

# FERRAJOLI Y DESPUÉS: UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Tomás S. Vives Antón

**Sumario:** 1. Introducción 2. La idea de verdad en el pensamiento de Ferrajoli. A) Observaciones preliminares. B) La ambigüedad de la concepción semántica de la verdad. a) Teoría de la correspondencia y realismo. b) La verdad como concepto puramente semántico. c) Las últimas formulaciones de Ferrajoli. d) Significado y verdad: una tentativa de esclarecimiento. e) Una última propuesta: ¿teoría o gramática? 3. La separación entre derecho y moral. A) Una nota introductoria. B) Derecho penal y moral. C) Teoría del derecho y justicia. D) Un excursus conclusivo 4. LA AMBICIÓN DE LA TEORÍA. A) Delimitación previa. B) La perspectiva semántica: dogmática y teoría. C) ¿Un lenguaje ideal? 5. Las razones del derecho A) La razón y las razones. a) La razón «situada». b) El «escándalo» de la razón. B) Razón, derechos fundamentales y principio democrático. a) Sobre los límites de la jurisdicción constitucional. b) Del «caso especial» a la ponderación. 6. Epílogo. Nota bibliográfica.

## 1. INTRODUCCIÓN

Precedido por un *call for papers* para jóvenes investigadores, los días 26 y 27 de abril de 2012 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia un Congreso dedicado a los *Principia iuris* de Luigi Ferrajoli, con motivo de la presentación de la traducción castellana de esa obra (Ed. Trotta, Madrid, 2011) que habían llevado a cabo Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel.

Asistieron al Congreso numerosos profesores de Filosofía del Derecho y, a lo largo de las sesiones, a las que asistí, tuvo lugar un extenso debate del que pensé valía la pena dar cuenta. Ése es el origen del presente trabajo que, sin

embargo, ha cambiado de objeto. En efecto, en vez de relatar el debate que presencié, el modo en que éste se desarrolló, unido a la circunstancia de que en el número 34 de la revista *Doxa* se han publicado una serie de trabajos, cuya lectura basta y sobra para dar una idea de lo que se discutió en el Congreso, me han hecho cambiar mi propósito inicial. Me he referido al modo en que se desarrolló el debate y tal vez hubiera debido hablar de la forma en que lo percibí, pues tuve la impresión, quizás inexacta, de que las preguntas y las respuestas no se encontraban: salvadas, naturalmente, todas las diferencias, me parecía un diálogo de sordos, en el que, a menudo, los interpelantes y el interpelado exponían sus ideas sin llegar a entenderse.

Esa circunstancia ponía de manifiesto una discrepancia que a veces se formulaba expresamente y que no se limitaba a cuestiones puntuales, sino que afectaba a los fundamentos mismos de las distintas posiciones. Como mi conocimiento previo de la obra de Ferrajoli consistía, junto a la lectura de varios artículos y obras menores, principalmente en la lectura de *Derecho y Razón*, estudio admirable que, sin embargo, me había sumido en múltiples perplejidades, pensé que valía la pena (o, al menos, que podía resultar interesante) intentar despejarlas. De ahí que, de la crónica de un debate haya pasado a relatar mis reflexiones sobre algunos de los fundamentos teóricos de las distintas posiciones que allí se expresaron, con la esperanza de que, si es que no consigo orientarme en el laberinto de las cuestiones de fondo, otros más habituados que yo a enfrentarse con ellas lo hagan para ilustración de todos.

Dicho esto, debo añadir que en *Derecho y Razón* hay dos niveles de discurso, que merecen considerarse por separado.

En el *primer nivel* se halla un alegato en defensa de las garantías penales que comparto ampliamente, pues aunque en ocasiones pienso que resulta algo excesivo y en otras insuficiente, no deja de tener un núcleo completamente razonable y perfectamente asumible. Tal es, por ejemplo, el caso del rechazo de la prisión cautelar. Vale la pena transcribir, siquiera sea parcialmente, los términos de ese rechazo, que comienza con la exposición de las finalidades que se aducen para justificar la institución, en los términos siguientes:

«¿Cuáles son entonces, si es que son, las «necesidades» —y no las meras conveniencias— satisfechas por la prisión sin juicio? Ya he hablado de la manifiesta incompatibilidad, reconocida por la doctrina más avisada, entre el principio de presunción de inocencia (o incluso sólo de no culpabilidad) y las finalidades de prevención y de defensa social, que también después de la entrada en vigor de la Constitución un nutrido grupo de procesalistas ha continuado asociando a la prisión del imputado en cuanto presunto peligroso. Quedan las otras dos finalidades: la del peligro de alteración de las pruebas y la del peligro de fuga del imputado, ya indicadas por Beccaria y reconocidas como únicas justificaciones por la doctrina y

la jurisprudencia más avanzadas. Es cierto que ambos argumentos asignan al instituto finalidades estrictamente cautelares y procesales. Pero ¿es este motivo suficiente para considerarlos fundados? En otras palabras, las dos finalidades procesales ¿son verdaderamente legítimas y, en todo caso, no desproporcionadas al sacrificio impuesto por el medio para obtenerlas? O ¿es que no existen medios tan pertinentes pero menos gravosos que hagan no «necesario» el recurso a la prisión sin proceso?»

La respuesta de Ferrajoli a ambas preguntas es negativa. En cuanto a la primera finalidad, tras denunciar la ilegítima confusión entre la necesidad de impedir la alteración de las pruebas y la de interrogar al imputado y acaso obtener la confesión, Ferrajoli se pronuncia en los siguientes términos:

«El interrogatorio del imputado, en una visión no inquisitiva del proceso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino sólo para oponerse a la imputación y para hacer posible al acusado su propia defensa. su asunción coactiva es, pues, un fin sólo no necesario sino simplemente ilegítimo, cuya utilización «para arrancar la confesión del reo —son palabras de Francesco Carrara— demuestra que «no ha muerto la estirpe de los que lloran en secreto la abolición de las torturas, ya que el *calabozo*, empleado en el sentido que ellos lo enseñan, no es sino un tormento disfrazado»

Es más plausible, cuando se trate de delitos particularmente graves y complejos, la exigencia instructora de que el imputado no pueda encontrarse, antes del interrogatorio, en condiciones de alterar el estado de las pruebas y de procurarse falsas defensas. Pero una exigencia de esta clase puede verse satisfecha, mejor que por la prisión cautelar, por el simple traslado coactivo del imputado ante el juez y su detención por el tiempo estrictamente necesario —horas o al máximo días pero no años— para interrogarlo en una audiencia preliminar o en un incidente probatorio y quizá para realizar las primeras comprobaciones acerca de sus disculpas. Es éste, como afirma Bentham, el único período de tiempo en que, el acusado, es «necesario aislarlo». Es claro que una medida de este tipo, además de producir una limitación de la libertad personal incomparablemente más breve que la prisión preventiva, tendría menor resonancia pública y no produciría, o al menos reduciría, los efectos infamantes y difamatorios de la acción penal que constituyen hoy uno de los aspectos (extra-legales y extra-judiciales) más humillantes y aflictivos de todo el sistema punitivo. La única

noticia que llegaría al público es la de un ciudadano que ha sido conducido ante un magistrado para ser interrogado acerca de un delito.»

Por lo que respecta al segundo motivo Ferrajoli, tras denunciar la circularidad del argumento, pues el peligro de fuga, a su juicio «está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva» añade lo siguiente:

«Pero incluso de no tener en cuenta esta circularidad, ¿por qué el peligro de fuga de un imputado ya interrogado tendría que bastar para justificar una violación, tan grave y perturbadora de todas las garantías penales y procesales, como es la pena anticipada sin juicio? La verdad es que semejante peligro no es un gran peligro. Sobre todo es muy difícil, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva; y tal vez bastaría como medio disuasorio una mayor vigilancia del imputado, al obligarle a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad, es ya de por sí, normalmente, una pena gravísima, semejante a la antigua *acqua et igni interdicio* prevista por los romanos como pena capital. En tercer lugar, cuando la fuga hiciera perder la pista del imputado, se habría corregido en la mayor parte de los casos el efecto de neutralizarlo, dando así satisfacción a los fines preventivos del derecho penal. En definitiva, el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas. Un ordenamiento —por ejemplo— que previera la pena de muerte muy difícilmente podría renunciar por algún tiempo a poner las manos sobre el acusado para colocarle a buen recaudo después de la condena del verdugo. De ello se desprende que la mitigación de las penas reduce proporcionalmente el peligro de fuga de los imputados. En particular, la abolición de la pena privativa de libertad o incluso sólo la reducción de la duración máxima de la misma a diez años —propuesta en el apartado 31—, al reducir drásticamente el miedo a la pena, favorecería después la desaparición de la prisión preventiva.»

Dejando de lado lo que tales argumentos puedan tener de utópico a día de hoy, lo cierto es que, de una parte, por experiencia personal puedo atestiguar que la mera limitación de la aplicación de la prisión preventiva a los supuestos para los que la contemplan la Constitución y las leyes podría reducirla a menos de la décima parte de su realidad actual; y, de otra, que la duración de algunos procedimientos es manifiestamente innecesaria: una adecuada re-

forma del proceso penal podría conseguir que la duración de la prisión preventiva fuese bastante menos escandalosa de lo que hoy es. Por ello, si no toda, Ferrajoli tiene gran parte de razón en sus críticas.

En cualquier caso, su denuncia de la inefectividad de las garantías en Italia es estremecedora y, *mutatis mutandis*, puede aplicarse en lo esencial a España y, ya sólo por eso, merecería la pena tomar muy en serio su obra.

En un momento en que nuestro ya suficientemente maltrecho Código Penal de 1995 se halla bajo la amenaza de un Anteproyecto desventurado, que prescinde de las más elementales garantías a las que debiera ajustarse el *ius puniendi*, vale la pena traer a colación cuanto dice Ferrajoli respecto a las exigencias de *taxatividad* en la definición de los delitos y, más aún, respecto a las de *retribución* en la imposición de las penas.

El *principio de taxatividad*, al que denomina de *stricta legalidad*, prescribe al legislador, según Ferrajoli, las siguientes reglas:

«a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados verdaderos; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades o características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.»

En cuanto al *principio retributivo*, esto es, en cuanto a la exigencia de que las penas constituyan la respuesta del Estado al delito cometido, Ferrajoli denuncia las medidas de seguridad por vulnerarlo al responder, no al delito cometido, sino a la peligrosidad del autor, parámetro tan inexacto que acaba resolviéndose

en la exclusión de determinadas categorías de personas asociales en vez de ser un castigo del hecho ilícito; pero, destaca, además, que conlleva una vulneración del principio de estricta legalidad, pues a la completa indeterminación del presupuesto se une la de la consecuencia jurídica. A lo que añade que la imposición de medidas de seguridad sobre la base de la peligrosidad lesiona el principio de «estricta jurisdiccionalidad», que implica «un modelo de proceso penal, como verificación empírica, en régimen de contradicción con el acusado, de un hecho enunciado como hipótesis de la acusación, que se presume falsa hasta prueba en contrario».

En consecuencia, el rechazo de la peligrosidad es absoluto, pues según dice, la peligrosidad no es un modo de actuar, sino un modo de ser «que actúa indebidamente como sustitutivo de la culpabilidad», cosa que resulta «progresivamente inquietante» al implicar la sustitución de un sistema retributivo por uno de mera prevención, en el que, sobre los tipos de hecho, comienzan a primar los tipos de autor.

Visto a la luz de estas declaraciones de Ferrajoli, un Anteproyecto de Código penal como el que se halla en trámite, que contiene tipos tan abiertos que no describen, ni siquiera de modo difuso, las conductas prohibidas y que, además, alardea de configurar la peligrosidad como fundamento irrestricto de cualesquiera medidas, incluso de ese castigo adicional en que la custodia de seguridad consiste, no parece sino lo que es: un paso más dado desde la democracia a la que habíamos llegado hacia el fascismo que algunos añoran.

Dicho esto, y subrayada así la importancia y actualidad de la obra de Ferrajoli, ha de abandonarse aquí ese nivel de discurso, pues el que ahora se debate es otro, más allá de la defensa de las garantías penales, a saber: el de la formulación, a partir del garantismo penal, de una teoría general del garantismo en la que se apuntan ya buena parte de los temas que constituyen la estructura básica de los *Principia iuris*. En ese nivel, los presupuestos de Ferrajoli me produjeron una serie de perpleji-

dades que, a día de hoy, no se han despejado. Pasaré a analizar algunas de ellas, quizás no las más importantes, pero sí las que atañen más directamente a los fundamentos de la teoría. En consecuencia, me limitaré a analizar tres problemas que, desde la perspectiva adoptada, parecen capitales, a saber: el problema de la verdad en el pensamiento de Ferrajoli, su modo de configurar la separación entre derecho y moral y su concepción de la teoría y la delimitación de su papel frente a la dogmática. Naturalmente que, tras esa exposición, la evaluación de la obra de Ferrajoli apenas estará esbozada; pero, mi propósito no es completarla, sino sólo poner de manifiesto el estado en que se halla la teoría general del Derecho en algunas cuestiones fundamentales.

## 2. LA IDEA DE VERDAD EN EL PENSAMIENTO DE FERRAJOLI

### A) OBSERVACIONES PRELIMINARES

En la primera parte de *Derecho y Razón*, que lleva por título *Epistemología. La razón en el Derecho Penal*, se enfrenta Ferrajoli con el problema de la *verdad procesal*, que descompone en *verdad fáctica* y *verdad jurídica* e, inicialmente, la concibe así:

«A mi modo de ver, se puede deducir una caracterización semántica adecuada de estos dos conceptos dentro de un modelo ideal de jurisdicción penal rígidamente cognoscitivo de la definición de «verdad» elaborada por Alfred Tarski, que es también una estipulación general de las condiciones de uso del término «verdadero». Según esta definición, «una proposición P es verdadera si, y sólo si, p», donde «P» está por el nombre metalingüístico de la proposición y «p» por la proposición misma: por ejemplo, «la oración 'la nieve es blanca' es verdadera si, y sólo si, la nieve es blanca». Si aplicamos esta equivalencia al término «verdadero» tal y como es predicable de la proposición fáctica y de la jurídica en las que se puede descomponer la proposición jurisdiccional «Ticio ha cometido culpablemente tal hecho por la ley como delito», obtenemos por sustitución las dos siguientes equivalencias: a) «la proposición 'Ticio ha cometido culpablemente un hecho' es verdadera si, y sólo si, Ticio ha cometido culpablemente tal hecho», y b) «la proposición 'tal hecho está deno-

tado por la ley como delito' es verdadera si, y sólo si, tal hecho está denotado por la ley como delito». Estas dos equivalencias definen, respectivamente, la *verdad fáctica* y la *verdad jurídica*, respecto de las que sirven para aclarar las distintas referencias semánticas, que en el primer caso son los *hechos* ocurridos en la realidad y en el segundo las *normas* que hablan de ellos. Y definen, conjuntamente, la *verdad procesal* (o *formal*). Por tanto, una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido.»

Se inclina Ferrajoli por la idea de correspondencia, frente a las de coherencia o aceptabilidad justificada, como definitoria de la verdad porque, a su juicio, en la concepción de Tarski la correspondencia expresa la definición, esto es, el significado de la palabra «verdad», mientras que la coherencia o la aceptabilidad justificada son *criterios de verdad*. Conjuga, en consecuencia, las tres teorías del siguiente modo:

«No tiene sentido contraponer la coherencia y/o la aceptabilidad justificada a la correspondencia. Aquellos dos criterios, dada la obligación de juzgar del juez, son necesarios en el plano sintáctico y en el pragmático para establecer la verdad precisamente porque ésta es caracterizable, en el plano semántico, como *correspondencia* sólo *por lo que sabemos* y sólo de forma *aproximativa*: la coherencia, para afirmar que la tesis avanzada está confirmada y/o no refutada por una o varias pruebas recogidas y por una o varias interpretaciones jurídicas de otras normas y que, por tanto, es verdadera respecto del conjunto de los conocimientos de que disponemos; y la aceptabilidad justificada, para afirmar que tal conjunto, incluida la tesis avanzada, es más satisfactorio o plausiblemente verdadero que cualquier otro a causa de su mayor capacidad explicativa. No es inútil además poner de relieve —vistas las acusaciones de las que se ha hecho objeto a la concepción semántica de la verdad por parte de algunos post-empiristas— que esta concepción es la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática: así como permite pensar que una teoría podría ser falsa incluso si fuera perfectamente coherente y aceptada por todos como verdadera (o verdadera aunque no compartida por nadie y en contraste con otras tesis experimentadas con éxito), igualmente permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles.»

La sencilla conciliación que Ferrajoli predica entre las principales teorías de la verdad me parece muy discutible, pues si a la teoría de la correspondencia se le asigna un papel definitorio fuerte, de modo que trate la verdad como un atributo de la oración, mal podría desempeñarlo sin ser, a la vez, criterio del uso de «verdadero/a» en los casos particulares. Lo cierto es que, como afirma Quine, «el enfoque de la verdad como **desentrecorillado** no define el predicado *verdad* en el sentido estricto de la palabra *definir*; pues una definición en sentido estricto nos diría cómo eliminar el término definido de todo contexto que elijamos, para sustituirlo por otra expresión previamente establecida»; lo que, como es obvio, no es el caso.

Sin embargo, Quine precisa después que el enfoque desentrecorillador sí que define la verdad en un sentido laxo: «Nos dice, para toda oración, en qué consiste que esa oración sea verdadera, y nos lo dice de una manera tan clara, para nosotros, como la oración misma». Veámoslo:

«Entendemos en qué consiste que la oración 'la nieve es blanca' sea verdadera con la misma claridad con la que entendemos en qué consiste que la nieve sea blanca. Evidentemente, la gente no debería devanarse demasiado los sesos con el adjetivo 'verdadero', sino más bien con las oraciones de las que este adjetivo se predica. '*Verdadero*' es un *adjetivo transparente*»

Lo que queda por ver es si, así entendidos, los términos «verdadero» y «verdad» tienen algún contenido semántico.

Pero, incluso dejando, por ahora, de lado ese problema (y olvidando, a los solos efectos de este análisis, las dificultades que plantea la definición de Tarski incluso para lenguajes formales y, por supuesto, las que se sobreañaden al aplicar su fórmula al lenguaje ordinario (dada la inestabilidad del significado de sus términos) la concepción de la verdad expuesta por Ferrajoli me ofrece muchas dudas. Empezaré por poner en tela de juicio la idea de que la concepción semántica de la verdad como correspondencia sea la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática

ca, que permita sostener que una persona sea inocente o culpable, pese a que tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias, pues la idea de falibilismo es común a todas las concepciones razonables de la verdad. Así, la tesis que concibe la verdad como aceptabilidad justificada remite, o bien a una situación ideal (Habermas) que, en principio, siempre se distancia de la real, porque cualquier situación real puede mejorarse, o a una situación futura y mejor (Rorty). Por lo tanto, más aun que la idea de la correspondencia permite distanciarse de cualquier juicio nacido en un estado de cosas determinado, por muy sólida que sea su posición en la realidad presente. De ese modo, desde la tesis de la aceptabilidad racionalmente justificada podría sostenerse que cualquier teoría, por mucho que fuera perfectamente coherente y avalada por buenas razones y tenida, en suma, por verdadera, podría ser falsa, como históricamente ha sucedido con la teoría de la verdad como correspondencia, al menos con anterioridad a su formulación semántica. Algo parecido puede afirmarse de la teoría de la verdad como coherencia, sostenida por Davidson a partir del holismo de Quine, según el cual lo que se confronta con la realidad no es una proposición aislada; sino todo un sistema, dado que, ni que decir tiene, que el sistema no se concibe como algo inmutable. Es más, Davidson sostiene que todo sistema puede contener proposiciones verdaderas y falsas y otorga a la *coherencia* una función *epistémica*: no es una definición de verdad sino un criterio para determinar lo verdadero, calificación que, en este punto, coincide con la de Ferrajoli.

Me preocupa, además, la aplicación de la idea de verdad como correspondencia a la que Ferrajoli llama verdad jurídica. Según señala Tarski, la concepción aristotélica, a cuyas intuiciones básicas quiere hacer justicia su propuesta, puede formularse diciendo que «la verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad». En otros lugares habla de «acuerdo con los hechos»; pero, para Ferrajoli, mientras que la verdad fáctica es «resoluble por vía inductiva, conforme a los datos probatorios», la otra solo es comprobable

«a través de la interpretación del significado» de las palabras de la ley. De modo que, aunque pudiéramos, que no parece que podamos, hablar aquí de alguna clase de «acuerdo con los hechos», ese acuerdo sería muy diferente del «acuerdo con los hechos» que requieren las verdades fácticas. Tan diferente que el propio Ferrajoli, al distinguir entre juicios de vigencia y juicios de validez de las normas constata una aporía teórica. La validez de una norma depende de juicios de valor contenidos en la Constitución que, como tales, ni son verificables ni refutables, dado que, respecto a ellos, al no poderse hablar de correspondencia con los hechos, la verdad es indecidible.

Ferrajoli da por sentado que ese problema de los juicios de valor se plantea sólo a la hora de determinar conforme a los criterios materiales contenidos en la Constitución la validez de las leyes, quizás porque entiende que las leyes penales no recurren a valoraciones de la misma índole. Pero, si estuviera más familiarizado con la evolución de la doctrina penal, habría advertido que un problema semejante al de determinar la validez constitucional de las leyes se plantea también a la hora de la aplicación de los tipos penales. Basta recordar, al efecto, las luminosas palabras de Beling (al que, por cierto, pese a ser el primero que perfiló la idea de *tipo objetivo* (*Tatbestand*) como concreción de las exigencias constitucionales de taxatividad, Ferrajoli ni siquiera menciona):

«Todos los *Tatbestände* legales tienen un carácter puramente descriptivo; en ellos no se expresa todavía la valoración jurídica: «antijurídico» (tipo de injusto).

