan, pues, accesibles a un tipo de regulación caracterizada por su *forma jurídica*. Y ahora preste atención el lector a una tesis muy importante; es la siguien-

te: habida cuenta de que el sujeto moderno (piénsese en Lutero y Descartes como casos emblemáticos y aun definitorios de subjetividad moderna) nace levantándose por encima de toda convención y orden tradicional y reclamando su derecho a cerrarse sobre sí exigiendo luterana o cartesianamente a cualquier orden que se justifique ante el tribunal de la subjetividad, ante el tribunal de la deliberación reflexiva del sujeto, y que por tanto todo orden queda sometido a lo que el Prof. VIVES llama la *decisión reflexiva del sujeto*, y habida cuenta de que ello en último término significa que el individuo moderno, en lo que se refiere al conjunto de su existencia, no puede entenderse a sí mismo sino como dotado del derecho de (aun entendiéndose con los demás) *ir a lo suyo* (pues su proyección de lo que es su bien puede ser bien distante de la del vecino); habida cuenta de todo ello, digo, la interacción entre sujetos modernos no es en última instancia regulable (recuérdese el *principio del Derecho* de KANT) sino mediante un tipo de regulación caracterizada por su *forma jurídica*; es decir mediante un eficaz sistema de señales de tráfico social. Esto sella el desmoronamiento de los órdenes normativos tradicionales y del síndrome tradicional de eticidad, derecho del príncipe, derecho sacro, y religión. Las *disposiciones del poder* (por tomar esta expresión al Prof. VIVES) y por tanto la existencia de un poder capaz de hacer cumplir lo que dispone, se transforman por este lado en el único medio pensable por el que pueden discurrir los procesos de integración autoconsciente de las sociedades modernas. Entiéndase bien que esas disposiciones del poder no son para los individuos que van a lo suyo sino elementos empíricos eficaces e ineludibles de su situación de acción. Y por lo demás resulta claro que, si ese es el único medio posible de regular la interacción entre individuos modernos, al plantearse el *problema del orden social* en las circunstancias de la condición humana moderna, el Derecho positivo moderno, el tipo de regulación caracterizada por su forma jurídica pase a ocupar un lugar central. Los teóricos de la sociedad han redescubierto en los últimos años la importancia que en la existencia de la sociedad moderna tiene la *forma jurídica*: un elemento cultural que estaba ya ahí, pero que en el mundo moderno se torna masivo, omnipresente y central; un invento romano, según HEGEL, que viene como anillo al dedo de la abstracta subjetividad moderna.

Ahora bien, tanto en la plaza del mercado, como en la plaza pública, que en el mundo moderno empieza siendo el espacio de una autoexhibición aurática del poder soberano (y que muy pronto se convertiría en espa-

cio de la opinión pública), en ambas plazas, digo, seguimos hablando e incluso se acaba uno acostumbrando a ese poder y (una vez que el Estado y su Administración se convierten en elemento cotidiano de la existencia) se acaba también perdiéndole el respeto. Las buenas razones funcionan como dardos que, por lo temidas que son y por el encono con que a veces se las persigue, parecen tener no menos efectividad que los dardos empíricos y reales; de suerte que no siempre una buena razón es inferior en fuerza y eficacia empírica a todo un complicado aparataje de represión. Y henos de nuevo ante otra importante tesis de HABERMAS, que en este libro el Prof. VIVES nos la reduce con toda radicalidad a la fuente que tiene en WITTGENSTEIN; se trata de la siguiente: lo humano no lo es (y por consiguiente tampoco el poder) si no es en el medio de lo performativo, del significado, de la interpretación y de la validez, y por tanto también: en el medio de lo performativo, del sinsentido, de posible radical error de interpretación, de la insensatez. Regímenes armados hasta los dientes pueden deshacerse en nada ante una población inerme que sale a la plaza pública a decir que no. Regímenes armados hasta los dientes pueden desplegar una fuerza diabólica ante el en parte silencio y en parte autointerpretación delirante del colectivo que los sostiene. Pero en todo caso el fenómeno del poder, como fenómeno de voluntades, tiene que ver también con la idea de voluntad práctica o racional, y, mientras hablemos, nuestro hablar contiene (en las pretensiones de validez que comporta) una promesa de razón a la vez que también la constante y renovada posibilidad de que se abra la sima de la sinrazón.