Pero, de otro lado, sirven a los tipos de injusto ajustados a ellos: unos con otros hacen juego. Esto significa que la recta inteligencia del contenido del *Tatbestand* debe estar presidida por la respuesta a la cuestión sobre qué tipo de injusto tenía a la vista el legislador. Es que, en realidad, todos los conceptos jurídicos están «recubiertos de una película normativa» (LASK). Sólo algunos de estos conceptos patentizan por sí mismos una valoración jurídica (como, por ejemplo, el concepto de la culpabilidad); la mayoría de los mismos se ofrecen como objeto de regulación jurídica y no son, por ello, en sí, de carácter «normativo». Pero con respecto a todo lo que en un precepto jurídico aparece como objeto regulado, el jurista ha de preguntarse

en qué sentido el legislador lo ha entendido en ese precepto; lo que «perro», «tren», «veneno» signifiquen en un precepto jurídico, no lo pueden decir en redondo el zoólogo, el técnico ferroviario ni el químico; el jurista, antes bien, ha de examinar si el legislador tenía a la vista representaciones concordantes o diferentes de las de éstos. Para aclaración del contenido de los *Tatbestände* legales penales se necesita ponerlos en contacto con los tipos de injusto.»

Esta naturaleza valorativa de todos los conceptos jurídicos se refleja aún más claramente cuando se analizan términos de otra índole a los expuestos, pero que también aparecen en los tipos penales, como «injuria», «grave», «doloso», etc., a los que resulta muy dudoso que pueda atribuirse la calidad de descripciones; y, si ello es así, y así parece ser, el predicado «verdadero» atribuido a los juicios jurídicos resulta, en cualquier caso, inadecuado, si se profesa una concepción de la verdad como correspondencia con los hechos.

A esas primeras dificultades del planteamiento de Ferrajoli hay que añadir otra no menor, relativa a la que llama «verdad procesal». El propio Ferrajoli reconoce que la verdad procesal incluye elecciones en la decisión de las premisas de derecho, *inevitablemente opinables*, y también elecciones en la decisión de la conclusión de hecho, *inevitablemente probabílicas*. Sin embargo, para él, esta incertidumbre de la «verdad procesal» no tiene nada de particular.

Justifica esa afirmación del siguiente modo: «Decisiones y elecciones pragmáticas de tipo análogo a las que intervienen en el conocimiento judicial, tanto fáctico como jurídico, son necesarias, como sabemos, para justificar la verdad de cualquier aserción empírica. En las teorías científicas, por ejemplo, presiden la aceptación de las tesis primitivas, es decir, de los postulados y las definiciones que forman las premisas de los razonamientos deductivos, y, por otro lado, la inducción de las leyes científicas, que, como es sabido, nunca son, por su forma universal, enteramente verificadas, sino sólo aceptadas como más o menos probables o plausibles por su grado de confirmación y su capacidad explicativa.»

A su juicio, pese a esas observaciones, no cabe repudiar la teoría semántica de la verdad

como correspondencia, por mucho que sea *inalcanzable*; pero, con esa observación, desfigura la naturaleza del problema: no se trata de que la verdad como correspondencia sea inalcanzable, que lo es cualquiera que sea su definición, sino que definirla así resulta o insuficiente o inadecuado.

En efecto, si el concepto de verdad se limita al ámbito semántico, entonces la correspondencia es una insignificante tautología; si, en cambio, con ella se pretende decir algo de la relación entre el lenguaje y el mundo, resulta profundamente inadecuada, como es patente en el caso de la «verdad jurídica», pero también en el de la «verdad fáctica» referida al proceso. Baste señalar que, incluso en el caso del proceso penal, donde se habla a menudo de verdad material, la idea de correspondencia tiene difícil aplicación, porque cuando el proceso empieza los hechos a los que se refiere ya han desaparecido y no es posible, por lo tanto, comparar las oraciones con que se describen con una figura objetiva que esté presente; sino que los hechos probados se establecen en un debate, en el que sólo debe prevalecer el relato cuya *certeza* quede establecida «más allá de toda duda razonable». De ese modo, por mucho que metafóricamente se hable de verdad, en el fondo, se trata de *certeza*.

## B) LA AMBIGÜEDAD DE LA CONCEPCIÓN SEMÁNTICA DE LA VERDAD

Según acaba de decirse, la concepción de la verdad de Ferrajoli se debate entre la dimensión puramente semántica y la epistémica representada por un realismo metafísico más o menos explícito. Pero, esa ambigüedad no le es exclusivamente imputable, pues las tesis de Tarski contienen, ya en su genuina formulación, una ambigüedad semejante: se expresan, a veces, en términos de realismo metafísico, intentando «hacer justicia a las intuiciones vinculadas con la concepción aristotélica clásica de la verdad» expresada en la *Metafísica*; por eso se define en términos metafísicos a los que convienen formulaciones como las trans-

critas (acuerdo con la realidad, acuerdo con los hechos); pero, en otras ocasiones rechazan expresamente dichas expresiones «que no figuran en la formulación original y que son equívocas» pues producen la impresión de que la concepción semántica de la verdad tiene por finalidad establecer las condiciones para poder afirmar cualquier oración empírica, cosa que no es sino una ilusión. La ambigüedad de la concepción de la verdad tiene su origen, como señala Quine, en el hecho de que «*lo que es verdadero es la oración, pero su verdad consiste en que el mundo sea como la oración dice*».

Esa ambigüedad obliga a realizar un doble análisis de la concepción de Ferrajoli.

#### a) Teoría de la correspondencia y realismo

La concepción de la verdad de Ferrajoli se apoya notoriamente en la interpretación que Popper hizo de las tesis de Tarski, interpretación que transcribe expresamente. Popper se manifiesta en términos parecidos a los propuestos por Ferrajoli que acabamos de transcribir. Para él, gracias a la obra de Tarski, «la idea de verdad *objetiva o absoluta*, esto es, de la verdad como correspondencia con los hechos» puede ser aceptada por todos los que la comprenden. Y la principal dificultad para comprenderla radica en el dogma «muy difundido pero equivocado» de que una teoría de la verdad ha de ser una teoría de la creencia verdadera. Por ello, frente a la teoría objetiva de la correspondencia se alzan tres grandes teorías rivales, todas ellas de corte subjetivo, a saber «la teoría de la coherencia, que confunde la consistencia con la verdad, la teoría de la evidencia, que confunde *verdadero* con *conocido como verdadero* y la teoría pragmatista o instrumentalista que confunde la verdad con la utilidad».

Todas estas teorías, denominadas por Popper epistémicas o subjetivas, tienen un rasgo en común, a saber:

«Todas ellas afirman, con mayor o menor énfasis, que la verdad es lo que se justifica que creamos o aceptemos, de acuerdo con ciertas reglas o

criterios acerca de los orígenes o las fuentes de nuestro conocimiento, o de la confiabilidad, o de la estabilidad, o del éxito biológico, o de la fuerza de convicción, o de la imposibilidad para pensar de otra manera.»

Señala Popper al respecto de la *teoría objetiva* de la verdad algo que utiliza Ferrajoli para afirmar, según acaba de decirse, que es la única que se acomoda a una actitud no dogmática:

«La teoría objetiva de la verdad da origen a una actitud muy diferente. Esto puede verse en el hecho de que nos permite hacer afirmaciones como las siguientes: una teoría puede ser verdadera aunque nadie crea en ella y aunque no tengamos razón alguna para aceptarla o para creer que es verdadera; y otra teoría puede ser falsa aunque tengamos razones relativamente buenas para aceptarla.»

A lo que, posteriormente, añade una frase profundamente enigmática; es la siguiente:

«De este modo, una gran ventaja de la teoría de la verdad objetiva o absoluta es que nos permite afirmar, con Jenófanes, que buscamos la verdad, pero puede suceder que no sepamos si la hemos hallado o no; que no tenemos ningún criterio para establecer la verdad, no obstante lo cual nos dejamos guiar por la idea de la verdad como *principio regulador* (como habrían dicho Kant o Peirce); y que, aunque no hay ningún criterio general mediante el cual reconocer la verdad, excepto quizás la verdad tautológica, hay algo similar a criterios de progreso hacia la verdad.»

Nótese que la idea de una definición de «verdad» resulta entendida de este modo, enormemente debilitada, porque si no tenemos ningún criterio general mediante el que reconocer la verdad, difícilmente podemos definirla, más allá de la mera tautología, ni parece que podamos hablar de criterios de progreso hacia una verdad que no conocemos.

Esbozadas así las líneas medulares de la concepción de la verdad de Popper, cabe oponerle que, o la concibe en términos realistas, y entonces es incongruente con sus planteamientos, o la concibe en términos meramente lingüísticos, y en ese caso no cabe predicar de ella ni el carácter absoluto ni la objetividad que Popper le atribuye.

Si Popper concibe la verdad en términos de un realismo metafísico al que, según su pro-

pia expresión, Tarski ha «salvado», ese realismo resulta incompatible con la idea de que no hay teorías, de una parte, y hechos brutos que contrastar directamente con ellas, de otra; sino que hay teorías explicativas y teorías observacionales (Popper llega a afirmar que nuestros sentidos son teorías), con lo cual ninguna proposición teórica puede contrastarse directamente con hechos tal como son en el mundo, es decir, con hechos independientes de nuestras descripciones; sino que el contraste tiene lugar entre una teoría empírica y otra observacional. Si se sigue hablando de correspondencia, se tratará de una correspondencia intralingüística, de lo que Putnam ha llamado una correspondencia interna. Ciertamente, Popper reconoce que la dificultad de establecer una correspondencia cualquiera entre un enunciado y un hecho ha llevado a muchos filósofos a sospechar que la teoría de la correspondencia debía ser falsa o, aun peor, carente de significado. Frente a esa sospecha aduce Popper las afirmaciones siguientes:

«El logro filosófico de Tarski en este campo fue, pienso yo, que invirtió esta decisión. Y lo hizo de un modo muy simple al reflexionar en que una teoría que se ocupe de una relación entre un enunciado y un hecho, debe estar capacitada para hablar a) sobre enunciados, y b) sobre hechos. Para poder hablar sobre enunciados, debe usar nombres de enunciados, o descripciones de enunciados, y quizá palabras tales como «enunciado»; es decir, la teoría habrá de expresarse en un metalenguaje, un lenguaje en el que uno pueda hablar sobre el lenguaje. Y para poder hablar sobre hechos y hechos pretendidos, tendrá que usar nombres de hechos o descripciones de hechos, y quizá palabras como «hecho». Una vez que disponemos de un metalenguaje, un lenguaje como éste en el que podemos hablar sobre enunciados y hechos, resulta fácil establecer afirmaciones sobre la correspondencia entre un enunciado y un hecho.»

La correspondencia resulta, así, «trivialmente posible» como afirma Popper; pero, no describe ninguna relación objetiva del enunciado verdadero con los hechos del mundo.

Pero, cuando lo hace, resulta incongruente; y es singularmente incongruente cuando expresa esa relación de correspondencia con la idea, a la que se adhiere Ferrajoli, de *aproximación a la verdad*.

En el capítulo dedicado a «Las dificultades del realismo metafísico por un realista metafísico» del volumen 1 de su *Post Scriptum a La lógica de la investigación científica* defiende Popper esa idea con las siguientes palabras:

«Tomemos la ingeniosa solución de Kant: que nuestro intelecto no lee las leyes en el libro abierto de la naturaleza, sino que impone sus propias leyes a la naturaleza. Esto es verdad hasta cierto punto; nuestras teorías son creación nuestra y nunca podemos describir hechos empíricos (o reaccionar ante ellos de otro modo) sin interpretarlos en términos de nuestras teorías (o de nuestras expectativas, tal vez inconscientes). Pero esto no significa, como creía Kant, que las leyes de la naturaleza, tales como la teoría de Newton, sean válidas *a priori* e irrefutables, aunque es cierto que las imponemos sobre los hechos empíricos mismos a los que tendríamos que acudir en busca de refutación. Por el contrario, hemos aprendido de Einstein que nuestro intelecto puede formar, al menos tentativamente, teorías alternativas; que pueden reinterpretar los hechos alternativamente en términos de cada una de esas nuevas teorías; que, en la competición entre esas teorías, podemos decir libremente, sondeando su profundidad y pensando el resultado de nuestras críticas, incluyendo nuestras contrastaciones; y que sólo de este modo podemos tener la esperanza de *acercarnos a la verdad*.»

Como resulta del sentido inmediato de sus palabras, dada la competencia crítica entre teorías podemos decidirnos por una que nos parezca mejor, a saber, que tenga mayor fuerza explicativa, que produzca mejores resultados, etc.; pero eso no quiere decir que se halle más próxima a una verdad por correspondencia con los hechos brutos del mundo, porque no llegamos nunca a tener contacto con tales hechos. Si su relación con Wittgenstein no hubiera sido tan atormentada (tal vez, en parte, por el conocido incidente del atizador) con la idea del *Tractatus*, según la cual que el mundo pueda ser descrito con una determinada red no nos dice nada del mundo; pero sí nos dice algo del mundo que pueda ser descrito con una determinada red *mejor* que con otra (*Tractatus* 6341-6342) podría haber expresado mejor su pensamiento que con sus propias palabras. Pues, en cualquier caso, así se nos dice del mundo que puede ser mejor descrito con una

determinada teoría; pero no porque esa teoría «corresponda» o «se aproxime» a ninguna verdad absoluta, sino por la capacidad de esa teoría para dirigir mejor nuestras acciones en el mundo, esto es, por consideraciones pragmáticas.

Para concluir, permítaseme una larga cita de Putnam al respecto:

«La perspectiva que voy a defender carece de nombre que no sea ambiguo. Es un logro tardío en la historia de la filosofía, y todavía hoy se preocupa de que no se la confunda con otros puntos de vista de índole completamente distinta. La denominaré perspectiva *internalista*, ya que lo característico de tal concepción es sostener que sólo tiene sentido formular la pregunta *¿de qué objetos consta el mundo?* desde *dentro* de una teoría o descripción. Muchos filósofos internalistas, aunque no todos, sostienen además que hay más de una teoría o descripción del mundo verdadera. Desde la perspectiva internalista, la «verdad» es una especie de aceptabilidad racional (idealizada) —una especie de coherencia ideal de nuestras creencias— y no una correspondencia con «estados de cosas» independientes de la mente o el discurso. No existe un punto de vista como el del Ojo Divino que podamos conocer o imaginar con provecho. Sólo existen diversos puntos de vista de personas reales, que reflejan aquellos propósitos e intereses a los que se subordinan sus descripciones y teorías. («Teoría de la verdad-coherencia», «no realismo», «verificacionismo», «pluralismo», «pragmatismo»; pese a que se han aplicado todos estos términos a la perspectiva internalista, cada uno de ellos tiene connotaciones inaceptables debido a sus restantes aplicaciones históricas.»

En consecuencia, Putnam ha caracterizado la idea de la correspondencia, tal y como la profesa el realismo metafísico, como una *imagen* (*picture*) no como una *teoría*. A lo que hay que añadir que, desde la perspectiva del realismo interno al lenguaje que se emplee la correspondencia entre un enunciado descriptivo y la descripción que contiene sería mera *redundancia*.

## b) La verdad como concepto puramente semántico

El otro término de la alternativa es el concepto puramente semántico de la verdad como correspondencia. Esta parece ser la concepción

por la que definitivamente optó Tarski, según pasa a exponerse, y por la que Ferrajoli, a veces, parece inclinarse.

## a') La posición ulterior de Tarski

A propósito de la concepción semántica de la verdad, Tarski efectuó algunas precisiones que conviene recordar.

Con referencia a las oraciones de la forma T —«la nieve es blanca» en castellano es verdadera si la nieve es blanca— en las que muchos afirman que consiste su definición de verdad, Tarski afirmó lo siguiente:

«Debemos subrayar que ni la expresión (T) misma (que no es una oración sino sólo un esquema de oración), ni caso particular alguno de la forma (T) *pueden considerarse como una definición de la verdad*. Sólo podemos decir que toda equivalencia de la forma (T), obtenida reemplazando 'p' por una oración particular, y 'X' por un nombre de esta oración, puede considerarse una definición parcial de la verdad, que explica en qué consiste la verdad de esta oración individual. La definición general debe ser, en cierto sentido, una conjunción lógica de todas estas definiciones parciales.»

A lo que, posteriormente, añade:

«En efecto, la definición semántica de la verdad nada implica respecto de las condiciones en que puede afirmarse una oración tal como (1)

*La nieve es blanca.*

Sólo implica que, siempre que afirmamos o rechazamos esta oración, debemos estar listos para afirmar o rechazar la oración correlacionada (2)

*La oración 'la nieve es blanca' es verdadera.*

De manera que podemos aceptar la concepción semántica de la verdad sin abandonar ninguna actitud gnoseológica que podamos haber tenido; seguimos siendo realistas ingenuos, realistas crítico o idealistas, empiristas o metafísicos: lo que hayamos sido antes. La concepción semántica es completamente neutral respecto de todas esas posiciones.»

Pero, dadas esas precisiones y límites, se enfrenta a la objeción de redundancia. El propio Tarski lo reconoce. Veámoslo:

«Por este motivo, algunos han insistido en que el término '*verdadero*', en el sentido semántico, siempre puede eliminarse, y que por esta razón la concepción semántica de la verdad es del todo estéril e inútil. Y, puesto que las mismas considera-

ciones se aplican a otras nociones semánticas, se ha sacado la conclusión de que la semántica en su conjunto es un juego puramente verbal y, en el mejor de los casos, sólo un pasatiempo inofensivo.»

### b') Una crítica: la verdad como redundancia

Sin embargo, la *tesis de la redundancia*, que afirma que, en oraciones como «la nieve es blanca es verdadera», el añadido «es verdadera» es una adición superflua es anterior a la formulación por Tarski de la concepción semántica de la verdad. Se contiene en el trabajo *Facts and Propositions*, en el que Ramsey, bajo la influencia de Wittgenstein, discute algunas tesis de Russell; pero, como el trabajo de Tarski, refleja un eco de Aristóteles, que recurría a una redundancia obvia al definir la verdad diciendo: verdadero es afirmar de lo que es, que es.

Esa tesis no supone la inutilidad total de la concepción semántica de la verdad, sino que delimita el campo de su aplicación. En el seno de la semántica, ese modo de concebir la verdad pone, por ejemplo, de manifiesto el sinsentido de proposiciones tales como «hace frío, pero yo no lo creo» que, de concebir la verdad como un predicado no redundante, resultarían paradójicas. En efecto, si la afirmación de «hace frío» se entendiese sólo como la descripción de un estado objetivo y la no creencia la de uno subjetivo, parecería que una y otra son compatibles, pues la verdad de una descripción objetiva no resultaría contradictoria con una errónea creencia subjetiva. Sin embargo, si la afirmación de la proposición «hace frío» comporta la de su verdad, el sinsentido de añadir «yo no lo creo» resulta patente.

En cualquier caso, la tesis de la redundancia no surge como una respuesta crítica a las formulaciones de Tarski, sino que la expresa por vez primera F.P. Ramsey en un trabajo publicado en 1927 como respuesta al artículo de Russell «On the Nature of Truth and Falsehood», aparecido en *Philosophical Essays* (1910). Vale la pena transcribir la tesis de Ramsey con alguna extensión:

«Pero antes de que lleguemos más lejos en el análisis del juicio es necesario decir algo acerca de la verdad y de la falsedad en orden a mostrar que no existe ningún problema independiente de la verdad, sino sólo una especie de confusión lingüística. La verdad y la falsedad se adscriben primariamente a las proposiciones. Las proposiciones a las que se adscriben esos predicados pueden ser explícitamente dadas o descritas de otro modo. Supongamos primero que la verdad o falsedad se afirman explícitamente; en tal caso, es evidente que «es verdadero que César fue asesinado» significa ni más ni menos que César fue asesinado y «es falso que César fue asesinado» significa que César no fue asesinado. Son frases que nosotros a veces usamos por énfasis o por razones estilísticas o para indicar la posición ocupada por el juicio en nuestro argumento. Así, también, podríamos decir «es un hecho que fue asesinado» o «afirmar que fue asesinado está en contradicción con los hechos».

En el caso en que la descripción de la proposición no contenga explícitamente la referencia a la verdad o falsedad nosotros podemos tener quizás más de un problema, pues podemos formular juicios de los cuales, en el lenguaje ordinario, no pueden eliminarse las palabras «verdadero» y «falso». Así, si yo digo que «él dice siempre lo correcto», quiero decir con eso que las proposiciones que afirma son siempre verdaderas y no parece que haya modo alguno de decir esto sin usar la palabra «verdaderas». Pero, supongamos que nosotros decimos lo mismo del siguiente modo: «para todo  $p$  si él afirma  $p$ ,  $p$  es verdadera». Entonces, vemos que la función proposicional *p es verdadera* es simplemente lo mismo que la afirmación de  $p$ . Por ejemplo, si a la función proposicional le damos el valor «César fue asesinado es verdadera» es lo mismo «César fue asesinado». Nosotros añadimos «es verdadera» para dar a la oración un verbo olvidando que « $p$  ya contiene un (variable) verbo». Esto puede, quizás, exponerse más claramente suponiendo por un momento que sólo una forma de proposición entra en juego. Sea la forma relacional *aRb*: entonces «él siempre dice lo correcto» se expresaría así «para cualquier  $a$ ,  $R$ ,  $b$  si él afirma *aRb*, entonces *aRb*».

A conclusiones muy semejantes llega Quine, a quien ya se ha aludido:

«Predicar la verdad de la oración no es lo mismo que predicar la blancura de la nieve; en eso consiste la correspondencia en este ejemplo. La atribución de verdad simplemente elimina las comillas. La verdad es **desentrecomillado**. De este modo, el predicado 'verdad' es superfluo cuando se predica de una oración dada; basta con proferir la oración.»