Por consiguiente, como las *disposiciones del poder* están hechas con palabras, resulta que, al igual que todo lo dicho, es decir, que todo lo que tiene que ver con el sentido, queda sujeto a la lógica de la validez. Naturalmente no son sólo palabras; esas disposiciones del poder se traducen en bien visibles medios empíricos de coerción como amenaza para el caso de incumplimiento. Y si sigue en pie que la integración de las sociedades modernas sólo es posible a través de las disposiciones de un poder soberano, también sigue en pie que la integración de las sociedades sólo es posible a través del medio que representa el entendimiento lingüístico; y sigue también en pie que precisamente en las sociedades modernas el mecanismo del entendimiento queda desbordado y tiene que ser sustituido por disposiciones de un poder soberano con la suficiente capacidad de coerción; disposiciones que, de nuevo, al producirse en el medio del lenguaje, sólo pueden re-

sultar a la larga eficaces como disposiciones de poder si tienen a su favor la presunción de ser determinaciones de la razón; es decir, si no son sólo disposiciones del poder, y así podríamos seguir casi sin fin.

Pero no es menester proseguir sin fin, porque éste es precisamente el problema que resuelve el Derecho positivo moderno. Pues el Derecho positivo moderno no es lo que el positivismo jurídico desde mediados del siglo XIX viene diciendo que es, tropezando insistentemente con la autosuposición de la normatividad jurídica en conceptos tales como el de *Grundnorm* o el de *norma de reconocimiento*. El positivismo quedó fascinado por la positividad del Derecho, frente a otras formas de regulación y sobre todo frente a las formas premodernas de regulación; en el Derecho moderno sólo vale en definitiva como derecho aquello que es puesto como disposición del poder o que es reconocido como Derecho mediante disposición del poder. Pero insistentemente se fracasa, incluso se fracasa por puras razones conceptuales, como bien muestra el Prof. VIVES en este libro, cuando se intenta entender el Derecho moderno desde no más que esa perspectiva; pues inmediatamente surge un *sí, pero conforme a Derecho*; un levantarse a sí mismo el Derecho por encima de las disposiciones del poder (para autorizar las disposiciones del poder) y un consiguiente autosuponerse el Derecho, que, conceptualmente, como demuestra el Prof. VIVES, o se interpreta en términos de un momento de incondicionalidad o de categoricidad o de pretensión de validez práctica, o no hay manera de interpretarlo. Pero entonces, si el Derecho no cabe entenderlo mirándolo sólo desde esa perspectiva, ¿desde qué perspectiva hay que mirarlo? La respuesta de HABERMAS, por lo conceptuosa, no tiene nada de emocionante. El Derecho positivo moderno —dice— sólo se puede entender en su estructura y desenvolvimiento cuando se lo entiende como una *Verschränkung* (término que en alemán corriente significa: íntimo y inextricable entrelazamiento) de *forma jurídica* y *principio de discurso*.

Para entender bien qué es lo que HABERMAS quiere decir con ello, lo mejor es hacerlo a través de una referencia histórica.

9. Liberales y demócratas

Oigamos a CARL SCHMITT en su libro *Hamlet o Hecuba*: «El drama de SHAKESPEARE se sitúa en el primer estadio de la revolución inglesa si se