### c') Concepciones «deflacionistas» de verdad

Brandom objeta a la concepción semántica de la verdad que intenta definir el contenido proposicional en términos de condiciones de verdad; sin embargo, ese orden explicativo sería posible, según él, sólo si el sentido de la noción de verdad pudiera establecerse antes que el sentido del contenido proposicional; pero, la concepción de Ramsey, que denomina «*content-redundancy theory of truth*», hace exactamente lo contrario: define la verdad a partir del contenido proposicional. Así resulta patente que la verdad no puede usarse en semántica para delimitar el contenido proposicional; y, en consecuencia, surgen las *teorías deflacionarias de la verdad*, que sostienen que la verdad no es un atributo de la proposición. A partir de esa premisa, se atribuyen a la afirmación de que una proposición es verdadera diversos significados expresivos que no importa especificar ahora. La tesis de Brandom es que, en cualquier caso, las llamadas *teorías prosentenciales de la verdad* muestran que el papel semántico que a ésta se atribuye lo desempeñarían mejor otros conceptos, como el de inferencia. Con lo cual, lo que se pone de manifiesto es, sencillamente, que el concepto de verdad no es filosóficamente importante: hablamos de verdad porque intercambiamos razones y son estas, las razones y no la verdad, las que importan.

Ciertamente, la justificación por razones (el criterio pragmático) no alcanza a transmitir ese momento de absoluto que, según Habermas, parece inherente a la noción de verdad; pero, eso no es un defecto, pues en ese momento de absoluto que posibilita un uso enfático del término —un uso que cierra el paso a la deliberación— consiste, justamente, el peligro, nada remoto, que obliga a hablar de verdad con sumo cuidado.

### c) Las últimas formulaciones de Ferrajoli

Pese a las muchas dificultades que comporta, Ferrajoli intenta atenerse a la concepción de Tarski: sigue remitiéndose a la idea de co-

rrespondencia y hablando de verdad fáctica y jurídica a pesar de que esta última conlleva, indudablemente, valoraciones cuya incompatibilidad con la verdad había establecido en *Derecho y Razón*. En efecto, dice así en el volumen primero de los *Principia*:

«Son por consiguiente distintos los referentes y las condiciones de uso del término «verdadero» relativos a las proposiciones jurídicas de la dogmática y a las fácticas de la sociología del derecho: la llamada «verdad jurídica» de las primeras se basa en lo que dicen las normas; la llamada «verdad fáctica» de las segundas se basa por el contrario en lo que de hecho sucede. El significado del «normativismo» y el de «realismo», más que en la centralidad teórica asignada respectivamente a las normas o a las prácticas jurídicas, residen en esta asunción metateórica de las unas o de las otras como referente semántico de los dos tipos de discurso, dogmático y sociológico, acerca del derecho: la asunción normativista se expresa con las palabras metalingüísticas «una norma *n* establece que» (o «con arreglo a la norma *n*» vale que), independientemente de lo que suceda de hecho; la realista es expresada en cambio por las palabras, igualmente metalingüísticas, «sucede (en lugar de *l* y en el tiempo *t*) que», independientemente de lo que digan las normas.»

Tales afirmaciones, ni resultan compatibles con lo sostenido antes en relación con la indecibilidad de la verdad respecto de los juicios de valor, ni justifican, por sí mismas, que se hable igualmente de «verdad» para designar la ocurrencia efectiva de los hechos a los que hace referencia un enunciado y la determinación correcta del contenido de una norma. Pero, para reforzar esas afirmaciones, Ferrajoli las completa en nota del siguiente modo:

«Naturalmente, en un sentido amplio de la palabra «fáctico» —esto es, en el sentido de «empírico» o «no analítico»— también es una verdad fáctica la verdad «jurídica», que es asimismo una verdad empírica referida a esos hechos lingüísticos que son los enunciados, documentos o fuentes normativas, investigados por el jurista de un modo específico por medio de la interpretación o el análisis del lenguaje- objeto en el que está formulado el derecho. Dicho esto, las expresiones «verdad fáctica en sentido estricto» o simplemente «fáctica» y «verdad jurídica» pueden perfectamente usarse sin equívoco alguno para hacer referencia con la primera a acaecimientos de hecho y con la segunda a lo que prescriben las normas.»

Aunque al relatar, en el número 9 de esta revista, el debate entre Putnam y Habermas sobre hechos, normas y valores (*Crónica de un debate filosófico-jurídico*) acepté que no existe entre unos y otras una separación tajante y absoluta, ni los autores de referencia ni yo mismo propugnábamos una confusión del orden de la que aquí propone Ferrajoli, que hace de lo fáctico una suerte de ámbito mágico en el que cabe hablar de hechos para referirse a los que usualmente se entienden tales; pero también al sentido de las normas o al contenido de los valores. ¿Cómo puede definirse lo fáctico en sentido amplio como lo «no analítico»? ¿Tal vez adopta Ferrajoli la tesis de los tres mundos de Popper, y le atribuye a cada uno de sus mundos su correspondiente dosis de hechos? Como señala Quine, un plan para mantener la teoría de la correspondencia podría consistir en postular *hechos*, cada uno de los cuales correspondiese a una oración verdadera; pero, así entendidos, los hechos no apoyan más que un apoyo meramente aparente a tal teoría. De modo, que finalmente, parece que Ferrajoli no tiene ningún plan para defender su postura; sino que, como Humpty Dumpty, cuando usa las palabras les hace decir lo que él quiere, ni más ni menos. Por lo tanto, las afirmaciones de Ferrajoli nos sumen en un mar de dudas, sin que haya ni siquiera un intento de responder a las múltiples objeciones que su idea de verdad despierta.

Dificultades a las que añade posteriormente, en su *Conversación* con Ruiz Manero que, a su juicio, la definición metateórica de verdad es una definición *estipulativa*, es decir, que ya no se trata de una definición informativa del uso general, ni de una que nos diga en qué consiste la verdad de una proposición; sino que, sólo dice como Ferrajoli va a entender los términos «verdad» y «verdadero». De ese modo, en una muestra de su criticado «irenismo», rebaja a la teoría de la correspondencia el valor fundamental que antes le ha dado. Con esa última rebaja, la exposición de su pensamiento en cuanto a la teoría de la correspondencia se desliza, desde un contenido realista fuerte, hacia un vaciamiento progresivo, que

la va reduciendo a una relación redundante de identidad semántica entre lenguaje y metalenguaje (el desentrecomillado) y, finalmente, a una mera estipulación.

No sé bien lo que quiere decir Ferrajoli con todo eso e ignoro si cabría expresarlo con una oscuridad mayor.

Sin embargo, para dar un sentido a su equiparación entre lo normativo y lo fáctico, cabría recurrir a la posición de Brandom.

Según Brandom, el vocabulario normativo puede usarse para efectuar afirmaciones (por ejemplo, la de que los empleados de banca están obligados a llevar corbata). Esas afirmaciones, pese a explicitar normas, pueden ser tenidas por verdaderas o falsas, de modo que, en ese sentido y en una aproximación «ontológicamente relajada», pueda decirse que la distinción entre un vocabulario normativo y otro no normativo es una distinción entre hechos normativos y hechos no normativos. Habermas ha rechazado estas afirmaciones de Brandom con la siguiente argumentación:

«Una justificación de la expectativa normativa de que los empleados de banca deben llevar corbata (si es que en general existe una justificación plausible para esto) se apoyará menos en argumentos fácticos que en «valoraciones fuertes», por ejemplo, en la relación entre determinadas reglas de vestir y aquellas orientaciones valorativas que los miembros de una cultura burguesa conectan, desde su perspectiva, con la gestión fiable y solvente de los negocios bancarios. Y la justificación de un principio moral como *Neminem laedere!* invocará una determinada concepción de la justicia o la universalidad de los intereses correspondientes; es decir, tampoco se remite esencialmente a los hechos, sino a puntos de vista normativos o a procedimientos normativamente valiosos».

El argumento de Habermas resulta esclarecedor; pero, si se examina más de cerca, no contradice las afirmaciones de Brandom. Brandom no dice que la justificación de la regla de vestir sea un hecho; sino que lo es (según una concepción ontológica *relajada*) la explicitación de su contenido normativo y que, en ese sentido, puede hablarse de hechos normativos y no normativos. Oigámosle:

«Desde el momento en que los hechos son, exactamente, pretensiones verdaderas (*en el sentido de lo que es pretendido, no de la pretensión misma*) eso significa que el vocabulario que explicita las exigencias de una norma está en la línea de la afirmación de hechos.»

De todos modos, esa distinción puede llevarse a cabo con más claridad: en vez de hablar de hechos normativos, cabría hacerlo de hechos determinados normativamente; pero, en tales casos, como muestra la cita de Beling que se ha transcrito, una cosa es determinar un hecho mediante la percepción sensible y otra muy distinta hacerlo desde la determinación del contenido de una norma. Lo que aquí importa destacar es que, en este último caso, la idea de «acuerdo con los hechos» no puede entenderse como correspondencia, sino como corrección interpretativa, respecto a la que solamente de un modo «muy relajado» cabe aplicar la idea de verdad.

Pero, lo que no afirma Brandom, sí lo afirma Ferrajoli al pretender que la dogmática jurídica es una ciencia empírica, obrando como si ignorase que la dogmática no se limita a explicitar lo que la ley dice, sino que intenta *interpretarla*, esto es, sustituir las expresiones de la ley por otras que determinen, no ya lo que sus palabras dicen *prima facie*, sino que precisen mejor su contenido normativo postulando el sentido en que *deberían entenderse*; y tampoco describe cómo se aplican de hecho las normas positivas, sino que intenta decir como *deberían aplicarse*. En ese sentido, ningún hecho del mundo sensible corresponde a sus juicios; y, por lo tanto, o se acepta la existencia de un mundo platónico donde lo correcto, el deber, la justicia, etc. campan por sus respetos o las afirmaciones de Ferrajoli son un puro sinsentido. Pues como señala Habermas:

«Las pretensiones de validez morales carecen de la referencia al mundo objetivo característica de las pretensiones de verdad. De esta forma están privadas de un punto de referencia que trascienda la justificación. En lugar de esta referencia al mundo aparece la orientación hacia una ampliación de los límites de la comunidad social y su consenso valorativo. Si queremos determinar con precisión la diferencia entre corrección y verdad debemos examinar si —y dado el caso cómo— esta orientación

hacia una inclusión progresiva de pretensiones y personas ajenas puede equipararse con esa referencia al mundo que falta en las pretensiones de validez morales.»

Creo que Ferrajoli no podría dejar de suscribir esas afirmaciones de Habermas sin autocontradecirse; y, cabe añadir, en conclusión, que lo mismo ocurre con las pretensiones de validez jurídicas.

#### d) Significado y Verdad: una tentativa de esclarecimiento

Para evaluar más completamente la validez de las ideas de Ferrajoli acerca de la verdad es preciso transitar por caminos distintos a los que él ha frecuentado. Con ello, no se pretende ni dar una definición indiscutible de verdad ni, menos aún, formular una teoría que proporcione una comprensión perfecta de la verdad, un tema sobre el que, como dijera Wittgenstein, «se hace la luz poco a poco» y sobre el que vale la pena llevar a cabo una reflexión muy profunda como recomiendan (quizás demasiado enfáticamente) las conocidas palabras de Marcuse «*Hay una conexión esencial entre la libertad y la verdad; cualquier concepción errónea de la verdad es, al mismo tiempo, una concepción errónea de la libertad*».

Como acaba de mostrarse, las ideas de significado y verdad se hallan estrechamente relacionadas, pues la verdad se predica de contenidos significativos.

Para comenzar con un esclarecimiento «prima facie» del significado de las palabras acudiré a la idea *de juego de lenguaje*, a la que Wittgenstein lo remite: el significado, según Wittgenstein, surge de diferentes juegos de lenguaje, que son las diversas situaciones en que las palabras, entrelazadas con acciones, cobran su sentido. El significado de una palabra u oración viene dado por el uso en esas posibles situaciones. De modo que, «para una gran clase de casos de utilización de la palabra 'significado' —**aunque no para todos los casos**— puede explicarse esa palabra así: el significado de una palabra es su uso en el lenguaje» (I.F. 43).

Subrayo que el uso de una palabra en el lenguaje no es el modo exclusivo de determinación del significado pues ni todos los usos son legítimos, dado que hay usos del lenguaje que conducen al sinsentido, ni el uso actual histórico agota el significado de toda clase de expresiones —v.g. las formulaciones matemáticas, pero también las expresiones del lenguaje ordinario— pueden tener un sentido con independencia de cualquier uso real o posible, pues la idea de *seguir una regla* comporta la de una serie indefinida de usos que hacen irreal la captación teórica de todos ellos (Crispin Wright). Por lo tanto, hemos de conformarnos con una sinopsis que alcance hasta donde llega nuestro posible conocimiento; pero, sin esa sinopsis no podemos hacernos una idea del significado efectivo.

En consecuencia, «una fuente principal de nuestra falta de comprensión es que no vemos sinópticamente el uso de nuestras palabras». De modo que, «el concepto de representación sinóptica es de fundamental significación para nosotros. Designa (...) el modo en que vemos las cosas» (I.F 122).

A partir de esas declaraciones de Wittgenstein, y dado que él no llevó a cabo ninguna sinopsis completa del uso de la palabra «verdad», ni de otras como «proposición» o «hecho» que se hallan en estrecha conexión con ella, en lugar de exponer su pensamiento al respecto, me remitiré previamente al análisis efectuado por Austin en su artículo *Verdad* que, si no es una sinopsis acabada del uso de esa palabra, se aproxima mucho a serlo; y aprovecharé, además, que discurre en una línea cercana a la de Ferrajoli, por lo que puede contribuir a completar el análisis de su pensamiento efectuado hasta ahora. Naturalmente, no puedo transcribir aquí el estudio de Austin; sino que me limitaré a dar cuenta de los pasos más importantes.

Empezando por el final del artículo, discute Austin la concepción de la verdad de Strawson, según la cual «verdad» no es una propiedad de los enunciados. Strawson, en el sentido de las concepciones deflacionarias de la verdad, refuerza la idea de la «superfluidad lógica» de

«verdad, hasta el punto de que, para él afirmar que «la nieve es blanca es verdadera» no es más que *decir* que la nieve es blanca; pero, sin embargo, es *hacer* algo más que afirmar la oración, a saber: es concretamente confirmar o garantizar (o hacer algo por el estilo) respecto a la oración ya proferida o tomada como proferida.

Austin está de acuerdo en que, en la mayoría de ocasiones, la afirmación de la verdad confirma o garantiza la proposición a la que se refiere. Pero, a su juicio hace algo más: realiza una aserción sobre la oración de que se trate:

«Así decir que te creo es, según la ocasión, aceptar tu enunciado; pero es también hacer una aserción que no es hecha por la emisión estrictamente ejecutoria 'acepto tu enunciado'. Es común el que enunciados perfectamente ordinarios tengan un aspecto realizatorio: decir que alguien es un cornudo puede ser un insulto; pero es también un enunciado que puede ser verdadero o falso. En consecuencia, añade, «si la relación entre palabras y mundo» (cualquiera que sea) «ocurre genuinamente ¿por qué la expresión 'es verdadero' no habría de ser nuestro modo de describirla? Y si no lo es, ¿qué otra cosa es?»

He situado al principio esas preguntas, porque intentaré responderlas con afirmaciones anteriores del propio Austin. Así, se ha preguntado previamente «¿cuándo un enunciado es verdadero?»; y ha dado la siguiente respuesta:

«La tentación es responder (al menos si nos limitamos a enunciados 'directos'): 'Cuando corresponde a los hechos'. Y como trozo de castellano normal difícilmente puede esto ser incorrecto. En realidad, debo confesar que no creo realmente que sea incorrecto en absoluto: la teoría de la verdad es una serie de perogrulladas. No obstante, puede al menos ser desorientador».

Para precisar el sentido en que se habla de «hecho» y de «corresponder». Empezando por aclarar la primera de ellas, Austin intenta esclarecerla precisando dos sentidos diversos en que se emplea, a saber:

«i) 'hecho' es sólo una expresión alternativa a 'enunciado verdadero'. Advertimos que cuando un detective dice 'Fijémonos en los hechos' no se arrastra por la alfombra, sino que procede a emitir

una cadena de enunciados; hablamos incluso de 'enunciar los hechos'.

ii) para todo enunciado verdadero existe 'uno' y su propio hecho precisamente correspondiente — para todo gorro la cabeza en que ajusta.»

A su juicio i) conduce a alguno de los errores de la teoría de la coherencia mientras que ii) a otros de la teoría de la correspondencia. Pues «o suponemos que no hay nada, excepto el propio enunciado verdadero, nada a lo que él corresponda, o en otro caso poblamos el mundo de *Doppelgänger* lingüístico (y lo superpoblamos lujuriantemente —todo pedazo de hecho 'positivo' vetado por una concentración masiva de hechos 'negativos', todo magro hecho detallado enriquecido con generosos hechos generales, etc.)». A partir de esas reflexiones concluye que:

«Cuando un enunciado es verdadero, hay, por cierto, un estado de cosas que lo hace verdadero y que es *toto mundo* distinto del enunciado verdadero sobre él; pero igualmente por cierto, sólo podemos *describir* este estado de cosas *con palabras* (ya sean las mismas o, con suerte, distintas). Sólo puedo describir la situación en que es verdadero decir que estoy sintiendo mareo diciendo que es una en la que estoy sintiendo mareo (o experimentando sensaciones de náuseas); sin embargo, entre el enunciar, por muy verdaderamente que sea, que estoy sintiendo mareo y el sentir mareo hay un gran abismo permanente».

Esclarecida así la noción de «hecho», queda por aclarar la de «correspondencia». Austin la describe del siguiente modo:

«'Corresponde' también da lugar a problemas, porque comúnmente se le da un significado demasiado restringido o demasiado colorista o uno que en este contexto no puede soportar. El único punto esencial es este: que la correlación entre las palabras (=oraciones) y el tipo de situación, evento, etc., (ha de ser tal que cuando se hace un enunciado con estas palabras con referencia a una situación histórica de este tipo y el enunciado es entonces verdadero) *es absoluta y puramente convencional*. Somos absolutamente libres de elegir cualquier símbolo para describir *cualquier* tipo de situación, en la medida, en la medida en que se trata meramente de ser verdadero. No hay ninguna necesidad en absoluto de que las palabras usadas al hacer un enunciado verdadero 'reflejen' de forma alguna, por muy indirecta que sea, cualquier rasgo que sea de la situación o evento; un enunciado no

necesita más, a fin de ser verdadero, reproducir la 'multiplicidad', digamos, o la estructura o 'forma' de la realidad, que una palabra necesita ser onomatopoyética o una escritura pictográfica. Suponer que lo necesita, es caer una vez más en el error.»

Pero, tras esa sinopsis, las preguntas finales, que yo he colocado al principio, quedan sin respuesta. Lo único que puede decirse, según se infiere de las conclusiones de Austin que acaban de transcribirse, es que la relación entre palabras y mundo, que ha de afirmarse, desde luego, no puede, en cambio, ser descrita. Strawson inicia, por tanto, su artículo *Verdad*, afirmando lapidariamente que «*la teoría de la correspondencia requiere, no purificación, sino eliminación.*»

#### e) Una última propuesta: ¿teoría o gramática?

Como lo dicho me parece más que suficiente, dejo aquí un relato que podría detenerse en muchos otros episodios: en Moore, en Davidson, en Rorty, en Bernard Williams, en Dummet, en Crispin Wright, etc.; pero que, entonces, resultaría tan interminable como inútil.

Sin embargo, creo que lo dicho hasta ahora precisa de una reflexión ulterior. Para llevarla a cabo empezaré transcribiendo parcialmente una anécdota que cuenta Monk en su biografía de Wittgenstein:

«Rechazaba las tres 'teorías de la verdad' de Broad —la teoría de la correspondencia, la teorías de la coherencia y la teoría pragmática—: 'La filosofía no es una elección entre teorías diferentes'. Podemos decir que la palabra ['verdad'] tiene al menos tres significados distintos; pero es erróneo suponer que una de estas teorías puede darnos la totalidad de la gramática a la hora de utilizar la palabra, o esforzarse para que los casos que no están de acuerdo con ella encajen dentro de la teoría. Lo que reemplaza a la teoría es la *gramática*.»

Naturalmente, Wittgenstein se refiere aquí, no a la gramática superficial, cuyas reglas quebrantan a menudo las gentes normales; sino a la gramática profunda, la que determina el sentido de las palabras y que tan a menudo contravienen los filósofos. De esa gramática

llegó a decir que «*toda una nube de filosofía se condensa en una gotita de gramática*».

Pero, como acerca de la verdad se han formulado densos nubarrones filosóficos, para disiparlos haría falta, no una simple gota, sino una lluvia abundante; y Wittgenstein sólo nos ha dejado al respecto algunas relampagos previos. Transcribiré sólo dos de ellos:

«La proposición de que sólo una *proposición* puede ser verdadera sólo puede querer decir que predicamos «verdadero» y «falso» de lo que llamamos una proposición. Y lo que es una proposición está en un sentido determinado por las reglas de construcción de las oraciones (de la lengua alemana, por ejemplo) y en otro sentido por el uso de los signos en el juego del lenguaje. Y el uso de las palabras «verdadero» y «falso» puede ser también una parte constitutiva de ese juego; y entonces *pertenece* para nosotros a la proposición; pero no 'se ajusta' a ella. (I.F., 136).»