hace empezar ésta —cosa que es posible y que además tiene pleno sentido— con la aniquilación de la Armada Invencible en 1588 y se la hace acabar con la expulsión de los Estuardos en 1699. En estos cien años se desarrolló en el continente europeo, partiendo de la neutralización de las guerras civiles confesionales, un nuevo orden político, el Estado soberano; un *imperium rationis* como lo llama HOBBS, un reino ya no teológico de la razón objetiva, como dice HEGEL, cuya *Ratio* pone fin a la época heroica, al derecho heroico, y a la tragedia heroica, como también dice HEGEL en los párrafos 93 y 118 de su *Filosofía del Derecho*. La guerra civil entre católicos y protestantes que se prolongó durante cien años sólo pudo superarse mediante el destronamiento de los teólogos, pues estos mediante su doctrina del tiranicidio y de la guerra justa daban insistentemente pábulo a la guerra civil. En vez del orden feudal y estamental del Medievo surge una tranquilidad, seguridad y orden públicos, cuyo establecimiento y mantenimiento se convierte en el elemento legitimatorio de esa nueva forma de organización política que es el Estado. Sería inadmisibile, pues no conduciría sino a confusiones, el llamar Estado a cualquier otra de las formas de comunidad política, sistema u orden de dominación, que se han dado en la historia universal. A los pensadores que ya no esperaban de la Iglesia, sino del Estado, la salida de la desesperación que representaba la guerra civil confesional, entre ellos al jurista Juan Bodino, se los llamaba en un sentido específico: *políticos*, *politiciens*. Estado soberano y política señalan la oposición a las formas y métodos medievales de dominación eclesiástica y feudal. En esta situación la palabra *político* cobra el sentido polémico y por ende extraordinariamente concreto de una contraposición a la palabra *bárbaro*. En palabras de HANS FREYER: un sistema secundario desplaza órdenes primarios y elementales que funcionan mal. Este Estado moderno transforma la mesnada, el buen orden de siempre, los tributos y el buen derecho de toda la vida, los transforma, digo, en las organizaciones que lo definen como Estado: en un ejército regular, en administración policial, en hacienda pública y en aparato judicial. Por medio de ellas genera lo que él llama paz, seguridad y orden público, posibilitando un *estado de policía*; es decir, una existencia pacificada y ordenada. Política, *policía*, *politesse*, se convierten de esta forma en una curiosa tríada impulsora del progreso moderno, frente al fanatismo eclesiástico y a la anarquía feudal; en una palabra: frente a la barbarie medieval.

«Sólo en este Estado soberano pudo surgir el teatro clásico de Corneille y Racine con su unidad clásica o, por mejor decir, con su unidad jurídica; o por mejor decir todavía, con su unidad legalista de tiempo, lugar y acción. Consideradas las cosas desde él, es comprensible que VOLTAIRE no viese en SHAKESPEARE sino a un salvaje borracho. En cambio, el *Sturm und Drang* alemán del siglo XVIII recurrió a SHAKESPEARE en su lucha contra el drama francés. Esto fue posible porque la situación en la Alemania de entonces era todavía parcialmente preestatal, aun cuando —gracias a los efectos de la estatalidad— ya no era tan bárbara como la Inglaterra de la era de los Tudor. La Inglaterra de la era Tudor estaba todavía en muchos aspectos en vías hacia el Estado... Pero precisamente en esos cien años 1588-1688 la isla Inglaterra se desligó de la evolución del continente europeo, efectuando el tránsito desde una existencia ligada a la tierra, de tipo tradicional, a una existencia ligada al mar. Se convirtió en la metrópoli de un imperio ultramarino e incluso en el país de origen de la revolución industrial, sin pasar por el estrecho de la estatalidad del Continente. No organizó ni un ejército permanente de tipo estatal, ni tampoco una administración de policía, ni tampoco una hacienda pública, ni un aparato judicial, en el sentido específicamente estatal del Continente; sino que se dedicó, bajo la dirección primero de aventureros y piratas marinos y de compañías comerciales después, a la toma de un nuevo mundo, efectuando una toma marítima de los océanos del mundo.

Esto es lo que significa la secular revolución inglesa de 1588-1688. El teatro de SHAKESPEARE se sitúa en su primer estadio. Esta situación no se la puede considerar solamente desde el pasado o la actualidad de entonces, desde el Medievo, el Renacimiento y el Barroco. Medida por el progreso civilizatorio que representa el ideal de la estatalidad continental —por lo demás sólo realizado en el siglo XVIII—, la Inglaterra de SHAKESPEARE aparece todavía como bárbara, es decir, como preestatal. Medida en cambio por el progreso civilizatorio que significa la Revolución Industrial —que sólo se puso en marcha en el siglo XVIII— la Inglaterra elisabethiana nos aparece en un momento de magnífica eclosión desde la existencia ligada a la tierra hasta la ligada a los mares; una eclosión, que en su resultado, la revolución industrial, causó una convulsión y transformación más profunda y básica que las de las revoluciones continentales y que deja bastante por detrás la superación del *bárbaro Medievo*, que significó la estatalidad continental.