En el primer inciso expone Wittgenstein la idea de que lo que llamamos proposición es cualquier argumento de una función de verdad y, a renglón seguido, expresa la implicación aparente de que podemos usar los conceptos de «verdadero» y «falso» para determinar si algo es una proposición. Sin embargo, de inmediato, repudia esa idea, pues «verdadero» y «falso» son partes de los «juegos» que jugamos con las proposiciones; pero, esas palabras no nos ofrecen nada que determine independientemente lo que la proposición es. De modo que, puede decirse que «verdadero» y «falso» definen sólo formalmente la proposición. La definición de la proposición como lo que puede ser «verdadero» o «falso» difiere de la definición del hombre como animal racional en que, aquí, las características definitorias tienen un contenido independiente del *definiendum*. Explicando la diferencia mediante una analogía, el concepto de verdad pertenece a la proposición del mismo modo que el concepto de «jaque», en el juego del ajedrez, pertenece al rey: uno no puede saber que puede dar jaque a esa pieza sin saber previamente que es el rey. Davidson cree poder rechazar el deflacionismo a partir de la afirmación de que para entender el significado de una proposición es preciso saber en qué condiciones puede afirmarse

que es verdadera. Ciertamente, el empleo de la palabra «proposición» está entrelazado con el empleo de «verdadera» o el uso de «regla» con el de la palabra «igual» (I.F.225). Pero, ese entrelazamiento no niega, sino que implica el deflacionismo, pues la afirmación de la verdad de una proposición, al estar entrelazada con su significado, comporta una cierta redundancia.

También están entrelazadas las palabras «verdadero» o «falso» con la palabra «hecho»; pero de un modo que induce a confusión. Lo que Wittgenstein afirma al respecto es lo siguiente:

«El uso de «verdadero» o «falso» tiene algo que nos confunde porque es como si me dijera: 'está o no está de acuerdo con los hechos'; y se podría preguntar qué es, aquí, 'acuerdo' (S.C. 200).»

Pero, previamente, no se había limitado a poner en cuestión el significado de «acuerdo» sino la totalidad de la pregunta. En efecto: en S.C. 191 se había expresado así:

«Si ahora todo habla en favor de una hipótesis, y no hay nada que hable en contra —¿es verdadera con toda certeza? Podemos expresarlo así. Pero, ¿está de acuerdo tal hipótesis con la realidad, con los hechos? Con esta pregunta ya te mueves en un círculo.»

Y la pone en cuestión porque, una vez dicho de una proposición que todo habla en su favor y nada en contra, se ha dicho ya que está de acuerdo con los hechos y, por lo tanto, nuestra indagación es circular: para nosotros, el acuerdo con los hechos no puede consistir en otra cosa que en que todo hable a favor y nada en contra de una cierta hipótesis dado que no tenemos acceso a ninguna clase de «concepción absoluta del mundo» o, dicho de otro modo, que no tenemos acceso a hechos independientes de nuestras teorías (pues sólo podemos conocer el mundo bajo determinadas descripciones y cada modo de ver el mundo es, no absoluto, sino relativo a la descripción que nos lo hace presente).

Bastan estas mínimas observaciones para poner de manifiesto las complejidades de la gramática profunda de «verdad» y explicar la facilidad con que la transgreden los filósofos.

El problema filosófico de la verdad es como tantos otros problemas filosóficos, a saber:

«No son ciertamente empíricos, sino que se resuelven mediante una cala en el funcionamiento de nuestro lenguaje, y justamente de manera que éste se reconozca: *a pesar de* una inclinación a malentenderlo. Los problemas se resuelven no aduciendo nueva experiencia, sino compilando lo ya conocido. La filosofía es una lucha contra el embrujo de nuestro entendimiento por medio de nuestro lenguaje.» (I.F. 109)

De modo que cuando los filósofos usan palabras como «conocimiento», «proposición», «verdad», «hecho» u otras semejantes, y tratan de captar algo así como la esencia de la cosa, una definición precisa y absoluta del concepto, marchan por un camino que no conduce a parte alguna: la única investigación con sentido es la de como se usa efectivamente esa palabra en el lenguaje en que tiene su tierra natal.

Es preciso, pues, reconducir las palabras de su uso metafísico al uso cotidiano (I.F.116): seguir ese consejo de Wittgenstein podría haberle ahorrado a Ferrajoli muchas especulaciones confusas e innecesarias, que sólo se justificarían si su confesada aspiración de cientificidad, que comporta la separación entre el Derecho, susceptible de conocimiento científico y la Moral, sobre la que no cabe conocimiento alguno, no le hubiera llevado a asignar a la dogmática jurídica la misma clase de verdad que, según cree, rige en el campo de las ciencias empíricas, con lo que se ve obligado a estilizarla y debilitarla progresivamente hasta llevarla casi al sinsentido.

Podemos, pues, concluir adhiriéndonos a cuanto afirma Habermas, según el cual la rectitud (corrección) de los juicios normativos no puede explicarse por medio de una teoría de la verdad como correspondencia. Pues los derechos son una construcción social, a la que no se puede hipostatizar y convertir en hechos. *Corrección* significa aceptabilidad racional, aceptabilidad apoyada por buenos argumentos. Parece que ese modo de entender la verdad debiera ser el que sostuviesen quienes, como Popper y Ferrajoli, mantienen que incluso las teorías científicas más acreditadas son

«conjeturas» justificadas por su resistencia a los repetidos intentos de refutación; y, a partir de ese entendimiento, quedaría considerablemente allanado el abismo entre verdad empírica y corrección valorativa y, con él, las dicotomías entre cognitivismo y no cognitivismo y objetivismo y relativismo o contextualismo. Pero, no es este el lugar adecuado para desarrollar ese planteamiento, al que han apuntado pensadores de la talla de Dewey, Putnam o Toulmin; sino que basta señalar que las contraposiciones absolutas por las que circula el pensamiento de Ferrajoli son incongruentes.

### 3. LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

#### A) Una nota introductoria

El problema de la relación entre Derecho y Moral es muy antiguo. Envuelve el viejo debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y, en nuestra época, ha sido objeto de brillantes contribuciones de uno y otro lado.

Desde la perspectiva positivista, en la que Ferrajoli se sitúa, autores de gran renombre han defendido la tesis de la separación: basta citar a Hart, Bobbio, Raz o Hoerster; y otro tanto cabe decir desde la perspectiva contraria, la de los que sostienen que el derecho se halla internamente vinculado a aquella parte de la moral que trata de la justicia. Dworkin, Habermas o Alexy pueden figurar entre los más notorios.

Las ideas de unos y otros constituyen el suelo sobre el que descansa esta reflexión, por más que, explícitamente, me ocupe de modo casi exclusivo de Ferrajoli, para quien, como se desprende de lo dicho en el anterior epígrafe, la separación entre Derecho y Moral constituye un momento esencial de su *Teoría*. Pero, aunque Ferrajoli no proporcione un *status quaestionis* del pensamiento actual, sí que aborda la mayor parte de los problemas que en él se plantean. De modo que, quizás, el examen de su pensamiento me permita extraer algunas conclusiones desde las que evaluar los

fundamentos que se aducen en el debate general.

## B) DERECHO PENAL Y MORAL

En el número 15 de *Derecho y Razón* desmenuza Ferrajoli los fundamentos de su opción por la separación entre derecho y moral. Singular importancia juega, en ese sentido, la resolución de la paradoja de Hobbes. Ferrajoli la plantea así:

«La ‘paradoja hobbesiana’ señalada por Norberto Bobbio —para quien Hobbes ‘arranca de la ley natural y llega a la construcción de una sólida concepción positiva del Estado’ y es por consiguiente iusnaturalista ‘de hecho’ pero iuspositivista ‘de derecho’— es en cierta medida común a todo el pensamiento contractualista de la Ilustración: iusnaturalista en la medida en que halla en el derecho natural los fundamentos del estado y sus principios de justificación externa; pero al mismo tiempo iuspositivista en tanto en cuanto esos fundamentos externos, empezando por el principio convencionalista de legalidad, sirven precisamente para fundamentar, así como para moldear y limitar, al derecho estatal positivo como el único vigente.»

Expuesta así la paradoja, Ferrajoli cree poder disolverla. Veámoslo:

«La paradoja es en realidad aparente. El positivismo jurídico nace como exigencia iusnaturalista porque inicialmente, antes de consolidarse el monopolio estatal de las fuentes de producción y convalidación jurídica, tal monopolio era visto como un ‘deber ser’ más bien que como un ‘ser’; y el principio de legalidad, que expresará el punto de vista interno de la validez separado del hecho del externo de la justicia, no correspondía aún a una tesis científica o descriptiva ‘fundada’, sino sólo a un principio axiológico o normativo ‘fundante’, dictado él mismo desde un punto de vista externo a las instituciones entonces vigentes. El problema de Hobbes era en definitiva el de fundamentar la *positividad* de las leyes civiles, para sancionar los imperativos que reiteran de las leyes naturales. Comparadas con la precariedad ‘natural’ de éstas, aquéllas son concebidas en efecto como la forma ‘artificial’ idónea para garantizar establemente sus contenidos; y es precisamente la *forma* artificial o positiva de tales contenidos que al menos en parte se realizará con la incorporación de los derechos naturales en las futuras constituciones en forma de garantías legales positivas la que se persigue, antes del nacimiento del moderno estado de derecho, como un ‘deber ser’.»

Tras esa descripción, y un excursus dedicado a la que llama «regresión ideológica de la cultura decimonónica» (lo que muestra un menosprecio del siglo XIX, el siglo del liberalismo, difícil de justificar) parte de la siguiente afirmación:

«Según la hipótesis de trabajo formulada anteriormente, la doctrina ilustrada de la separación entre derecho y moral, constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría garantista y, al mismo tiempo, de cualquier sistema de derecho penal mínimo; mientras que las diversas doctrinas pre y también post —ilustradas de la confusión se encuentran en el origen de culturas y modelos penales sustancialistas y de una u otra forma autoritarios.»

Creo necesario analizar en profundidad ese somero punto de partida pues, en mi opinión, la problemática de las relaciones entre derecho y moral se enfoca desde una perspectiva confusa y difícil de asumir.

La primera de esas confusiones, bastante común entre quienes profesan el positivismo jurídico, es afirmar la separación entre Derecho y Moral o Derecho y Ética considerando la Moral o la Ética (pues ambos términos se utilizan) como un todo. De modo que se olvida que el pensador que pudiera considerarse arquetipo de la Ilustración, I. Kant, dividió la *Metafísica de las costumbres* en *Doctrina del Derecho* y *Doctrina de la Virtud*. En consecuencia, cuando en *Derecho Penal* se rechaza la confusión entre Derecho y Moral, tachando de autoritaria toda ideología que los confunde, ese rechazo se refiere al uso del Derecho Penal para promover, no ya la coexistencia pacífica de ciudadanos libres, sino para imponer coactivamente la virtud y, en consecuencia, para ahogar las libertades.

Eso se le hubiera hecho evidente con la mera lectura de la polémica entre Hart y Lord Devlin o consultando los escritos de cualesquiera penalistas liberales. La ecuación que traza Ferrajoli entre los partidarios de la separación entre derecho que es y derecho que debe ser y el liberalismo es, sencillamente, falsa. Ni todos los que sustentan tal separación, es decir, todos los positivistas, son liberales; ni, al contrario,

todos los que postulan una vinculación del derecho positivo a ciertos principios de justicia son autoritarios.

En efecto, aunque muchos positivistas han profesado ideas liberales, Wieacker ha hablado con razón de un «positivismo ilegítimo» que degeneró en Alemania en la monstruosa deformación totalitaria del derecho tantas veces denunciada, por mucho que esa degeneración no pueda ser atribuida a la ruptura positivista de la relación ilustrada entre derecho y justicia.

Tampoco tiene el menor viso de corrección asociar autoritarismo y iusnaturalismo, como podría haber advertido con sólo pensar en el gran penalista liberal italiano Francisco Carrara, al que tan a menudo cita. Si, como hace Ferrajoli, se tilda de autoritario todo pensamiento que niegue la existencia de una separación absoluta entre lo que se denomina usualmente «derecho que es» y «derecho que debe ser», a todo pensamiento que afirme que para contestar la pregunta «quid iuris» es necesaria una previa toma de posición acerca de la respuesta a la pregunta «quid ius», hay que concluir que se está dando pábulo a un gran error.

Para mostrarlo, baste un ejemplo: Ferrajoli califica la posición de Habermas como «constitucionalismo ético», es decir, como un constitucionalismo que entiende que las constituciones modernas internalizan algunos o todos los principios básicos de justicia o, dicho de otro modo, al menos parcialmente, dicen que debe ser derecho el derecho que debe ser. Al no asumir Habermas el punto de vista externo ni el carácter radical de la separación entre derecho positivo y derecho justo ¿pasa a ser un defensor del Estado autoritario? ¿Quedan, en su pensamiento, postergadas las libertades? Creo que, pese a las incongruencias en que a veces incurre Habermas, el propio Ferrajoli respondería que no, con lo que su afirmación de que la separación entre derecho y moral «es presupuesto *necesario* de cualquier teoría garantista» ha de ser puesta en entredicho.

Eso no significa que resulte tolerable la confusión entre el derecho positivo y el derecho justo; pero, he de puntualizar al respec-

to que, ni creo que el derecho positivo pueda entenderse correctamente al margen de toda idea de justicia, ni me parece una terminología adecuada la, tan extendida, que caracteriza al derecho positivo como derecho *que es* y al derecho justo como derecho *que debe ser*.

Hace ya muchos años (en 1979) dediqué algunas páginas a esa distinción, que resumo en el siguiente párrafo:

«Las distinciones de Bobbio entre «derecho real y derecho ideal», «derecho como hecho y derecho como valor», «derecho que es y derecho que debe ser» y cualesquiera otras semejantes resultan muy poco pertinentes. Pues la norma positiva tiene, por cierto, una realidad, un ser, es un hecho. Pero, también tienen realidad y ser y son hechos normas no contenidas en la ley positiva. Y lo cierto es que el jurista en cuanto tal ni se ocupa de la «realidad», del ser o del carácter de «hecho» de las normas contenidas en la ley positiva ni de las que no se hayan formuladas en ella. En principio, parece que su tarea se centra en desentrañar el sentido de las primeras. Pero difícilmente puede llevarla a cabo sin tomar en consideración el de las segundas, el de las leyes no escritas.»

El positivismo jurídico parte de la idea de que las palabras de la ley tienen significado por sí mismas; pero, lo cierto es que, como todas, se inscriben en un «juego de lenguaje» muy complejo, en el que el sentido de las normas se halla entrelazado con las acciones que las aplican o trasgreden y las razones que las justifican y no puede, sin más, comprenderse al margen de unas y de otras.

El modo «positivista» de ver las cosas se halla ligado a menudo con la que se llama *perspectiva externa*. El teórico positivista se enfrenta a su objeto, el Derecho, como el físico se enfrenta al suyo: como algo que le es completamente ajeno; pero, desde esa perspectiva, el ordenamiento jurídico apenas se deja ver como tal. Permítaseme un breve excursus para explicar esa crítica.

Neil MacCormick intenta poner de manifiesto la insuficiencia del punto de vista externo recurriendo al inventario que, en los viajes de Gulliver, efectúan dos comisionados reales de los efectos que portaba el Hombre-Montaña:

«De la landre derecha, que albergaba en el fondo una maravillosa variedad de máquina, colgaba hacia fuera una gran cadena de plata. Le indicamos que extrajera lo que quiera que hubiera al final de aquella cadena y que parecía ser como una esfera plana, mitad de plata, mitad de algún metal transparente, pues en la parte transparente se veían ciertos signos extraños dibujados en círculo, que pensamos que podríamos tocar hasta que vimos cómo los dedos se nos paraban ante aquella materia translúcida. Nos acercó a la oreja ese aparato, que hacía un ruido continuo como el de una aceña, y conjeturamos que se trata bien de algún animal desconocido, bien del dios que él adora, aunque nos inclinamos más por lo último porque nos aseguró (si es que entendimos bien, pues se expresó muy imperfectamente) que pocas veces hace algo sin consultarlo. Lo llama su oráculo, y dijo que indicaba la hora de cada acción de su vida.»

Señala MacCormick que, pese a esa descripción minuciosa, los comisionados, que carecen del punto de vista del partícipe, del *punto de vista interno*, no llegan a saber lo que cualquiera de nosotros induce a simple vista de su descripción: que la máquina maravillosa es un reloj que Gulliver utiliza para saber la hora.

A partir de ese ejemplo, evalúa el análisis de las dos perspectivas que Hart propone. Hart diferencia entre regla y hábito señalando que el segundo comporta una mera convergencia de comportamiento social mientras que la primera requiere que la conducta desviada sea vista como una falta que, por lo tanto, es objeto de una crítica considerada legítima, notas a las que añade una tercera, en la que se expresa la perspectiva interna, a saber: «para que exista una regla social, por lo menos, algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo». Tras mostrar su acuerdo de principio con Hart, señala MacCormick que el punto de vista interno requiere una ulterior precisión, en la que ha de distinguirse el aspecto *cognitivo*, que permite al que actúa saber lo que se está haciendo (el juego que se juega) del *volitivo*, esto es, del compromiso con la observancia de la regla y, por lo tanto, *de las razones que lo avalan*.

He subrayado ese último aspecto, el de las razones que avalan el cumplimiento de la

regla, aunque MacCormick no se refiere expresamente a él; pero, si las desviaciones de la regla son objeto de una crítica considerada legítima, ello comporta que hay razones para seguir la regla y, por ende, para comprometerse a seguirla. Sólo el punto de vista interno, el punto de vista del partícipe, permite conocer esas razones y atenerse o no a ellas; y, por lo tanto, el punto de vista del partícipe es esencial para conocer el contenido de la regla, pues ante toda regla surgen casos nuevos, cuya exterioridad no se halla suficientemente descrita y, para resolver si les es o no aplicable, es preciso, generalmente, acudir a las razones que la justifican.

Pondré un ejemplo relativo al Derecho Penal. Los Códigos Penales históricos consideraban como una circunstancia agravante ejecutar el delito de noche; pero, la llegada de la luz eléctrica cambió la intensidad del alumbrado nocturno que, al menos en determinados puntos de las ciudades, llegó a poder considerarse tan nítido como la luz del día. A partir de ese momento, se produjo una evolución en la jurisprudencia aplicativa de la circunstancia. Los tribunales, y también la doctrina, entendieron que, puesto que el sentido de la agravación era imponer un plus de castigo al que había realizado el delito al amparo de la oscuridad, aprovechando así la desprotección que en esas circunstancias pudiera tener la víctima, la agravante no era aplicable a los hechos ocurridos en lugares suficientemente iluminados.

Ese recurso a las razones que justifican las normas para determinar su contenido en los casos difíciles es casi tan antiguo como el propio ordenamiento jurídico y Ferrajoli, desde luego, no es insensible a él.

En efecto, al tratar de los principios generales del derecho, realiza las siguientes afirmaciones:

«Naturalmente, aunque dotados de valor normativo, los principios generales utilizados como criterios para argumentar el ejercicio del poder de disposición no tienen más que una capacidad debilísima de vinculación de las decisiones: en realidad, operan no ya (como criterios de decisión) sobre la verdad o sobre la equidad, es decir, sobre la correspondencia empírica, aun sólo aproximati-

va, entre las motivaciones aceptadas y los hechos y las leyes, sino directamente como (criterios de decisión sobre) valores de justicia sustancial, no definibles en abstracto y en ocasiones incompatibles entre sí. Y exigen, por tanto, elecciones y valoraciones irreductiblemente discrecionales que remiten a la responsabilidad, ligada inmediatamente a los valores de justicia sustancial expresados por los principios generales, representa sin embargo un factor de racionalización del poder de disposición y de limitación del arbitrio en otro caso a él conectado. La función específica de los principios generales es precisamente, en efecto, la de orientar políticamente las decisiones y permitir su valoración y control cada vez que la verdad procesal sea en todo o en parte indecible. Se puede incluso decir que un sistema penal es tanto más próximo al **modelo garantista del derecho penal mínimo** cuanto más está en condiciones de expresar principios generales idóneos para servir como criterios pragmáticos de aceptación o de repulsión de las decisiones en las que se expresa el poder judicial, en particular de disposición. Y puesto que los principios generales son construcciones doctrinales elaboradas sobre normas o sistemas de normas, la riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no sólo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas.»

A título de ejemplo de la no tan débil operatividad de los principios generales merece la pena citar un caso, el del concurso aparente de leyes penales, cuyas reglas de solución proceden de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del ordenamiento en aplicación de un principio de justicia (*non bis in idem*) que se entendía, a la vez, de modo muy natural, como una suerte de exigencia lógica. En el Código Penal español se han incorporado esas reglas (art. 8), que venían rigiendo en la práctica pese a no estar recogidas en disposición legal alguna. Constituían entonces un modo de entender el contenido del ordenamiento, dependiente, desde luego, de entender que sus normas expresan una pretensión de justicia, que de alguna manera el propio Ferrajoli reconoce y que es difícilmente compatible con la idea de que entre Derecho y Justicia no exista ninguna relación intrínseca.

Pero, los argumentos en favor de esa clase de relación van mucho más allá de la operativi-

dad innegable de algunos principios. En efecto, Ferrajoli concibe el Derecho Penal, según expresa en el subtítulo de una de sus obras, como *La ley del más débil* y lo define así:

«Está claro que, entendido de este modo, el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. Más exactamente —al monopolizar la fuerza, delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados—, la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas. Bajo ambos aspectos la ley penal se justifica en tanto que la ley de más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte. Las dos finalidades preventivas están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la «necesidad política» del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos.»

No cabe negar —y creo que Ferrajoli no lo negaría— que ésta es una concepción del Derecho Penal basada en ideas de justicia que el Derecho positivo no ha incorporado plenamente; pero, quien la profesa ha de hacerla, en alguna medida, efectiva a la hora de interpretar y aplicar las leyes vigentes. Entre quienes se dedican al derecho penal esa, que expone Ferrajoli y que se halla muy cerca de las que he expuesto yo mismo, no es, ni con mucho, la única posible. Como han narrado Foucault y Agamben, la idea de un derecho penal de la *seguridad*, concebido para proteger los alimentos escasos de la turba de hambrientos, es expuesta nítidamente por Quesnay; y, para no hablar de otros tiempos sino de la actualidad, Denninger ha alertado frente a un desplazamiento del interés en la seguridad jurídica de las personas

hacia el interés en el aseguramiento de los bienes jurídicos, del que representa una expresión exacerbada el «Derecho Penal del enemigo» de Jakobs que, en aras de la tutela del *statu quo* (entendido como «constitución material» que se sobrepone al «pedazo de papel» en el que se halla escrita la Constitución Jurídica) permite negar la condición de persona y los derechos que le son inherentes a aquellos que no ofrezcan suficientes garantías de respetarlo.

Parece claro que, si los aplicadores adoptan la primera perspectiva, la perspectiva garantista, la praxis resultante será muy distinta de la que tendría lugar si adoptasen la perspectiva de la seguridad: los mismos textos legales cobrarían un contenido bien distinto, a consecuencia de las distintas concepciones de la justicia; y ello refuerza la idea de que el sentido del Derecho positivo, su contenido normativo, depende de las ideas que quienes los aplican sustenten acerca de cómo *debería ser* el derecho. Se trata, pues, de un *vínculo intrínseco* entre Derecho y Justicia, esté o no explícitamente incorporado al ordenamiento.

### C) TEORÍA DEL DERECHO Y JUSTICIA

En el primer volumen de los *Principia iuris*, ya citado, se hace referencia a tres diferencias deónticas entre el «deber ser» y el «ser» del derecho. Ferrajoli describe la primera de ellas, la divergencia entre derecho y moral o entre justicia y validez del siguiente modo:

«Se trata de una divergencia y de una separación generadas por el nacimiento del derecho moderno como derecho positivo, que tiene en el principio de la legalidad, y ya no en la justicia intrínseca, su metanorma de reconocimiento. *Auctoritas, non veritas facit legem* es la formulación hobbesiana de esta metanorma: una norma jurídica existe y es válida no porque se la considere verdadera, o justa, o razonable, como se podía sostener en los ordenamientos premodernos de tipo jurisprudencial, sino porque ha sido puesta por la autoridad legitimada para su producción, cualesquiera que sean sus contenidos, en las formas previstas por otra norma del ordenamiento al que pertenece. En este sentido, la separación entre derecho y moral, entre punto de vista jurídico y punto de vista axiológico, entre deber ser externo y ser interno del derecho,

no es sino un corolario o, mejor aún, el significado mismo del «positivismo jurídico» (pág. 15).

Hasta aquí Ferrajoli parece expresarse en los términos usuales del positivismo: el vocabulario que emplea, distinguiendo entre «ser» *interno* y «deber ser» *externo* parece indicarlo claramente así.

Sin embargo, a renglón seguido efectúa un giro radical que da a su postura una apariencia nueva y singular. En efecto, añade inmediatamente:

«Lo que no quiere decir, obviamente, que el derecho no incorpore valores o principios morales y no tenga en este sentido, según una fórmula a mi modo de ver equívoca, pero desde hace algún tiempo se ha hecho habitual, alguna “relación conceptual necesaria con la moral”: lo cual sería absurdo, dado que todo sistema jurídico expresa al menos la moral (o las morales), cual (es)quiera que sea(n), de sus legisladores, o si se prefiere, como dice Robert Alexy, *su* «pretensión de corrección» (págs. 15-16).

La fórmula que comenta parece, con razón, equívoca a Ferrajoli, que se limita a decir que *no cabe negar* toda «relación conceptual necesaria» entre derecho y moral porque esa negativa sería claramente insostenible «dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores». Según afirma en nota, la fórmula de la «conexión conceptualmente necesaria», entre derecho y moral, se ha hecho habitual gracias a los trabajos de Alexy, singularmente a *El concepto y la validez del derecho*, donde la defiende combatiendo la separación a lo largo de un buen número de páginas. De modo que, si no cabe negar esa relación, parece que deba afirmarse. Con lo cual, habría de cancelar la dicotomía entre el deber ser externo y el ser interno, sustituida por una diferencia menos fuerte.

Pero, no parece ser esa la posición que finalmente adopta Ferrajoli, pues en la nota correspondiente (27) «puntualiza» sus afirmaciones remitiendo a cuanto dice Prieto Sanchís al respecto quien, según Ferrajoli, «subraya el valor liberal del principio iuspositivista de la separación entre derecho y moral» contra las tentaciones del constitucionalismo «ético».

En consecuencia, Ferrajoli impugna «la tesis claramente iusnaturalista de Alexy», según la cual una norma pierde la validez jurídica si es extremadamente injusta. De modo que parece negar la negación y nos sume en la mayor perplejidad.

En *Garantismo* ocurre algo semejante: en primer lugar, invita a Alfonso García Figuerroa a actualizar su definición paleopositivista de positivismo jurídico, abandonando su neutralidad valorativa en el caso de los juicios jurídicos sobre la validez sustancial de las leyes impuestos por las constituciones rígidas y, además, a admitir que, gracias al sometimiento al derecho de la producción del derecho mismo, «es el propio *deber ser* del derecho, no sólo su ser... lo que ha sido positivizado, lo que equivale al perfeccionamiento y a la plena realización del positivismo jurídico». Pero, a renglón seguido, y tras disentir de Habermas (que encuentra en la Constitución el fundamento de la legitimidad moral del derecho) y de Alexy (que como acaba de decirse, asume, en casos extremos al menos, la justicia como condición de validez) concluye afirmando que las constituciones democráticas, que defiende en el plano de la filosofía política porque incorporan las exigencias de justicia representan, desde el plano de la teorías del derecho «un hecho... absolutamente contingente y que, por tanto, no afecta al *concepto* de derecho».

No tiene nada de particular que, a la hora de calificar la posición de Ferrajoli, Vitale haya hablado de (cripto)iusnaturalismo; pero, su última palabra reside en la afirmación del que llama principio liberal y laico de la separación entre derecho y moral, esto es, la que el mismo Vitale denomina «una intransigente posición iuspositivista».

Resulta, cuando menos, pintoresco que, de una parte, sostenga que la positivación del *deber ser* del derecho (de la justicia) representa la plenitud de la positividad; y de otra, sostenga una separación radical entre derecho y justicia. A Ferrajoli, como afirma Ruiz Miguel, las cuentas no le cuadran.

Si lo que quiere decir con sus afirmaciones es que la positivación de la justicia no anula

la posibilidad de pensar y argumentar que esa justicia, tal y como está siendo positivizada, puede no ser justa, que frente a lo que en un momento dado se entienda que dice el derecho positivo pueden oponerse mejores ideas de lo que es o no justo nadie ha pretendido negar tal cosa. Como señala M. Jiménez, Habermas habla al efecto de una *Verschränkung* (un entrelazamiento) entre forma jurídica y principio del discurso. Pues, según éste, sólo pueden considerarse válidas moralmente las normas a las que todos los posibles afectados pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales, lo cual quiere decir que en el propio seno del derecho positivo ha de estar garantizada la autonomía del individuo; pero, a la vez, la validez de las normas jurídicas no puede quedar librada a la estimaciones de cada individuo autónomo, por lo que, en principio, queda ligada a la corrección del proceso de positivación. Pero, derecho positivo y justicia, por mucho que estén íntimamente relacionados, no son idénticos; y esa es una obviedad amplísimamente compartida por juristas y filósofos del derecho y que no coincide en absoluto con la postulada separación positivista entre «derecho que es» y «derecho que debe ser».

## D) UN EXCURSO CONCLUSIVO

Con lo dicho podría terminar; pero, subsiste todavía una ambigüedad adicional que se manifiesta en las reservas que Ferrajoli muestra ante la oscuridad de la fórmula que niega o afirma la conexión conceptual entre moral y derecho.

Parece, pues, conveniente intentar aclararla, por mucho que eso requiera un excursus y, con esa aclaración, procurar clarificar mi propia posición en el problema de las relaciones entre derecho y moral, oscurecido a veces desde las dos orillas del debate.

Para llevar a cabo esa clarificación, conviene precisar, en primer término, que la expresión no procede de Alexy, que se limita a utilizarla para rebatirla, sino de Hart, que condensa, en el número 5 de su famosísimo *Postscript* (en el

que polemiza con R. Dworkin) una idea expresada previamente de modo menos conciso. Dice así:

«Argumento en este libro, que aunque hay muchas distintas conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y el de la moral; y, por lo tanto, prescripciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios legales.»

En primer lugar, Hart intenta formular un «concepto» de derecho, es decir, una definición de esa parte del sistema social que damos en llamar derecho. Quizás, para saber qué es eso que llamamos derecho hubiéramos tenido que analizar los diversos usos de la palabra y hacer una sinopsis de esos usos para llegar a captar sus distintos significados y, a partir de ellos, sus referencias. Pero, Hart rechaza ese camino como erróneo y emprende una vía esencialista que se adapta mal a la realidad del derecho, tan cambiante y disímil que no se deja apresar en una esencia fija; de modo que ese concepto es poco más que una convención. En efecto, frente al análisis *de dicto* Hart propone otro *de re*; pero, la *cosa* general llamada *derecho* **no existe**: sólo hay sistemas particulares de reglas de convivencia sociales a los que llamamos así y, por lo tanto, el significado de *derecho* sólo puede lograrse mediante una sinopsis del uso que hacemos de la *palabra* (como proponía Wittgenstein, a quien tan a menudo se encomienda Hart) y no por ninguna clase de concepto supuestamente extraído de la cosa misma.

Como señala, en efecto, Wittgenstein en el *Cuaderno Azul*: «la idea de que para lograr claridad acerca del significado de un término general haya que encontrar el elemento común a todas sus aplicaciones ha sido una traba para la investigación filosófica, pues no sólo no ha conducido a ningún resultado, sino que hizo además que el filósofo abandonase como irrelevantes los casos concretos que son los únicos que podían haberle ayudado a comprender el uso del término general». Si esa idea es correcta (y, como se verá más adelante, se halla estrechamente relacionada con la idea de que

entre los individuos subsumibles en un término general hay muy a menudo sólo un *aire de familia*, idea que Hart dice aceptar; pero no parece haber asumido del todo) cabe concluir que, al definir el Derecho, ha seguido un camino equivocado.

Por lo tanto, a un concepto que, en definitiva, sería una mera estipulación, no parece que la idea de «necesidad» pudiera convenirle. Es más si, como sugiere Kripke, afirmar algo como necesario comporta que ha de ser verdadero, no solamente en todos los casos reales, sino también en todos los (mundos) posibles, parece claro que la conexión de que se trata no puede ser, en sentido absoluto, necesaria. Sólo hay, una necesidad, afirmaba Wittgenstein en el *Tractatus*, la *necesidad lógica* y, parece obvio que la conexión que aquí se trata, por muy fuerte que pueda ser, no es *lógica*.

Sin embargo, Hart no niega que haya conexiones entre Derecho y Moral, e incluso admite que pueden ser muchas y muy distintas; pero, eso sí, con tal de que sean *contingentes*. Y esa expresión necesita también ser aclarada, pues si contingente significa *no necesario*, estamos al cabo de la calle; pero, parece que pudiera interpretarse como ocasional, casual, etc. Pese a esa apariencia, creo que Hart se ha limitado a negar la necesidad en sentido estricto, y ha admitido que esas conexiones puedan ser algo más que una mera casualidad.

Si se lee cuanto dice en IX.2 de *El concepto de Derecho*, Hart habla en él de un contenido mínimo del Derecho Natural ligado a ciertas características permanentes de la naturaleza y de la sociedad humana. Su exposición comienza así:

«Las exigencias comunes del derecho y de la moral no consisten, en su mayor parte, en prestaciones activas sino en abstenciones, y esas exigencias son formuladas usualmente en forma negativa, como prohibiciones. Las más importantes en ellas, para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia que se traduce en matar o causar daños corporales. El carácter básico de tales reglas puede ser traído a la luz en preguntas como estas: Si no hubiera estas reglas ¿de qué nos serviría, a seres como nosotros, tener reglas de cualquier tipo? La fuerza de esta pregunta retórica se basa en el hecho de que los hombres están dispuestos,

ocasionalmente, a recurrir a ataques corporales y son vulnerables a ellos. Aunque esta es una verdad obvia, no es, empero, una verdad necesaria: porque las cosas podrían haber sido distintas o serlo algún día.»

Que el derecho se diferencia de la moral a través de un largo proceso (cuyas diversas etapas se han descrito muchas veces y ha narrado el propio Ferrajoli) es algo que nadie niega; pero, el proceso de positivación ha llegado a establecer entre Derecho y Moral una diferencia, no un abismo. De modo que si «la doble positivación —del ser del derecho y de su deber ser jurídico— equivale a la completa realización y a la ampliación del Estado de Derecho», como Ferrajoli admite, la relación entre derecho y moral (entre el derecho que es y el que debe ser) ha de ser algo más que una pura contingencia. Podría decirse, para definir esa relación, que pertenece a la **gramática** profunda de la palabra derecho, al juego de lenguaje donde esa palabra cobra su sentido pleno, por mucho que pueda utilizarse sin esa connotación de modo superficial. ¿Podemos llamar con toda propiedad *derecho* al «sistema» que «rige» en el país donde discurre *El Otoño del Patriarca* de García Márquez, en el que la voluntad del dictador está por encima de «las garrambainas de la ley escrita»? ¿Diríamos que Eichmann, al obedecer la voluntad del Führer hasta el punto de transportar a los campos de exterminio a millones de personas, actuó conforme a derecho?

Mi respuesta a esas preguntas es, sencillamente, que no, pues de lo contrario, las palabras «derecho» y «actuar conforme a derecho» perderían su sentido y pasarían a significar cualquier cosa; y creo que mal podría Hart haber contestado de otro modo sin contradecirse. No me preocupa lo más mínimo pensar con qué etiqueta puede calificarse esa respuesta: creo que es absolutamente respetuosa con el derecho positivo y con la positividad del derecho y que no comporta ninguna clase de confusión entre derecho y moral, sino que se limita a especificar la relación que usualmente establecemos entre uno y otra; pero no intentaré justificarlo, pues más bien creo que quien

ha de justificar su manera de usar el lenguaje es quien opine lo contrario. Si, ante una reunión de víctimas de algún régimen semejante a los descritos iusnaturalistas y positivistas discutiesen si sus normas o decisiones más inicuas eran o no derecho cabría decir a la concurrenceia, que no entendería nada: «Ni están locos, ni son cómplices. Están filosofando».

## 4. LA AMBICIÓN DE LA TEORÍA

### A) DELIMITACIÓN PREVIA

He rotulado el presente epígrafe tomando prestado a Luhmann una parte del título de su libro *Sociedad y sistema*. En esa obra, expone Luhmann una pretensión teórica efectivamente ambiciosa: la descripción completa del universo social en términos de sistema autopoiético y entorno.

El resultado, por cierto, no es, finalmente, muy satisfactorio: las relaciones entre el individuo y el sistema social quedan descritas con una imagen directriz que, con alguna crueldad, describe Habermas como «el flujo de expedientes entre autoridades ministeriales» por un lado y «la conciencia encapsulada de un Robinson» por otro.

Expreso de ese modo el vértigo que me producen los proyectos intelectuales demasiado ambiciosos: por un lado, admiro la audacia de quienes los emprenden; pero, por otro, me acecha el temor de que acaben en un fiasco.

Tal es, desde luego, el caso de la Teoría del Derecho de Ferrajoli. Tras definir la Teoría del Derecho como «disciplina autónoma y sistemática, dirigida a la identificación y al análisis de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos con independencia de los valores que los informan y de sus concretos y variables contenidos prescriptivos», Ferrajoli fija los objetivos de la suya, que divide en tres partes que responden a las preguntas acerca de en qué se basa, cómo se justifica y cómo se construye la teoría, que denomina, respectivamente, semántica, pragmática y sintáctica.

Tras reconocer que su teoría «puede parecer hoy, bajo diferentes aspectos, escasamente actual», resume sus aspiraciones del siguiente modo:

«En el plano **metateórico** refleja una aspiración de la filosofía de la ciencia expresada por el primer neopositivismo lógico y arrinconada por sus orientaciones posracionalistas más recientes, pero presente aún en los años sesenta del pasado siglo, cuando se proyectó este trabajo. En el plano **teórico**, por otra parte, persigue la elaboración de un *modelo racional de derecho* anclado en el paradigma constitucional diseñado por las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial y, sin embargo, cada vez más lejano a causa de la irracionalidad, la incertidumbre, las antinomias y las carencias producidas por la actual crisis de las viejas soberanías estatales, por la pérdida de la unidad y la capacidad regulativa del derecho y por la complicación y confusión de sus fuentes de producción. En el plano **político**, finalmente, sugiere la hipótesis de una democracia fundada, tanto en los niveles de los ordenamientos estatales como en el del ordenamiento internacional, en la garantía de la paz y de los derechos vitales de todos, en años en los que asistimos al retorno de la guerra como instrumento de dominación y de solución ficticia de los problemas internacionales, a procesos de radical desregulación y a la vez de inflación legislativa, a la globalización de la economía y de las comunicaciones, pero no del derecho y de los derechos, al crecimiento exponencial de las desigualdades y de la devastación medioambiental, a la muerte cada año de millones de seres humanos por hambre o enfermedades no tratadas, a la proliferación descontrolada de poderes extralegales y salvajes, tanto públicos como privados».

Bobbio expresó una vez sus reservas ante los teóricos del derecho natural diciendo que hubiera sido mejor que toda la inteligencia y el rigor que habían empleado en construir un derecho ideal lo hubieran dedicado a reformar y mejorar el derecho vigente. Una reserva parecida me sugiere el proyecto teórico de Ferrajoli. Obviamente, no puedo enjuiciarlo de manera detallada, de modo que solamente voy a intentar analizarlo desde dos perspectivas, a saber: la primera, la de determinar si es humanamente posible reunir el conjunto de conocimientos requeridos para construir adecuadamente la teoría desde el punto de vista semántico; la segunda, la de evaluar si, en materias como las que Ferrajoli trata de abarcar

—que involucran casi totalmente el conjunto de nuestra forma de vida— es posible elaborar un lenguaje ideal.

## B) LA PERSPECTIVA SEMÁNTICA: DOGMÁTICA Y TEORÍA

Para responder a la pregunta acerca de la posibilidad de cumplir adecuadamente las exigencias que a la teoría impone la perspectiva que Ferrajoli llama semántica, es preciso delimitar la extensión y la intensidad que pretende conferirle.

En cuanto a la primera, la extensión de la teoría del derecho «se identifica con la de los ámbitos de experiencia a los que puede ser aplicada y en los que sus tesis pueden encontrar respaldo». Ese ámbito queda determinado por el derecho y, especialmente, por el derecho moderno. Ferrajoli lo especifica así:

«La adopción del derecho moderno como objeto privilegiado de la teoría conlleva el análisis —que se desarrollará desde la segunda parte— de su «positividad», es decir, de una serie de principios estructurales que hacen de él, en sus diferentes ramas, una formación histórico-institucional radicalmente distinta de cualquier otra del pasado. El derecho penal, informado por categorías de matriz ilustrada como la estricta legalidad, la culpabilidad, la materialidad de la acción, el principio de lesividad y la responsabilidad personal, es una construcción moderna. Lo es igualmente el derecho procesal penal pues la formalización del proceso penal sobre la base de las garantías legales de la publicidad, el principio de contradicción, la oralidad, la presunción de inocencia, la carga de la prueba por parte de la acusación, la condición de tercero del juez y los derechos de defensa se remonta a hace no más de dos siglos. Lo es más aún el derecho público, constitucional y administrativo, que nace a la vez que esa formación específica que es el estado representativo de derecho, basada en la soberanía popular, la igualdad política de los ciudadanos, los derechos fundamentales y la separación de poderes. Y lo es incluso el derecho civil codificado, que aun reproduciendo en buena medida categorías y principios de origen romanista se basa sin embargo en la equiparación jurídica de todos los seres humanos en tanto que sujetos dotados de personalidad, capacidad jurídica y de obrar, libertades y derechos civiles y, al menos en línea de principio, en la subordinación a la ley de los poderes privados de autonomía.»

En cuanto a la intensión, Ferrajoli se pronuncia así:

«Si la extensión de la teoría del derecho se identifica con los ámbitos de experiencia a los que es aplicable, su intensión consiste en su concreto contenido informativo, esto es, en su referencia semántica a los fenómenos empíricos sobre cuya base es interpretable. Por lo tanto, será posible configurar la *teoría del derecho*, dentro de un modelo integrado de *ciencia jurídica*, como un sistema de conceptos y enunciados teóricos, interpretable, según cuáles sean los fenómenos asumidos como referentes empíricos, desde dos tipos de discurso —la *dogmática jurídica* y la *sociología de derecho*— distintos entre sí y sin embargo conectados como las dos caras de una moneda. Además, será posible asociar también una interpretación axiológica a gran parte de los conceptos y construcciones teóricas: la expresada por la valoración y la propuesta de configuración del derecho llevadas a cabo por la *filosofía jurídica*.»

Como la exposición anterior deja claro, la teoría trata de captar todas las ramas del derecho, tomado como referentes empíricos tanto las distintas dogmáticas como la sociología y las propuestas de valoración y configuración llevadas a cabo por la filosofía del derecho. Concediendo, por supuesto, a Ferrajoli conocimientos bastantes para llevar a cabo su tarea en el ámbito de la filosofía jurídica, me parece imposible hacer la misma concesión respecto a todas las dogmáticas y a toda la sociología del derecho, porque creo que eso excede cualquier capacidad humana.

Sin duda, los saberes de Ferrajoli son excepcionalmente amplios y su capacidad es descomunal; pero, sin necesidad de abordar otro ámbito que no sea la dogmática penal, y sin ánimo de menospreciar su obra en este campo que, como he dicho, valoro muy positivamente, no creo que haya podido estudiar la totalidad de esa dogmática con la profundidad suficiente para remontarse desde ella a una teoría general, pues ni siquiera los mejores especialistas llegan a conseguirlo.