A la familia de los Estuardos se le convirtió en destino el no haberse percatado de absolutamente nada de ello y el no haber podido desligarse del Medievo eclesiástico-feudal. En esto radicaba la total falta de salida de la posición que adoptó Jacobo I con sus argumentaciones sobre el derecho divino de los reyes. Los Estuardos ni entendieron el Estado soberano del continente ni tampoco el tránsito a la existencia marítima que la isla Inglaterra efectuó durante su gobierno. Y así desaparecieron de la escena de la historia mundial en cuanto quedó decidida la toma del mar, y en la Paz de Utrecht (1713) encontró su reconocimiento diplomático el nuevo orden global de tierra y mar». (C. SCHMITT, *Hamlet oder Hekuba*, Klett-Cotta, Hamburgo 1985).

Se trata de dos evoluciones históricas distintas que intersecan hacia fines del siglo XVIII y que precisamente en esa su diferencia determinan el concreto equilibrio de poderes del sistema de Estados europeos desde fines del siglo XVII y en los dos siglos siguientes, hasta la aparición en este siglo de Estados Unidos como primera potencia mundial. Mas no es este aspecto de equilibrio de poderes el que nos interesa aquí en primer plano, aunque ciertamente no debe perderse de vista. Nos interesa primariamente otro. En la evolución política inglesa de 1688 en adelante, mirándola teóricamente desde el J. LOCKE de la polémica con Filmer y desde el J. LOCKE del *Segundo ensayo sobre el Gobierno civil*, cabe reconocer un proceso de estatalización desde un orden liberal *natural* o pre-estatal que podemos interpretar como el *estado de naturaleza* lockeano; el cual, como señala LOCKE, no tiene que ser un *estado de guerra*, lo que no quiere decir que no sea *bárbaro*; es decir, que no resultase ajeno a la *politesse* cortesana y civilizatoria que el Estado soberano francés irradia y determina. Ese estado liberal de naturaleza se apoya ciertamente en relaciones de poder no estatal sino social; y jurídicamente viene definido por un sistema trabajosamente introducido de libertades individuales que, por ser lo que son, un soltarse la abstracta individualidad moderna del complejo de las ligaduras impuestas por los poderes tradicionales, ya no son susceptibles de otro tipo de regulación, que el definido por la *forma jurídica*. El proceso de estatalización que después de esos cien años se pone en marcha tiene como centro la peculiar *soberanía* del Parlamento, que durante ese siglo o siglo y medio había sido sostenida contra el tipo de legitimación tradicional a que apelaba una monarquía vinculada a los poderes e instituciones que tradicionalmente habían articulado el orden social. La gran novedad que se produce en ese contexto es

la de la introducción y extensión de los derechos políticos. En parte por circunstancias y razones similares y en parte por circunstancias y razones distintas, pero que hacen que el esquema de evolución política subyacente sea el mismo; la evolución política que se produce en las colonias inglesas de Norteamérica tiene, en lo que a esquema se refiere, una lógica similar a la de la metrópoli (y quizá lo que LOCKE tuviera presente al proyectar su modelo racional de orden político legítimo fueran las circunstancias y la evolución de las colonias americanas): primero la introducción de orden liberal *natural* sostenido por relaciones de poder social al que sigue un proceso de estatalización. En el Continente europeo, en cambio, el marco de las evoluciones políticas posteriores los constituye la configuración política que representa el Estado soberano, el Estado que se acredita y legitima por la capacidad de imponer la paz haciendo respetar las disposiciones que dicta, sin ligarlas en principio a confesión religiosa alguna. Este Estado se ve sometido a la presión resultante del orden económico liberal, de una presión, por tanto, conducente a ahondar y extender el campo de opción y libre movimiento individual que resulta de la propia forma jurídica de la regulación con que en ese campo se ha de operar, y también por la presión de la omnímoda libertad de movimiento que reclama la individualidad moderna; y ese Estado se ve asimismo sometido a la presión ejercida por el movimiento conducente a convertir en soberano al pueblo; es decir, a introducir los derechos de ciudadanía y a convertir en soberano al cuerpo mismo de los ciudadanos; esto es, a llenar el vacío de legitimación, del que una vez pacificada la existencia, o puesta en marcha la forma moderna de existencia, empieza a adolecer el soberano del Estado absoluto continental, y por tanto la organización misma del poder en el Estado moderno.