En ese sentido, ya he mencionado la sorprendente ausencia de referencia alguna al gran penalista alemán E. Beling, tan relevante a la hora de determinar la proyección de los principios y garantías constitucionales sobre el

Derecho Penal, o las exigencias de la presunción de inocencia para tener por «verdadera» la comisión del delito en el proceso penal; y, resulta aún más sorprendente el desconocimiento (¿quizás voluntario?) de qué parte de la moral entiende la doctrina penal liberal que ha de estar tajantemente vedada a la intervención coactiva del estado y, por ende, al Derecho Penal. Para no resultar prolijo, añadiré sólo una observación más: al criticar a G. Jakobs se centra en reprobar la *prevención general positiva* que, a fin de cuentas, no es más que un efecto inseparable de todo sistema penal bien calculado, sin reparar previamente en los aspectos más lamentables del pensamiento de este autor que, sobre todo desde un enfoque garantista como el de Ferrajoli, son mucho más relevantes. Pues, como es sabido, Jakobs apela a una suerte de constitución material que prevalece sobre el «pedazo de papel» en que se acaba convirtiendo en sus manos la Constitución jurídica, de modo que el reclamo de fidelidad al derecho que postula la prevención general positiva acaba significando la imposición coactiva del *statu quo*.

Lo que ponen de manifiesto esas deficiencias (y otras muchas que podría señalar) es una concepción de las dogmáticas que no parece sostenible. Pues Ferrajoli entiende la dogmática exclusivamente como una especie de saber empírico acerca de lo que las leyes dicen y, consecuentemente, no cree necesario analizarla en profundidad para elaborar su teoría general. Pero, como dice Viehweg, una dogmática se compone de uno o varios dogmas fundamentales a partir de los cuales se desarrolla **un** sistema; por eso afirma que «para poder cumplir con su función de unificación es necesario que los mencionados dogmas fundamentales contengan implícita o explícitamente una *teoría del derecho* material como fundamentación última». Mal podría, por lo tanto, elaborarse una teoría general del derecho que pudiera servir de referente a las distintas dogmáticas sin conocer a fondo las teorías particulares desarrolladas en las diferentes disciplinas. Pero, dada su riqueza histórica y su proliferación actual, esa es una tarea que, extendida a todas las

ramas del derecho, sobrepasa las posibilidades de cualquier ser humano.

Esa objeción parecería quedar salvada dado el carácter formal, esto es, independiente del contenido, de la *Teoría*. Pero no puede ser así, en primer término porque, como toda estructura formal, ha de adaptarse al contenido cuyas exigencias ideales pretende satisfacer; y, en segundo lugar, porque la teoría de Ferrajoli no es tan estrictamente formal como él postula, sino que contiene ciertas asunciones materiales que no se ajustan a los contenidos de los sistemas jurídicos vigentes.

Esas asunciones materiales se ponen de manifiesto en la afirmación de que la teoría axiomatizada del derecho y del paradigma constitucional no es solamente una teoría del garantismo sino que cumple un papel garantista respecto al derecho vigente porque nos dice, según Ferrajoli, que han de tomarse en serio tanto el derecho como los conceptos jurídicos y que han de extraerse de ellos las debidas implicaciones. Para ejemplificar esas ideas lleva a cabo, Ferrajoli, el siguiente razonamiento:

«Considérese de nuevo, como ejemplo, la relación que será formulada en la teoría —entre derechos subjetivos y garantías. Si definimos *a*) 'derecho subjetivo' como expectativa positiva de prestaciones o negativa de no lesiones, *b*) 'expectativa' como figura deóntica a la que corresponde una obligación o una prohibición y *c*) 'garantía deóntica' como la obligación o la prohibición correspondientes a las expectativas, podremos afirmar también que *d*) la existencia de esos específicos derechos subjetivos que son los derechos fundamentales implica la existencia de las obligaciones y prohibiciones que constituyen sus garantías. Pero esta tesis teórica, evidentemente, es descriptiva del «deber ser» del derecho vigente, en el que es perfectamente posible que no se hayan dispuesto obligaciones y las prohibiciones correspondientes a los derechos establecidos; de manera que, en tal caso, ese «deber ser» equivale al deber de introducirlos».

Pues bien, a partir de esas afirmaciones y como muestra de los desajustes de que he hablado, me referiré solamente a uno de los muchos casos problemáticos: el de la definición de los derechos fundamentales sobre la base de su atribución universal.

La concepción de Ferrajoli al respecto se expresa así:

«Los derechos fundamentales, si los tomamos en serio según la bella fórmula de Dworkin, son con seguridad configurables como derechos subjetivos, o sea, como expectativas a las que corresponden, por parte de otros, obligaciones o prohibiciones de no lesión o de prestación. Su especificidad respecto a los derechos no fundamentales consiste únicamente en el hecho de que se atribuyen a todos (en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos, o en cuanto capaces de obrar, según sus diversos tipos) de forma que a ellos corresponden deberes *erga omnes* a cargo de la esfera pública. Naturalmente, esta es una definición estipulativa, ni verdadera ni falsa, sino sólo capaz de dar cuenta de las variadas clases de situaciones jurídicas comúnmente denominadas «derechos subjetivos» o «derechos fundamentales». Pero esto quiere decir que esta definición únicamente puede ser criticada oponiéndole una definición de las mismas palabras dotada de mayor capacidad explicativa.»

No comparto la afirmación final de Ferrajoli, según la cual su definición sólo podría ser criticada oponiéndole otra mejor: por el contrario, creo que puede objetársele, sin más, su inadecuación a la idea de derecho fundamental que transmiten las diversas Constituciones existentes. Eso es lo que le opone Ruíz Madero, que destaca que la ausencia de referencia, en el concepto de Ferrajoli, a que, cuando se habla de derechos fundamentales «se trata de instrumentos de protección normativa de bienes de la mayor importancia para los seres humanos», entendiendo que esa ausencia afecta negativamente a la capacidad del concepto, «para dar cuenta del papel de los derechos fundamentales en nuestras constituciones, en nuestra cultura jurídica y en la propia concepción (de Ferrajoli) de las tareas de la ciencia del Derecho».

Basta una cita de Rawls, que califica los derechos fundamentales como *libertades básicas* y afirma su prioridad, para comprender las razones de esa objeción:

«Las libertades básicas iguales del primer principio de justicia se especifican mediante una lista como la siguiente: libertad de pensamiento y libertad de conciencia; las libertades políticas de expresión, reunión y asociación, así como las libertades (*freedoms*) especificadas en la libertad física (*liberty*) y

la integridad de la persona; y, por último, los derechos y libertades que se incluyen en el imperio de la ley (*rule of law*). No se otorga ninguna prioridad a la libertad general, como si el ejercicio de algo denominado «libertad» tuviese un valor preeminente y fuese el principal si no el único fin de la justicia política y social. Hay, ciertamente, una presunción general contraria a la imposición de restricciones legales o de otro tipo a la conducta sin una razón suficiente. Pero, esa presunción no determina una prioridad especial a ninguna libertad concreta.... A lo largo de la historia del pensamiento democrático se ha insistido en la consecución de ciertas libertades y garantías constitucionales específicas, como muestran, por ejemplo, diversas constituciones y declaraciones de derechos humanos. La formulación de las libertades básicas sigue esta tradición.»

A lo que, inmediatamente, añade:

«Algunos pueden pensar que especificar las libertades básicas mediante una lista es un expediente que debería evitar una concepción filosófica de la justicia. Estamos acostumbrados a doctrinas morales presentadas en la forma de definiciones generales y primeros principios inclusivos».

Sin embargo, según Rawls si puede hallarse una lista de libertades básicas que sitúen al individuo en las mejores condiciones posibles para el ejercicio de la razón pública se habrá logrado el «objetivo inicial» de la justicia como equidad. El intento de perfilar esa lista se ha continuado, entre otros, por Dworkin.

En la evolución histórica de los derechos fundamentales se perciben tres tendencias: la tendencia a la concreción (a pasar de las ideas generales de igualdad y libertad a sus concreciones históricas más relevantes), la tendencia a pasar de la definición programática a la garantía jurisdiccional y la tendencia a fundirse con los derechos humanos. En todos esos procesos la idea de importancia de las libertades en juego representa un papel esencial.

La respuesta de Ferrajoli a esa objeción de Ruiz Manero no combate esas razones; sino que consiste en sostener que la definición ha de poder dar cuenta de derechos «fútiles o, peor, inicuos, y que sin embargo están constitucionalmente previstos (como el derecho a llevar armas en la Constitución de los Estados Unidos). Dejando aparte la referencia a la Segunda Enmienda de la Constitución nortea-

mericana (que es más que dudoso que pueda ser calificada en ningún sentido de derecho fundamental, pese a hallarse incluida en el *Bill of Rights*, no parece que la no inclusión en el concepto de derecho fundamental de derechos fútiles o inicuos sea, para una teoría que pretende ser un referente deóntico, una gran pérdida, sino al contrario, una ganancia. Pues si la condición de «inicuo» no priva a un derecho de su carácter de fundamental, pero puede hacerlo objeto de una interpretación restrictiva, en el caso concreto del supuesto derecho a poseer armas de fuego, esa interpretación, que es gramaticalmente la más adecuada dada la forma en que se expresa la Segunda Enmienda, comporta que el tal derecho se entienda como un derecho colectivo (el derecho de los Estados frente a la Federación, a tener una milicia armada); y, así entendido, el derecho pierde su universalidad y, con ella, la condición de fundamental. Pero, más allá de ese caso concreto, la pérdida genérica del carácter fundamental de cualesquiera derechos inicuos o fútiles vendría exigida por el carácter de referente deóntico de la teoría: una teoría que obligase a garantizar tales derechos resultaría deónticamente inaceptable.

Otra objeción que se alza frente a la definición es la de que hay derechos que no se atribuyen ni a todas las personas, ni a todos los ciudadanos, ni a todos los que tienen capacidad de obrar, citándose como ejemplo la libertad de cátedra de los profesores. Ferrajoli responde que se trata siempre de un derecho de la persona de forma no distinta a los derechos de asistencia sanitaria o a la libertad de expresión; pero, lo cierto es que todos **tienen** derecho a la asistencia sanitaria o a la libertad de expresión; y, teóricamente, todos pueden ser profesores, pero solamente **podrían tener** la libertad de cátedra si llegaran a serlo. No se trata, pues, de la misma clase de universalidad, por lo que, de una parte dado que sociológicamente hablando, no todos pueden ser profesores, la atribución no es universal en sentido sociológico y, por tanto, constituye un defecto de una teoría que quiere servir también de paradigma a la sociología del derecho; y, de otra,

esa segunda clase de universalidad no excluye los derechos patrimoniales, cuya fundamentación niega Ferrajoli.

A todo ello, cabe añadir que no sé si un mayor análisis de la historia y la dogmática referente a los diversos conceptos jurídicos podría ser de verdadera utilidad para alcanzar el fin que Ferrajoli se propone. Pues ignoro si un conocimiento más profundo, v.g. de la dogmática penal, le habría ayudado a formular una teoría mejor porque, como explicaré a renglón seguido, no creo que una tal teoría sea posible; pero, en cualquier caso, le habría situado de modo más completo ante los problemas que pretende resolver, por lo que su ausencia constituye, sin duda, un déficit, pues una estructura conceptual no puede proponerse como forma apta para servir de modelo ideal a contenidos tan diversos sin analizarlos previamente muy a fondo.

Creo que basta lo dicho para mostrar que, en el aspecto «semántico», la teoría adolece de carencias tan importantes que podrían expresarse afirmando que tiene los pies de barro.

### C) ¿UN LENGUAJE IDEAL?

El objetivo de la teoría es, como se ha visto, formular un lenguaje ideal, a partir de una serie de estipulaciones definitorias de los conceptos relevantes y una ulterior axiomatización, para que sirva de modelo deóntico tanto a las disciplinas jurídicas particulares cuanto al análisis y valoración de los hechos.

Como el propio Ferrajoli declara ese ideal procede del positivismo lógico, que rechaza el lenguaje ordinario como ambiguo y fuente de errores y confusiones. El Manifiesto del Círculo de Viena lo expresa así:

«Averiguar el orden lógico de las aberraciones metafísicas sigue prosperando, especialmente por medio de los trabajos de Russell y Wittgenstein. Dos errores lógicos fundamentales se encuentran en las teorías metafísicas y también en la formulación de preguntas: (i) una relación cercana con la forma de los *lenguajes tradicionales* y (ii) una ignorancia sobre los procesos lógicos del pensar. Por ejemplo, con respecto al lenguaje usual —primer error lógico fundamental—, éste utiliza la misma

forma valorativa para el caso del sustantivo, tanto para las cosas («manzana»), como para las cualidades («dureza»), las relaciones («amistad») y los procesos («sueños»), de manera que induce a una concepción «cosista» de conceptos funcionales: hipóstasis y sustancialización. Por medio del lenguaje se indican numerosos ejemplos de equívocos similares que se han vuelto igual de fatales para la filosofía.»

En consecuencia, bajo el impulso de Frege y Russell, el Círculo se deslizó por las «heladas laderas de la lógica» en el intento de construir un lenguaje ideal que sirviera de expresión a la concepción científica del mundo y prescindiera de la vaguedad e imprecisión del lenguaje ordinario. La historia de esa aventura cooperativa, que pretendía llevar a una forma de expresión perfecta el pensamiento científico y defender con él los ideales de la Ilustración no pudo culminarse con éxito, cosa que Ferrajoli conoce perfectamente; pero, emprende solo otra, con parecidos objetivos y quizá de más envergadura; porque si Neurath, Schlick, Carnap y demás adherentes al Círculo se propusieron cooperativamente «solamente» construir un lenguaje perfecto de la ciencia, Ferrajoli ha pretendido, nada menos, que construir un lenguaje perfecto del derecho, es decir, de la vida, ignorando las dificultades lógicas que comporta semejante tarea.

En el número 98 de las *Investigaciones Filosóficas* reitera Wittgenstein la afirmación del *Tractatus* 5.5563, según la cual las oraciones de nuestro lenguaje están en orden tal como están. Pese a cuanto escribió Russell en el prólogo, Wittgenstein repudió siempre la idea sustentada por Russell y Frege de sustituir el lenguaje común por otro ideal. Según relatan Baker y Hacker en su canónico comentario de las investigaciones filosóficas, en una carta a Ogden explicitó que con eso quería decir que las proposiciones de nuestro lenguaje ordinario no son de ningún modo lógicamente menos correctas o menos exactas o más confusas que las proposiciones escritas con el simbolismo de Russell o cualquier otra «escritura conceptual», aclarando que el simbolismo adecuado sólo puede facilitarnos captar más fácilmente la forma lógica, por lo que sólo justificaba la

utilización de «lenguajes ideales» en sustitución del lenguaje común con fines terapéuticos. Añade, además, que «no *aspiramos* a un ideal: como si nuestras oraciones ordinarias, vagas, aun no tuviesen un sentido totalmente irreprochable y hubiera primero que construir un lenguaje perfecto».

Ulteriormente aclara esas ideas. Así, en el número 100 dice al respecto:

«Pero no es un juego si hay una vaguedad *en las reglas* —¿Pero no es un juego?— Sí, quizá quieras llamarlo juego, pero en cualquier caso no es un juego perfecto. Es decir: está contaminado y yo me intereso por lo que está limpio. - Pero quiero decir: Malentendemos el papel que juega el ideal en nuestro modo de expresión. Es decir: lo llamaríamos también un juego, sólo que estamos cegados por el ideal y no vemos por ello claramente la aplicación real de la palabra 'juego'».

Lo que con ello quiere decir es que la vaguedad de las reglas no sólo no resulta realmente incompatible con ciertos juegos; sino que incluso puede ser adecuada; y la precisión y exactitud necesarias dependen de lo que persegamos con las concretas expresiones que llevemos a cabo.

En el número 88, tras una serie de ejemplos, lo expone en términos más generales:

«'Inexacto' es realmente un reproche, y 'exacto' un elogio. Pero esto quiere decir: lo inexacto no alcanza su meta tan perfectamente como lo exacto. Ahí depende, pues, de lo que llamemos «la meta». ¿Soy inexacto si no doy nuestra distancia del Sol con 1 metro de precisión; y si no le doy al carpintero la anchura de la mesa en milésimas de milímetro? No se ha previsto un *único* ideal de precisión; no sabemos o que debemos imaginarnos bajo este apartado —a no ser que tú mismo estipules lo que debe llamarse así. Pero te sería difícil acertar con una estipulación; con una que te satisfaga».

Con lo dicho queda explicado en parte el rechazo de los «lenguajes ideales»: si adoptan un canon de exactitud y rigor demasiado exigente resultan inútiles para expresar las necesidades de la vida y, consecuentemente, para regular la complejísima red de relaciones que afronta el derecho: eso se expresa diciendo que el derecho precisa reglas; pero también principios. Incluso, dadas las múltiples acepciones

que se da a esa distinción cabría afirmar, de modo más amplio, pero más sencillo, que el derecho precisa de modo muy básico un amplísimo conjunto de normas cerradas; pero, también, de una serie más o menos amplia de normas abiertas, dejando a un lado la cuestión de si son reglas o principios. (Esto es claramente perceptible en el caso del Derecho penal: los tipos delictivos y todas las circunstancias que fundamentan o agravan la pena han de ser cuanto más cerradas mejor; las circunstancias eximentes y atenuantes *pueden ser* abiertas y, en muchos casos, *han de ser* abiertas, pues de lo contrario resultarían injustas en v.g. en supuestos de inculpabilidad que no se hallaran expresamente descritos).

El otro fundamento del rechazo procede de los límites que es preciso trazar a la aspiración a la generalidad. Wittgenstein cree que la densa niebla que parece envolver nuestro uso ordinario del lenguaje y, nos empuja a construir lenguajes ideales, tiene también su origen en las ansias de generalidad, que son el resultado de diversas tendencias, entre las que menciona la tendencia a buscar algo común a todas las entidades que incluimos bajo un término general (a la que ya se ha hecho referencia) olvidando que a veces tales términos sólo evocan un *aire de familia* entre sus instancias particulares; la idea de que las propiedades son ingredientes de las cosas (v.g. que «la belleza es un ingrediente de todas las cosas bellas como el alcohol lo es de la cerveza»); la tendencia a pensar que a un término general corresponde una *imagen* distinta de sus instancias particulares y, sobre todo, nuestra preocupación por el método de la ciencia:

«Nuestra ansia de generalidad tiene otra fuente principal: nuestra preocupación por el método de la ciencia. Me refiero al método de reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes naturales primitivas; y, en matemáticas, al de unificar el tratamiento de diferentes temas mediante el uso de una generalización. Los filósofos tienen constantemente ante los ojos el método de la ciencia y sienten una tentación irresistible a plantear y a contestar las preguntas del mismo modo que lo hace la ciencia. Esta tendencia es la verdadera fuente de la metafísica y lleva al filósofo a la oscuridad más completa. Quiero afir-

mar en este momento que *nuestra tarea no puede ser nunca reducir algo a algo, o explicar algo*. En realidad la filosofía es 'puramente descriptiva'».

Confesadamente, Ferrajoli ha sido arrasado por esa fascinación por el método de la ciencia asociada, en su caso, a la de la lógica formal. Por ese camino ha construido una teoría cuya desmesurada generalidad la hace inadecuada para captar su objeto.

En el año 1979 escribí ya que, en mi opinión, la generalización jurídica tiene límites y objetivos distintos de la generalización de las ciencias naturales. Decía entonces que en las ciencias de la naturaleza «puede decirse que, a mayor grado de abstracción de una determinada formulación conceptual, mayor será su ámbito de aplicación y, por lo tanto, más fundamental y valioso el conocimiento que proporcione. En derecho, por el contrario, la generalidad, si ha de cumplir adecuadamente su contenido político, ha de anudarse a un cierto grado de especificidad.» A lo que, tras referir el rechazo de Neumann a un sistema que estuviera basado principalmente en cláusulas generales (Generalklauseln), añadía:

«El recurso a una abstracción por así decirlo 'pura' —a una abstracción que prescinda de toda especificidad— deviene en el campo jurídico en un procedimiento autocontradictorio: queriendo abarcar totalmente un sector de la realidad se le deja en la indefinición y en la penumbra. La generalización jurídica ha de estar orientada a la individualización. Se generaliza para individualizar. No se trata de buscar normas según las cuales puedan resolverse más y más especies de casos sino, al contrario, de buscar normas que se ajusten mejor a cada caso, que den cuenta con mayor exactitud de sus notas diferenciales. Y, si ello es así, la generalización jurídica sigue un camino totalmente opuesto al de la generalización naturalística: no el camino de una mayor abstracción (que proyecta el conocimiento sobre un ámbito más vasto), sino el de una mayor concreción (que permite una más adecuada contemplación valorativa del caso).»

Básicamente mantengo ahora lo que dije entonces. Por eso creo que no necesito emitir ningún juicio explícito sobre la teoría de Ferrajoli y, menos aun, analizar sus detalles. Admito, por supuesto, que el equivocado puedo ser yo; pero, las razones que Ferrajoli ha aducido

hasta ahora no han sido suficientes para sacarme de mi error. A lo que, además debo añadir que esa crítica teórica para nada empequeñece la contribución de Ferrajoli a que las garantías constitucionales sean «tomadas en serio»

## 5. LAS RAZONES DEL DERECHO

### A) LA «RAZÓN» Y LAS RAZONES

#### a) La razón «situada»

Me he referido anteriormente a la idea de Brandom, para quien lo que importa en filosofía no es la verdad sino la razón o, para expresar mejor su pensamiento, *las razones*. Porque si se acepta que el significado se origina en concretos *juegos de lenguaje*, irreductibles a un género común, las razones, que sólo pueden serlo en virtud de lo que significan, tampoco pueden ser reducidas a un concepto general. Pues, al hablar de «la razón», no se apunta a nada que tengan en común las innumerables clases de razones que intercambiamos a diario; sino que procede acudir también aquí a la noción de «aire de familia» a la que tantas veces se ha aludido.

Si la pretensión de formular una teoría de los juegos de lenguaje resulta inviable, como razoné más ampliamente en el capítulo XI.3 de los *Fundamentos del Sistema Penal*, tampoco es posible formular una teoría de la argumentación que nos diga cuándo una razón es una buena razón. El propio Habermas, al afirmar que «en la propia posibilidad de entendimiento lingüístico cabe leer un concepto de razón **situada** que eleva su voz en pretensiones de validez que dependen del contexto a la vez que lo trascienden «remite a una cita de Putnam, según la cual «la razón, entendida así, es *inmanente*, es decir, no cabe encontrarla fuera de los juegos de lenguaje e instituciones», aunque, como idea regulativa, que prescribe obrar en cualquier caso por buenas razones, trasciende a unos y otras.

Lo difícil es determinar cuándo una razón es una buena razón; y si no hay un concepto

general de razón, tampoco existe una teoría que pueda delimitar en términos genéricos en qué ha de consistir una razón para ser *buena*. Wittgenstein se limitó a decir al respecto que una buena razón es la que vale como razón, lo cual es poco más que una tautología; pero, indicó que las buenas razones no son «mis razones», sino las que puede aceptar el hombre razonable, a saber: las oraciones que exponen lo que aprecio inmediatamente por los sentidos, y de las que no puedo dudar, las proposiciones de la ciencia, las que estén mejor justificadas, las avaladas por el sentido común, etc. En definitiva, algo cercano a lo que dice García Amado: una racionalidad «más humana, más próxima, más de andar por casa».

Nada de eso pretende negar la utilidad indudable de una lógica material aplicada al derecho, tal como, a partir del *Organon* aristotélico, muestran v.g. las obras de U. Klug; ni de las diversas Teorías de la argumentación; sino sólo su incapacidad para mostrar qué razones son materialmente válidas.

Pretender construir esa teoría constituiría, quizás, esa petulancia que constituye una hipoteca que enturbia la capacidad de pensar del filósofo, pues las razones pueden ser de muy diversa índole y valer como razones en circunstancias muy diferentes y cada tipo de razones vale como tal cuando se aplica en el conjunto de circunstancias en las que está encajado y de las que depende su sentido. En consecuencia, es preciso renunciar a esa desmesurada aspiración de generalidad y, si se quiere saber qué es lo que hace que una razón sea válida, contentarse con intentar extraerlo de una sinopsis del uso (tarea inacabable, como muestra la obra de Toulmin); o, si no se aspira a tanto, como es el caso del presente ensayo, intentar, con algunos ejemplos especialmente relevantes, poner de manifiesto las formas de proceder que colman su objetivo y las que tornan baldío el esfuerzo de razonar.

## b) El «escándalo» de la razón

Dicho esto, quisiera empezar esta mínima cala en el campo de las razones del derecho

advirtiendo que el ámbito del uso de razones está, como todo el ámbito del lenguaje filosófico, lleno de trampas. Para citar una de las más significativas comenzaré reproduciendo una anécdota que cuenta Monk en su biografía de Wittgenstein:

«La única vez, que se sepa, que pronunció una conferencia ante un grupo de filósofos de Oxford fue en mayo de 1947, cuando aceptó una invitación para hablar en la Jowett Society. Tenía que contestar a una ponencia presentada por Oscar Wood, un estudiante que desempeñaba el cargo de secretario de la sociedad, sobre el *Cogito, ergo sum* de Descartes. El encuentro se celebró en el Magdalen College y fue inusualmente concurrido. Mary Warnock, una contemporánea de Wood, anotó en su diario: 'Prácticamente todos los filósofos que he visto en mi vida estaban allí'. Entre los más notables allí presentes se contaban Gilbert Ryle, J.O. Urmson, Isaiah Berlin y Joseph Pritchard. En su respuesta a la ponencia de Wood, Wittgenstein ignoró la cuestión de si el argumento de Descartes era válido, y en lugar de eso se concentró en aplicar su propio método filosófico al problema suscitado. Según la estricta ortodoxia de Oxford, representada por Joseph Pritchard, ésta fue una novedad no muy bien recibida:

*Wittgenstein*: Si un hombre me dice, mirando al cielo «Creo que lloverá, luego existo», no le comprendo.

*Pritchard*: Todo esto está muy bien; lo que queremos saber es: ¿es el *cogito* válido o no?

Pritchard —descrito por Mary Warnock en su diario como: 'extremadamente viejo y sordo y con una terrible tos. Sin el menor tacto'— interrumpió varias veces a Wittgenstein en un esfuerzo por hacer que abordara la cuestión de si el *cogito* de Descartes era o no una inferencia válida. Y cada vez que lo hacía, Wittgenstein evitaba la cuestión, dando a entender que no era importante.»

La negativa de Wittgenstein a responder se fundamenta en que la duda de la propia existencia, que subyace al argumento cartesiano, es un sinsentido: si dudo de mi propia existencia ya no puedo afirmar nada; o, dicho de otro modo, todos mis juegos de lenguaje, incluso aquel en el que digo que pienso, descansan en que tengo la certeza absoluta de que existo. Por lo tanto, la inferencia cartesiana no se entiende. Ha descolocado la pregunta, fingiendo una duda fuera del lugar donde se expresa naturalmente la duda y, en consecuencia, ha

dislocado la respuesta: el yo empírico se afirma como pensante antes que como existente.

Kant ya rechazó «la teoría que declara o dudosa o indemostrable la existencia de los objetos sensibles en el espacio» (según el planteamiento de Descartes).

Según Marechal, la argumentación de Kant comienza afirmando que la tesis cartesiana «supone que el sujeto cognoscente puede referir a su Yo objetivo» (a su conciencia pensante) todas sus representaciones sin pasar a través de la experiencia de objetos materiales distintos de ese yo, lo que solo resultaría posible si el sujeto poseyera una intuición intelectual de su Yo.

En realidad, para Kant el conocimiento del Yo (la autoconciencia) sólo resulta posible mediante el conocimiento de los objetos del sentido externo, conocimiento que es *inmediato y primitivo* «sólo secundariamente, por reflexión sobre su conocimiento primitivo, descubrimos... el carácter de *espontaneidad*, de síntesis activa, por el cual nos oponemos, como *sujetos*» a los datos externos. Esos datos son fenoménicos y requieren la afirmación de la «cosa en sí», del *noumenon*, cuya afirmación equivale a la de que el objeto del conocimiento no se agota en los fenómenos. Es, por así decirlo, una necesidad inherente a la idea misma de «fenómeno»: por eso Kant consideró su negación como una suerte de «escándalo filosófico», frente al que no valdría la pena empeñarse, como hace Putnam, en demostrar que somos «cerebros en una probeta».

[Nada de eso empaña la grandeza de Descartes: su argumento tiene tan gran fuerza retórica que logró desplazar el interés de la filosofía, de un *mundo* desfigurado por una escolástica decadente, al *sujeto* libre de esas ataduras ideológicas y, con ello, abrir el paso a la actitud científica, como las *Cartas Provinciales* de Pascal, absolutizando los principios morales, nos desembarazaron de los que Toulmin ha llamado «abusos de la causística»].

La lección a extraer de todo ello es la de que, si confusiones de esta índole pueden haber atormentado el discurso de uno de los más grandes e influyentes pensadores de la historia,

no tiene nada de particular que, aquí y allá, salpiquen todo el ámbito de la reflexión sobre el derecho, sin ser detectadas como vicios de la argumentación, como sofismas; pues «el lenguaje ha preparado las mismas trampas para todos». En efecto, «mientras exista un verbo *ser* que parezca funcionar como *comer* y *beber*, mientras existan adjetivos como *idéntico*, *verdadero*, *falso*, *posible* mientras hablemos de un flujo temporal y de una expansión del espacio, etc, etc, tropezarán los hombres siempre de nuevo con las mismas dificultades y mirarán absortos algo que ninguna aclaración parece disipar». En consecuencia, la misión de la filosofía consiste, para Wittgenstein, en «luchar contra el embrujo de nuestro entendimiento por medio de nuestro lenguaje»; pero, la terapia no puede terminar aquí, pues también hay un embrujo del lenguaje por medio del entendimiento (de la razón), ya que al creer que se tocan los límites del entendimiento humano se cree que se puede ver más allá. Por eso, la razón se disloca tan a menudo.

Ya se han visto, en el caso de Ferrajoli, algunas de las deslocalizaciones que derivan de lo que pudiera llamarse modelo cientifista de razón; pero, quienes decididamente apuestan por la razón práctica —e, incluso, por una razón débil— no se hallan libres de peligros semejantes.

## B) RAZÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCEDIMIENTO DEMOCRÁTICO

Para mostrar que eso es así voy a aducir dos casos referidos, respectivamente, a Habermas y a Alexy, no, desde luego, porque en modo alguno quiera minusvalorarlos, sino justamente, por todo lo contrario: porque estimo que, tras el positivismo, representan dos de las alternativas mejor razonadas y más sólidas.

### a) Sobre los límites de la jurisdicción constitucional

Empezando por Habermas, me propongo poner de manifiesto que en su análisis de la

legitimidad de la jurisprudencia constitucional se produce una *deslocalización* de las razones que esgrime que le llevan a afirmaciones incompatibles con su concepción del Derecho.

Habermas comienza ese análisis señalando las reservas que suscitó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán que extraía de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución un «orden objetivo de valores», jerarquizados según criterios extrajurídicos. Según Habermas, esas reservas críticas se dirigieron demasiado directamente «contra las consecuencias que suscita la preocupación desde la perspectiva de la salvaguarda del Estado de Derecho» perdiendo de vista que esas consecuencias «son secuelas de una falsa autointerpretación» del Tribunal Constitucional Federal.

Muchas de esas críticas se dirigieron contra la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 25 de febrero de 1975, que enjuició la ley de despenalización del interrupción voluntaria del embarazo y que influyó profundamente en la sentencia española, 53/1985 de 11 de abril que declaró la inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica de Código Penal por el que se introducía un artículo 417 bis, incluyendo determinados supuestos en que quedaba despenalizada la interrupción voluntaria del embarazo.

Tuve ocasión de analizar esa sentencia y, con ese motivo, intenté precisar en qué consiste la «falsa autointerpretación» de que habla Habermas. Los tribunales constitucionales alemán y español partieron de una filosofía de los valores como las sustentadas por Scheler o Hartman y ese punto de partida no deja de tener consecuencias:

«Se parte de un sistema valorativo previo a la Constitución positiva, de un *parti pris*, a veces tan rotunda y decididamente que se deja de lado, por su insignificancia, el momento de la positividad. Y cuando se olvida ese pequeño detalle no sucede nada muy grave, sino que se deja de hablar de Derecho para hablar de otra cosa (moral, sociología, religión), y se utiliza una *inferencia arbitraria de las normas constitucionales* en apoyo de ideologías personales, tan respetables como se quiera, pero

que no «son» la Constitución democrática y que carecen, a todas luces, de su legitimidad.»

En otras palabras, los tribunales constitucionales invaden con ese procedimiento el espacio del poder constituyente: en eso consiste la falsa autointerpretación que Habermas, con razón, denuncia.

Ulteriormente, emprende Habermas el análisis en Estados Unidos, describiendo algunas posturas respecto al alcance y los límites legítimos de la jurisdicción constitucional, llegando a la conclusión de que «la concepción más pertinente... es la de J.H. Ely».

Ely sostiene la que llama «una teoría reforzada de la representación» según la cual la jurisdicción constitucional ha de limitarse a enjuiciar si las resoluciones de los poderes públicos han sido adoptadas por procedimientos democráticamente correctos.

Habermas puntualiza, al respecto que, «si bien el escepticismo de Ely se endereza por igual contra una *jurisprudencia de valores* y contra una interpretación orientada por principios» en el rechazo de esta última «no es consecuente, por cuanto que ha de presuponer para su teoría la validez de principios», por cuanto «el concepto de procedimiento democrático» se apoya él mismo en un principio de justicia en el sentido de igual respeto a todos». Sin embargo, a renglón seguido, intenta neutralizar las críticas de Tribe a Ely haciendo la siguiente salvedad:

«Pero de ello no se sigue **en modo alguno** que los principios que fundan la fuerza legitimadora que poseen la organización y el procedimiento de formación democrática de la voluntad, no sean lo suficientemente informativos a causa de su naturaleza procedimental y necesiten ser complementados por una teoría sustancial de los derechos.»

El problema de esa salvedad es, en primer término, que no hace justicia a los argumentos de Tribe y, además, que resulta incongruente con muchos aspectos de la propia concepción de Habermas.

Lo que Tribe afirma es que si el proceso democrático debe ser valorado ha de serlo por sus características intrínsecas: así, v.g., «ser oído es

parte de lo que significa ser una persona». Se da, en el caso del proceso, «una curiosa ironía»: quien cifra la constitucionalidad en la perfección del proceso parece incapaz de considerar el proceso en sí mismo como algo valioso, pues para ver el proceso como algo intrínsecamente valioso es preciso concebir la Constitución de modo inevitablemente sustantivo.

El entendimiento estrictamente procedimental de la Constitución resulta, por tanto, insostenible, pues los derechos fundamentales sustantivos son, a la vez, reglas del procedimiento democrático. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional español explícitamente en la STC 81/1998 de 2 de abril (*Tol 80937*).

«Afirmamos ya en la STC 25/1981, fundamentos jurídico 5º, que los derechos fundamentales ostentan un doble carácter. 'En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art.1.1)'

Pues bien, estas afirmaciones, que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales, tienen, respecto de los que hemos llamado sustantivos, una consecuencia específica. Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones.»

Sin embargo, Ely se empeña en un entendimiento procedimental de la Constitución refractario a englobar los derechos sustantivos que, en el caso norteamericano podemos describir como una opción por el *procedural Due Process* y un rechazo, por ilegítimo del *substantive Due Process*; y Habermas le sigue, sin

advertir que Ely, al equiparar la «era Lochner» (que M. Kriele calificó como «corrupción del Estado constitucional por el individualismo posesivo) con la doctrina sentada en la sentencia *Roe v. Wade*, que no hace sino reconocer a las mujeres un elemental y restringido derecho a decidir su propia maternidad, hace del *substantive Due Process* una noche donde todos los gatos son pardos.

De modo que, tanto en el caso alemán como en el americano, rechazan las concepciones materiales de la Constitución, pese a que se trata de concepciones tan distintas que pudieran calificarse de contrapuestas.

Concretando estas observaciones en el problema de la interrupción voluntaria del embarazo: en Alemania se trata de limitar los derechos de la mujer para proteger un bien jurídico (el feto o embrión) cuya relevancia constitucional se extrae de una (muy discutible) conversión del derecho a la vida de las personas en el valor «vida humana»; en EEUU, por el contrario, se trata de reconocer a las mujeres el derecho a decidir si van a ser o no madres como un correlato inexorable de su derecho a configurar la propia vida; en Alemania, el Tribunal Constitucional recorta un derecho fundamental en virtud de razones que tienen muy difícil engarce en una Constitución que afirma enfáticamente los derechos fundamentales del individuo; en EEUU la afirmación del derecho a la *privacy* y la atribución, sobre esa base, del derecho a decidir de la mujer en un plazo razonable encajan perfectamente con un entendimiento liberal de la Constitución americana que siempre ha sido su soporte.

Esa postura puede, hasta cierto punto, explicarse en el caso de Ely; pero, resulta incomprensible en el de Habermas, pues no repara en que se trata de concepciones materiales con fundamentos muy distintos. En efecto, mientras que en el caso alemán el Tribunal Constitucional Federal ha invocado una doctrina ajena a la Constitución, mediante la cual ha proyectado los valores subyacentes a los derechos fundamentales más allá de su ámbito, el Tribunal Supremo norteamericano ha intentado concretar el significado profundo de su

Constitución, aplicando la «Gran Enmienda XIV» según una interpretación no «originalista» pero perfectamente acorde con su significado literal y contextual.

El entendimiento sustantivo, no meramente procedimental, del *Due Process of Law* ha sido la palanca que ha permitido no sólo la nacionalización de las libertades civiles contenidas en el *Bill of Rights*, haciéndolas valer no sólo frente a la Federación, sino también frente a los estados miembros (como narra Wechsler en *The Nationalization of Civil Liberties and Civil Rights*); sino también acabar con muchos de los mecanismos de exclusión de las minorías raciales o de las mujeres. Richard C. Cortner ha descrito detalladamente esa historia que Fallon Jr. ha resumido diciendo que «la jurisprudencia de los derechos fundamentales de casos tales como *Roe vs Wade* representa sólo la punta del iceberg». A su juicio, lo que se ha logrado a través de una interpretación sustantiva de la Enmienda XIV es mucho más, a saber:

«En su forma más común, la doctrina del *Due Process* sustantivo refleja el principio simple pero de muy largo alcance, incorporado en la cláusula de Igual Protección: que el gobierno no puede ser arbitrario... Esa idea intuitiva no es misteriosa: los funcionarios del Gobierno deben actuar guiados por la razón pública más bien que por motivaciones interesadas y debe haber una «racional» o razonable relación entre medios y fines.»

Habermas, que dedica en *Facticidad y validez* un epígrafe a la «disolución del paradigma jurídico liberal» parte, a mi juicio erróneamente de que los derechos fundamentales de defensa frente al Estado (*Abwehrrechte*), desde una comprensión articulada en términos de teoría del discurso, tienen un carácter *derivado*. De ahí que, puesto que como principios precisan de una interpretación constructiva «abren la puerta» (al T.C.) para una creación del derecho de inspiración política que, en su opinión habría de quedar reservada al legislador.

Sin embargo, en el modelo de democracia deliberativa que Habermas propone, el procedimiento democrático no puede caracterizarse sólo por la regla de la mayoría, ni siquiera

por la de la unanimidad. Dado que ha de ser enjuiciado desde la que llama «situación ideal de habla» el contenido de los derechos fundamentales, sin los que no podría existir nada ni siquiera remotamente parecido a tal situación, no puede dejarse a un lado a la hora de enjuiciar ese procedimiento; porque es un presupuesto de su legitimidad, y, en las democracias con constituciones rígidas, el juicio acerca de los derechos fundamentales corresponde a la jurisdicción constitucional. Es difícil, en este ámbito, apreciar excesos; pero, sin excluir que pueda haberlos, las libertades democráticas de que gozan los ciudadanos de EEUU se deben, en buena parte, al Tribunal Supremo Federal. Creo que todo eso se ha omitido en el análisis de Habermas, que se ha extraviado tanto partiendo del primado sobre los derechos de un procedimiento democrático que no puede existir sin ellos como discutiendo opiniones de toda índole (pertinentes o impertinentes) y, con ello, ha *deslocalizado* (o dislocado) las razones al desatender las circunstancias concretas en las que se aducen. Apenas puede explicarse cómo el autor de *La inclusión del otro* ha podido poner en duda la legitimidad de esa jurisprudencia constitucional: el fulgor de la teoría le ha cegado.

## b) Del «caso especial» a la ponderación

Alexy ha defendido que el discurso jurídico es un «caso especial» del discurso práctico general sometido a las limitaciones procedentes de la necesaria institucionalización. Al respecto, afirma que «una institucionalización satisfactoria incluye —de acuerdo con los criterios de la teoría del discurso— los principios del estado constitucional democrático como, por ejemplo, los de la democracia, de separación de poderes y los del Estado de derecho. En consecuencia, el principio de autoridad del derecho positivo apoyado por dichos principios exige que se dé prioridad a las razones constitucionales sobre las sustanciales». Pero, señala a continuación que esa es solo una prioridad *prima facie ya que*, según Alexy, las razones

sustanciales pueden acabar prevaleciendo sobre las constitucionales.

Pese a la certera crítica de Habermas, que rechaza la idea de una subordinación genérica del derecho a la justicia (que, de todos modos, Alexy sólo entiende admisible en los casos extremos) creo que la idea del «caso especial» no puede rechazarse a la ligera (el propio Habermas admite que «resulta plausible desde puntos de vista heurísticos»). En efecto, si se reconoce que el moderno derecho constitucional positiviza expresamente la **relación gramatical** entre derecho y justicia, entonces parece inevitable que, si esa relación llega a romperse, los argumentos sustanciales prevalezcan sobre la forma jurídica que dejaría, en tal caso, de ser derecho. Los casos expuestos *supra* (III D) ponen de manifiesto como los argumentos sustanciales pueden prevalecer, no sobre los constitucionales, como dice Alexy, sino sobre una positividad formal que no merece el nombre de jurídica.

Sin embargo, a mi juicio, algunas tesis centrales de la *Teoría de los Derechos fundamentales* de Alexy representan un segundo caso de deslocalización. Alexy ha desarrollado su elaboradísima teoría a partir de algunos presupuestos muy discutibles.

En primer lugar ha definido las disposiciones de derechos fundamentales atribuyéndoles el doble carácter de reglas y de principios: «se obtienen normas de derecho fundamental con doble carácter si se construye la norma de derecho fundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación semejante de ambos niveles surge cuando en la fórmula de la norma de derecho fundamental se incluye una cláusula restrictiva que se refiere a principios y, por lo tanto, implica la ponderación». Pese a esta afirmación, el carácter de reglas de los derechos fundamentales resulta prácticamente ignorado. En el desarrollo de la teoría se caracteriza, sin más, a los derechos fundamentales como principios, caracterización que, dado su carácter abstracto, parece, siquiera sea a primera vista, convenir quizás al derecho general de libertad y el derecho general de igualdad; pero, que encaja mal

con otros derechos sustantivos, desarrollados de modo bastante minucioso por una tradición aplicativa que, inspirada en gran medida por la jurisprudencia americana, ha llegado a configurarlos como reglas. A lo que debe añadirse que incluso derechos que son generalmente reconocidos como principios comportan reglas: tal es el caso de principio de legalidad penal, cuyo contenido, a más de mandato de taxatividad, contiene v.g., la prohibición de retroactividad que funciona como una regla.