10. Génesis lógica del sistema de los derechos

Es obvio que las consideraciones de HABERMAS se orientan más por la evolución del modelo francés que por la evolución del modelo inglés. Pero considera a ambas equivalentes. Pues bien, lo que HABERMAS quiere decir con su idea de una *Verschränkung* entre *forma jurídica* y *principio de discurso* como elemento central en la configuración y estructura del Derecho positivo moderno es que no se podría entender a éste en sus instituciones básicas si no lo entendiésemos como un tipo de regulación (*forma jurídica*) que por razones funcionales se torna masiva e imprescindible; la cual, una

vez introducida masivamente, se ve sometida a presiones legitimatorias, y que no tiene otra manera de satisfacer esas presiones que en la dirección señalada (a) por un cada vez más amplio e intensivo soltarse el individuo moderno a través de los *derechos de libertad* con que empieza introduciéndose la *forma jurídica* y (b) por una aplicación (jurídicamente regulada) del *principio de discurso* a esa forma jurídica, aplicación de la que (a través de derechos de ciudadanía jurídicamente articulados) se hacen cargo los propios individuos *sueltos*; es decir, los propios destinatarios de esa regulación jurídica. A causa de ello, (c) la regulación jurídica queda sujeta a una evolución interna, a un proceso de autoconstrucción, que consiste por tanto en que en ese propio tipo de regulación, en la regulación jurídica, se van incorporando; es decir, van quedando juridificadas; es decir, van quedando convertidas en derecho positivo las propias condiciones de producción y cambio legítimos del Derecho y en general las propias condiciones de legitimidad del Derecho. De suerte que en muy buena parte es en el propio interior del Derecho positivo moderno donde hoy se dirime la tensión entre validez ideal y positividad. Y en todo caso el derecho positivo moderno, al haber juridificado sus propias condiciones de producción legítima, regula un proceso de formación de la opinión y la voluntad; es decir, regula un proceso de (en el mejor de los casos) *uso público de la razón* o (en todo caso) de uso de la *razón social* (que, mientras seamos seres hablantes, tiene a aquél como medida interna), regula, digo, un proceso de formación de la opinión y la voluntad políticas que aseguran y aun garantizan al Derecho una constante tensión interna entre positividad, facticidad de la razón social y validez ideal.

Más aun, venimos hablando de una *Verschränkung* entre *forma jurídica* y *principio de discurso*; conforme a éste *sólo pueden considerarse válidas precisamente aquellas normas (jurídicas) a las que todos los posibles afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales*; ello quiere decir que las normas jurídicas que sirven de forma más general a la estructuración de la convivencia habrán de ser extraordinariamente abstractas y que en su calidad de señales de tráfico social no regularán sino un caos de pluralidad y diferencias; lo cual significa que, en el propio seno del principio de discurso jurídicamente institucionalizado, no tiene más remedio que hacerse valer también la individualidad moderna en ese su carácter de reflexión y retraimiento sobre sí, en ese su ir a lo suyo. Con lo cual, en el propio seno del Derecho positivo está también asegurada y aun

garantizada la tensión entre la autonomía privada y la autonomía pública; es decir, entre principio liberal y principio democrático, entre LOCKE y ROUSSEAU (o entre los viejos derechos liberales y el demócrata BENTHAM); es decir, la tensión entre lo que es de Derecho privado, la plaza pública jurídicamente regulada y el ejercicio de los derechos de autonomía política.

Pero además, habida cuenta de las estructuras de la conciencia moderna, tampoco desde un punto de vista moral podrán considerarse *válidas sino precisamente aquellas normas morales a las que todos los posibles afectados hubieran podido prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales*. Una norma jurídica no es una norma moral, ni el Derecho es la moral. Pero el principio de validez jurídica y el principio de validez moral son el mismo: en el primer caso aplicado al tipo de normas que son las normas jurídicas y, en el segundo, a la clase de normas que son las normas morales. Esta fundamental diferencia, a la vez que parentesco, entre Derecho y Moral asegura y aun garantiza una tensión entre ambos, habida cuenta sobre todo de que muchas de las razones que habrán de barajarse a la hora de apoyar o criticar la pretensión de validez de una norma jurídica y por tanto muchas de las razones que integran esa pretensión, serán de carácter moral. Más aun, habida cuenta también de que el *bien jurídico* que aseguran aquellos derechos que jurídicamente garantizan el igual respeto a todos es el mismo *bien* a que se refiere la correspondiente obligación moral, queda asimismo asegurada y aun garantizada la tensión entre el particularismo de la comunidad jurídica y el esencial universalismo de la Moral.

Y conviene hacer también siquiera una mínima referencia a un importantísimo y aun decisivo tema. En su *génesis del sistema de los derechos*, es decir, en la génesis del *sistema de derechos* que constituyen el eje de una Constitución moderna que efectúa a partir de una *Verschränkung* de forma jurídica y principio de discurso, HABERMAS empieza introduciendo tres categorías de derechos, a saber: los derechos subjetivos de libertad, los derechos de pertenencia a una comunidad jurídica y los derechos concernientes a la accionabilidad judicial de los derechos; es decir, el conjunto de los derechos *liberales*. Constituido así el *código jurídico*, vienen a continuación los derechos *democráticos*; es decir, los derechos de la tradición de pensamiento *democrático*; es decir, los derechos que definen la autonomía política, es decir, aquellos derechos concernientes a la institucionalización jurídica del *principio de discurso* y a la producción o posición legítima de

derecho. Son ahora los propios destinatarios de las disposiciones del poder los que en el medio del discurso y juego políticos asumen la tarea de rehacer, reinterpretar y *saturar* los derechos que sentaron el *código jurídico*, y de articular los propios derechos de autonomía política. Por último, se introducen aquellos derechos, los derechos sociales, sin cuyo cumplimiento se tornarían irrelevantes para sectores enteros de la población no pocos de los derechos contenidos en las otras categorías de derechos que les vienen asignados como miembros de una determinada comunidad jurídica. Se trata del capítulo de *derechos sociales*. Ahora bien, ni el sistema jurídico ni el sistema político, cuyo poder, aparte de servir a la obtención de fines colectivos, sirve para respaldar coercitivamente al sistema jurídicos, pueden asegurar el cumplimiento de esa condición. Lo cual pone una vez más de manifiesto la fragilidad de la organización político-jurídica moderna, a la vez que asegura y aun garantiza una fuente de tensiones entre los que los propios sistemas jurídicos modernos sugieren y el nivel de redistribución que el desenvolvimiento efectivo de una economía mundializada permite.

Y tras lo dicho podemos ver cómo el entrelazamiento de forma jurídica y principio de discurso resuelve, según HABERMAS, la cuestión de la bivalencia del Derecho positivo moderno entre ser *disposición del poder* y *determinación de la razón*. La norma jurídica desplaza al desbordado proceso de entendimiento lingüístico sustituyéndolo por una regulación que opera como un efectivo sistema de señales de tráfico social, que para el destinatario no pueden ser sino disposiciones del poder, y respecto a las que, por la propia naturaleza de ellas, puede comportarse como si de elementos empíricos de la propia situación se tratase. Pero la norma jurídica, para ser tal efectiva señal de tráfico social, no puede sustituir al mecanismo del entendimiento lingüístico si no es a condición de aplazarlo y de suponer su funcionamiento. Es decir, la norma jurídica no puede ser la *disposición del poder* que es, si los destinatarios de ella no pueden a la vez entenderse como autores de ella; es decir, como autores de ella en tanto que norma, en tanto que un deber-ser, generado en el contexto de *discursos racionales*; es decir, si no puede ser reconocida por los propios afectados como expresión de su propia voluntad deliberativa, discursiva, de su *voluntad racional*. Es decir, para el conjunto del sistema jurídico, la norma jurídica no puede ser la efectiva señal de tráfico social que es, si a la vez no es digna de ser reconocida como norma, pues sólo mediante la pretensión de ello y por

tanto sometida al discurso respecto a ello, puede ser una norma. Pero esto implica una importantísima tesis de HABERMAS, concerniente a la idea de Estado de Derecho y que en su teoría del Derecho puede considerarse complementaria de la idea de *génesis lógica del sistema de los derechos*. Esta tesis viene también apuntada por el Prof. VIVES en la interpretación que sugiere de la *Grundnorm* de KELSEN. Una norma jurídica, insisto en el término *jurídica*, sólo puede considerarse expresión de una voluntad RACIONAL a condición de poder considerarse expresión de una VOLUNTAD racional; en términos del profesor VIVES: sólo puede ser la *determinación de la RAZÓN* que es, a condición de ser una DETERMINACIÓN de la razón. Es decir, si todo poder y el ejercicio de todo poder ha de poder considerarse autorizado por la norma jurídica como condición de dignidad de una convivencia social pacificada y si la norma jurídica no puede ser tal norma jurídica si no puede entenderse a la vez como una efectiva disposición del poder, entonces el punto de autorización última ha de poder concebirse a la vez como la fuente de poder. Como fenómeno básico del poder —así lo hizo HANNAH ARENDT, de quien HABERMAS depende por entero en este paso—, tendría que poder considerarse no la capacidad de imponer en el proceso de interacción la propia voluntad de uno incluso contra la resistencia del otro, sino la voluntad y determinación en la que muchos se ponen de acuerdo. La idea de Estado de Derecho implica que el poder político-administrativo capaz de domeñar en caso necesario al poder social, tiene que poder ser pensado como dimanante del proceso de formación de una voluntad racional y de una determinación racional común. El sistema de coerción organizada que es el Derecho; es decir, el sistema de coerción organizada que sustituye y aplaza al mecanismo del entendimiento, para poder ser considerado como algo más que como un sistema de coerción, como algo más que sin embargo no tiene más remedio que ser, no tiene más remedio que organizar el proceso deliberativo de su propia producción legítima; es decir, el proceso democrático de producción legítima de derecho, debiendo poder ser considerado como enteramente dimanante de ese proceso deliberativo; es decir, debiendo poder ser considerado como resultado del propio entendimiento al que sustituye y aplaza; esto es, debiendo poder ser considerado como el medio a través del cual el *poder comunicativo* se transforma y articula en un poder-político administrativo capaz de controlar al poder generado en el juego y pugna de intereses sociales. Esta es la idea de *Estado de Derecho*. Difícilmente esa idea puede

ser otra cosa que una ficción, que algo increíble, en cuya posibilidad, sin embargo, a veces, como el KANT del inicio de *La disputa de las Facultades*, nos sentimos animados a creer. La *verdad*, decía Nietzsche, es una forma de ficción que animales de nuestra clase necesitan para sobrevivir; *Estado de Derecho* es otra de esas ficciones que necesitan para sobrevivir y convivir seres modernos que no pueden hacerlo sin autointerpretarse y para quienes esa autointerpretación necesariamente lleva dentro la aspiración al cumplimiento de la dimensión de validez *justicia*. Tras todo lo dicho, y sobre todo en relación con este último punto, no cabe duda de que surgen cuestiones casi a raudales. Pero aquí tengo que cesar.

Pues mi cometido aquí no era señalarlas, ni mucho menos abordarlas, sino introducir a un libro, como el presente, que con radicalidad, claridad y limpieza, en la perspectiva de HABERMAS, pero sin ceñirse a su letra, sino manejando libremente los medios del pensamiento contemporáneo, conduce los conceptos básicos de la dogmática del Derecho penal a este universo de ideas.

MANUEL JIMÉNEZ REDONDO
Universidad de Valencia