A esa primera operación, la de olvidar el carácter de reglas de muchos derechos fundamentales y concebirlos como principios, se suma otra: la de concebir esos principios como mandatos de optimización. No voy a insistir en el rechazo de la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, que ha sido objeto de muchas críticas. Habermas lo rechaza en los siguientes términos:

«Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de ese mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una realización de valores, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto», esto es, operando con argumentos y decisiones *ad hoc*.

A juicio de Habermas el problema principal reside en la que C. Schmitt llamaba «tiranía de los valores» que se produce cuando los principios se asimilan indebidamente a valores.

«Los principios o normas de orden superior —dice— a cuya luz pueden justificarse otras normas tienen un sentido *deontológico*, los valores, en cambio, un sentido *teleológico*». A lo que, inmediatamente, añade:

«Las normas y valores se distinguen, pues, primero, por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción «deontológica», es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica; segundo, por la codificación, bien binaria, bien gra-

dual, de su pretensión de validez, tercero, por su tipo de carácter vinculante, absoluto en caso de las normas, y relativo en el caso de los valores; y cuarto, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas y los valores se distinguen en estas propiedades lógicas, de ello se siguen también importantes diferencias para su aplicación». (F.y V. págs 328-329)

De ahí que la identificación de los derechos fundamentales con principios o con valores, por mucho que contengan indudables referencias valorativas, es absolutamente inaceptable.

Por otra parte, un mandato de optimización ha de referirse a un contenido previo y, si eso es así, mal puede configurarse el principio general de igualdad como un mandato de optimización. Pues si lo que se optimizase fuese la igualdad se desfiguraría el contenido del principio, del que sólo se desprende que hay que justificar las diferencias (y no el mandato de optimizar la igualdad); pero, si lo que hubiera de optimizarse fuese la justificación de las diferencias, el principio general de igualdad no manda optimizarla, sino que la prescribe incondicionalmente en todo caso. Algo parecido sucede con la llamada libertad general de acción. No es un mandato de optimización de «la libertad» —hay libertades, como ya la comentada de portar armas, que deberían minimizarse—; si no que, como vimos que la perfilaba Rawls, consiste en una presunción general contraria a la restricciones de la conducta, que precisan para ser legítimas de una justificación suficiente.

A tenor de lo dicho, menos aún cabe entender como mandato de optimización los derechos específicos pues, incluso en tanto estén expresados como *principios*, al aplicarse en cada caso obligan incondicionalmente: son, como dijera Dworkin, triunfos frente a las consideraciones utilitarias.

Pero lo cierto es que, a partir de la caracterización de los principios como valores y de estos como mandato de optimización, la función que Alexy otorga al principio de proporcionalidad resulta, a su vez, desproporcionada. Pues en su *Teoría* este principio, que rige la limitación de los derechos fundamentales, se

convierte en juez último de su contenido. En efecto, al negar sustantividad a la garantía del contenido esencial y dejarla reducida a un momento del principio de proporcionalidad niega a todos y cada uno de los derechos fundamentales incluso un contenido mínimo inmune a dicho principio. Desde esa concepción, la fundamentalidad del contenido semántico de los derechos fundamentales desaparece, pues se les puede sacrificar hasta donde resulte proporcionado, aunque el derecho desaparezca. Alexy trata de mitigar esa consecuencia, recurriendo a la idea de que cuanto más se desplace a un principio, más resistente se vuelve, de la que se sigue que «existen condiciones en las cuales puede decirse, con muy alta seguridad, que no tiene precedencia ningún principio contrapuesto». A lo que añade que «la convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas... puede considerarse autovinculante para un individuo... pero no puede ser válida desde el punto de vista del derecho constitucional».

Sin embargo, no es eso lo que la Constitución dice. La garantía del contenido esencial no puede perder su sentido semántico y resultar eliminada mediante la que acaba siendo una *interpretatio abrogans* inadmisibles, pues la rotundidad del texto de la Constitución alemana lo impide. En efecto, el artículo 19.II afirma que el contenido esencial del derecho fundamental no puede ser violado **en ningún caso**; y la interpretación constitucional, por laxa que pueda ser, no puede llegar a superponerse al dictado explícito e inequívoco del texto. De modo que, que la multitud de teorías (absolutas, relativas o mixtas) que se profesan en la doctrina constitucional alemana han de respetar ese límite infranqueable a cualquier clase de proporcionalidad, con independencia de que puedan configurarlo de distintos modos.

En derecho español, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número 8 de la sentencia 11/1981, de 8 de abril (*Tol 109335*) ha caracterizado el contenido esen-

cial en términos semánticos, sin alusión a proporcionalidad alguna.

«Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de

modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 17/77 permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer.»

A mayor abundamiento, aunque Alexy rechaza la idea de un orden jerárquico de valores en sentido fuerte, sí admite la operatividad de posibles órdenes *débiles*, establecidos mediante preferencias *prima facie* o mediante una red de decisiones concretas de preferencias; pero, si se trata de dos derechos fundamentales, al otorgarles el mismo rango, la Constitución no ha efectuado preferencia alguna (incluso en la Constitución norteamericana, pese a la declaración especialmente «fuerte» que se contiene en la Primera Enmienda, no existe, según el Tribunal Supremo Federal, precedencia alguna entre los derechos del *Bill of Rights*). Con ello, según las propias palabras de Alexy, «sólo se desplazaría el problema a asuntos insolubles relativos a la metrificación de las intensidades de realización».

El eje de la teoría llega, así, a descansar en la ponderación. Algunos autores hablan de ponderación como ponderación de razones a la hora de resolver los conflictos. Así parece hacerlo Ruiz Manero; y, aunque podría objetarse que los valores, derechos, etc, «son», también razones ha de distinguirse entre su consideración intrínseca y la de las razones que de ellos se desprende en un caso particular. Así entendida, la ponderación significa, según el diccionario de uso de María Moliner «la consideración imparcial de los diversos aspectos del caso». Tomando el ejemplo que Ruiz Manero propone, el conflicto entre la libertad de información y el carácter íntimo del tratamiento psiquiátrico del presidente del gobierno, no se resuelve pesando o midiendo cuál de los dos

derechos tiene mayor entidad en el supuesto concreto, sino evaluando, según el sentido general de la Constitución, qué razones resultan operativas para que se resuelva en favor de la aplicación de uno o de otro; y cabe argumentar al respecto que la enfermedad del presidente del gobierno, que puede incapacitarle para ejercer su función, pierde el carácter íntimo para adquirir uno público, pérdida que implícitamente ha aceptado el titular en el momento de la asunción del cargo. En términos parecidos se expresa el Tribunal Constitucional español en la STC 5/1981 de 22 de febrero (*Tol 109400*) al analizar el posible conflicto entre la libertad de cátedra y la ideología del centro educativo. En consecuencia, nada tengo que oponer a la ponderación como ponderación de razones, aunque, como Ferrajoli, preferiría llamarla interpretación sistemática; y lo preferiría tanto para evitar confusiones, como para eludir el inevitable sentido cuantitativo que se asocia a la ponderación y respetar el calificativo de intérprete supremo con que su Ley Orgánica caracteriza al Tribunal Constitucional.

En cambio Alexy, al invocar la ponderación, se refiere a la *Güterabwägung* o al *balancing approach* tal como vienen estructurados en el último test del principio de proporcionalidad, esto es, a la hora de aplicar la «proporcionalidad en sentido estricto», que implica «pesar» bienes, valores, principios o derechos intrínsecamente considerados, no a «ponderar» las razones que de ellos deriven. «Ponderar» es un término polisémico y, en el caso de Alexy, significa pesar o medir bienes o valores. En efecto, la *ley de la ponderación* se expresa en los siguientes términos:

«Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.»

Esa ley, pese a las curvas y ejemplos numéricos con que trata de ilustrarla Alexy, acaba diciendo, realmente, muy poco. Los peligros del recurso genérico a la ponderación han sido denunciados muchas veces y el propio Alexy deja constancia de ello; pero, lo que cabe reprocharle no es solamente que los pasos que

conducen a ella sean más que discutibles, ni siquiera que resulte «políticamente peligrosa»; sino que sólo puede proporcionar resultados útiles en supuestos limitados, a los que implícitamente remite el propio principio de proporcionalidad. En efecto, de ser el último momento de ese principio, que sólo entra en juego cuando se han superado los *test* de necesidad y adecuación, la ponderación pasa subrepticamente a ocupar un lugar central que no le corresponde.

Alexy no explica bien por qué la ponderación, de último estadio del principio de proporcionalidad, pasa a ser su principal contenido. Tal vez la idea de proporcionalidad ha podido confundir a Alexy. En realidad el principio debiera mencionarse por su otro apellido, es decir, no como de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) sino como de prohibición de exceso (*Übermassverbot*). Pues la proporcionalidad parece operar en ambos sentidos (sobre el derecho y sobre su límite) como a veces, indebidamente entiende el Tribunal Constitucional y, entonces, comporta la ponderación; mientras que la prohibición de exceso deja claro que solo opera sobre los límites y no tiene la virtualidad de determinar el contenido del derecho.

A estos efectos, resulta esclarecedora la jurisprudencia del T.E.D.H., que analiza los conflictos examinando si los límites de los derechos son «necesarios en una sociedad democrática», como expone M.L. Cuerda en este mismo número de la Revista.

Por todas las consideraciones anteriores la *Teoría* de Alexy, al diluir el componente semántico e interpretativo de los derechos fundamentales en el principio de proporcionalidad y convertir a dicho principio en árbitro supremo del contenido de los derechos no puede justificarse desde la perspectiva de un entendimiento adecuado de la Constitución, a más de que corre el peligro de disolverlos. Pues, desde su *Teoría*, la utilidad acaba prevaleciendo sobre los principios y, de ese modo, se desplaza de Kant y Rawls a Bentham.

Con eso quiero terminar ahora. Las grandes teorías son peligrosas y los derechos fundamentales pueden vivir perfectamente sin ellas, como muestra el caso norteamericano. Como no pueden subsistir es sin que todos, juristas o filósofos, más allá de nuestros aciertos o errores intentemos defenderlos sin desmayo. En ese sentido, creo que ni a Ferrajoli, ni a Habermas, ni a Alexy puede hacerseles reproche alguno.

## 6. EPÍLOGO

Quisiera concluir con un relato kelseniano. Al final de su autobiografía cuenta Kelsen que en 1942, cuando fue invitado como profesor visitante por un año a Berkeley, enseñó desde entonces Derecho internacional, jurisprudencia y origen de las instituciones legales en el departamento de ciencia política. A lo que añade la siguientes reflexiones:

«Sin duda hubiera sido mucho más adecuada para una facultad jurídica mi Teoría pura del derecho, pero las escuelas de derecho norteamericanas no tienen un especial interés en una teoría científica de derecho. Ellas son *training schools* —escuelas para oficio jurídico— y su función es la preparación para el oficio práctico de un abogado. Se enseña casi exclusivamente derecho norteamericano de acuerdo con el *case method*. Dado que los tribunales estadounidenses fundan en el esencial sus decisiones en precedentes es comprensible que las escuelas de derecho consideren como el objeto de su enseñanza acostumar a sus estudiantes al mayor número posible de casos. Seguramente, un estudiante de derecho norteamericano está mucho mejor preparado para su oficio como abogado que un jurista austriaco o alemán después de terminar sus estudios de derecho. Es probable que el derecho como objeto de conocimiento científico, corresponda realmente más a una facultad de filosofía, de historia, o de ciencias sociales.»

Francamente, yo no sabría donde ubicar una Teoría del Derecho que pretende ser ciencia (que pretende explicar el derecho sin apenas comprenderlo en sus diversas manifestaciones singulares) y que, o rompe sus ataduras con la justicia o, si conserva ese lazo, intenta disolverlo en algún genérico paradigma ideal

o en alguna clase de modelo mensurable con una exactitud, es decir, a un ideal numérico, dejando de lado la aplicación concreta de las razones singulares que hacen de la razón jurídica un caso especial de aplicación de la llamada razón práctica.

Aunque me he apoyado constantemente en el pensamiento de Wittgenstein, y he dedicado buena parte de mi obra a criticar desde la metadogmática los sinsentidos en que a veces incurre la dogmática penal, no comparto la identificación de la filosofía con la terapia, por muy importante que sea ese aspecto terapéutico. En efecto, Habermas señaló que en la actualidad, el papel de *acomodadora* (*Platzanweiser*) que había desempeñado la filosofía, señalando a cada rama del conocimiento su lugar, le ha sucedido otro más modesto, como *vigilante* (*Platzhalter*) e *intérprete*.

Sin embargo, no parece limitarse él mismo a esas funciones cuando, un poco más tarde, no sin cierta altanería, espete a la investigación de Toulmin, en *El puesto de la razón en la ética*, que «es una muestra de cómo es posible plantear en filosofía las preguntas adecuadas sin hallar las respuestas adecuadas».

Con eso parece indicar que no ha asimilado la lección de Toulmin, que consiste en aceptar que, para las grandes preguntas, puesto que no hay la Razón, sino solo razones, no puede haber tampoco la respuesta correcta, sino respuestas mejor o peor fundadas sin que a ninguna quepa otorgarle «el poder coactivo de un juez absoluto».

En consecuencia todo lo que cabe hacer es escudriñar los diversos «usos del argumento» en cada uno de los campos en que creemos poder esgrimir «buenas razones»: en las ciencias, en las humanidades, en la moral o en el derecho.

Las palabras de Kant, que se transcriben a continuación, reflejan el papel que asignaba a la filosofía en el ámbito del Derecho:

«El concepto de un derecho externo en general procede totalmente del concepto de libertad en la relación externa de los hombres entre sí; y no tiene nada que ver con el fin que todos los hombres tienen de manera natural (la intención de alcanzar

felicidad), ni con la prescripción de los medios para lograrlo; de modo que por esa razón ese fin no tiene en absoluto que mezclarse con aquella ley, como fundamento de determinación de ésta. El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de que esta libertad concuerde con la libertad de todos, en tanto esa concordancia es posible según una ley universal»

Ese papel ya no le corresponde porque, como Sergio Sevilla ha puesto de manifiesto, ni la libertad se deja pensar ni, por lo tanto, el derecho como totalidad tampoco. Por lo tanto la Teoría con mayúscula ha de dejar paso a la

biografía de las distintas formas de argumentar y, en su caso, teorías particulares relativas a instituciones particulares, es decir, a teorías con minúscula, modestas y eficientes, como ha destacado Toulmin en su «regreso a la razón»; y a la filosofía queda librada, junto a la vigilancia de la racionalidad de esas historias y teorías, la tarea de ofrecer interpretaciones de todo lo que nos importa en el problemático mundo en que vivimos, que nos permita orientarnos en él, no lo que no es, ni mucho menos, tan sencillo como Kant creía.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

Las presentes indicaciones bibliográficas no contienen, ni con mucho, toda la bibliografía referente a los temas tratados, ni siquiera toda la bibliografía utilizada. Se limitan a recoger, de entre los libros y artículos consultados, aquellos que, se estima, pueden ser más útiles para el lector. A veces, se acompañan de pequeñas acotaciones al texto con la misma finalidad de facilitar la comprensión de lo que en él se dice.

### Ad I

Los párrafos de Ferrajoli relativos a la prisión provisional proceden de *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, págs. 556-559.

La cita relativa a las exigencias de taxatividad procede de *Derecho y Razón*, pág. 121.

Una crítica de la peligrosidad y de las medidas de seguridad se contenía en mi primer trabajo, *Métodos de determinación de la peligrosidad* publicado en 1974 y reproducido en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 17 y siguientes. Particular relevancia al respecto tienen, a fecha de hoy, los trabajos de B.E. Harcourt, *Against Prediction*, Univ. of Chicago Press, 2007 y *Punitive Preventive Justice: A critique*, The Law School, The University of Chicago, 2012.

### Ad II-A

Las citas en las que se expresa la concepción de la verdad de Ferrajoli proceden de *Derecho y Razón*, págs. 48-49 y 66-67.

La cita de Quine, W.V, procede de *La búsqueda de la verdad* Barcelona, 1992, págs. 125-126.

Para los problemas de la aplicación de la concepción de Tarski al lenguaje ordinario, vid Padilla Gálvez J., *Verdad y demostración*, Plaza y Valdés, Madrid-México, 2007, págs. 73 y siguientes.

Para la cita de Beling, E. vid. *El rector de los tipos de delito*, Madrid, 1936, pág. 20.

Resulta llamativo que, al tratar de la verdad procesal en un libro dedicado al garantismo penal, no se haga referencia a la idea de «más allá de toda duda razonable», que constituye el canon de certeza exigido por la presunción de inocencia.

### Ad II-B

La cita de Tarski A. procede de *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica Nueva Visión*, Buenos Aires, 1972, página 12.

La cita de Quine procede de *La búsqueda* cit. pág. 125.

Las cuatro primeras citas de Popper proceden de su libro *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y refutaciones*, Ed. Paidós Buenos Aires, 1967, págs. 260-262.

La última cita de Popper procede de *Realismo y el objetivo de la ciencia*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 193.

Sobre el incidente del atizador han corrido ríos de tinta. Basta (y sobra) consultar la obra de Edmonds y Eidinow *El atizador de Wittgenstein*, Península, Barcelona, 2001.

La cita de Putnam procede de *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 59.

La concepción del realismo como imagen (picture) procede de *Realism with a Human Face*, Harvard University press, Massachusetts, USA, 1990.

Las citas de Tarski proceden de *La concepción...* cit. págs. 16 y 55.

La cita de Ramsey de la obra citada en el texto páginas 38, a 39.

Las citas de Ferrajoli corresponden a los *Principia iuris I. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011, pág. 10; nota 15, pág. 68.

Para la cita de Quine ver *La búsqueda...* cit. págs. 122-123.

La cita de Habermas puede leerse en *Verdad y justificación*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 179; la de Brandom en Brandom, R.B. *Making it explicit*, Harvard University press, Cambridge 1998, pág. 625.

Una exposición más completa de las ideas de Wright puede verse en su obra *Wittgenstein on the foundations of mathematics*, especialmente en el capítulo 15, *The Idea of a 'Theory of Meaning'* (G. Duckworth, Londres, 1980).

Las citas de Austin proceden de su ensayo *Verdad*, en *Ensayos filosóficos*, Alianza Universidad, Madrid, 1970, págs. 119 y siguientes.

Para las citas de Strawson y Monk, vid. Strawson P., *Ensayos lógico-lingüísticos*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 216 y Monk R., *Ludwig Wittgenstein*, Anagrama, Barcelona, pág. 301.

Las citas de Wittgenstein corresponden a las *Investigaciones Filosóficas* (IF, Barcelona, Crítica, 1988) y *Sobre la certeza* (SC, Barcelona, Gedisa, 1988). La de Dewey a su «*Teoría de la valoración. Un debate con el positivismo sobre la dicotomía de hechos y valores*», Biblioteca nueva, Madrid, 2008; la de Toulmin a su obra *El puesto de la razón en la ética* Revista de Occidente, Madrid, 1964y la de Putnam, su obra *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Paidós, Barcelona, 2004.

#### Ad. III B

Sobre la polémica entre Hart y Lord Devlin vid sus respectivos artículos R.M Dworkin ed., *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

La cita de Wieacker procede de *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, epígrafe 28: «La degeneración del positivismo legal».

Mi artículo «Dos problemas del positivismo jurídico» puede consultarse en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995.

La cita de McCormick corresponde a *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 2003, apéndice, págs. 272 y siguientes.

#### Ad. III C

La obra de Ferrajoli tiene como primer título *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

La discusión con Alfonso García Figueroa puede verse en *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, págs. 27-30 y el trabajo de aquel en *Los Fundamentos de los Derechos fundamentales*, Madrid, 2001, págs. 280-281.

Para la postura de Alexy, vid su obra *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997. La cita de M Jimenez puede consultarse en el *Estudio preliminar* a mis *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 2011.

#### Ad III D

Para la cita de Hart *The Concept of Law*, 3ª edición, Oxford University Press, 2012, pág. 268.

La cita de Wittgenstein procede de *Los cuadernos azul y marrón*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 48-49. La de Kripke de *El nombrar y la necesidad*, UNAM, México, 1985.

Para la nueva cita de Hart vid. *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, Buenos Aires, 1980.

#### Ad IV A y B

Las citas de Ferrajoli proceden de *Principia iuris*, cit. Vol I, págs. 10-11; págs. I y 8. Para la primera cita de la *Conversación* con Juan Ruíz Manero vid. las págs. 96 y 97 y cfr. con su artículo en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007, pág. 19.

Las citas relativas a la conversación con Juan Ruiz Manero se encuentran en *Dos modelos de Constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2012, normalmente sin indicación de página.

La cita de Rawls procede de *Sobre las libertades*, Paidós, Buenos Aires, páginas 32-33; la referencia a Dworkin apunta principalmente a *La democracia posible*, Paidós, Buenos Aires, páginas 15 y siguientes y 41 y siguientes.

Sobre el significado de la Segunda Enmienda basta consultar *The Oxford Companion to the Supreme Court of the U.S.*, Nueva York-Oxford, O.U.P., 1992, voz *Second Amendment*.

A las expuestas en el texto cabría añadir otra objeción. Ruíz Manero menciona en su *Conversación* con Ferrajoli (págs. 102 y 103), la existencia de algunos bienes respecto de los cuales pese a su cualidad intrínseca de poder ser distribuidos individualizadamente, son objeto de una directriz constitucional (un mandato de optimización) y no de un derecho o principio que imponga al Estado la obligación correlativa frente a todos y cada uno de los individuos; y ello pese a que se hable, *verbi gratia*, del derecho de todos al trabajo, pues no conocemos ningún programa económico que pueda garantizar el pleno empleo.

Ferrajoli, de acuerdo con su definición puramente formal de los derechos fundamentales, no puede dejar de reconocer como tal el derecho al trabajo puesto que se predica de «todos». Así las cosas, en su Teoría, le falta una garantía individualizada que comporta una laguna deóntica que debe colmarse. Sin embargo, si «debe» implica «puede», esa conclusión es insostenible.

#### Ad IV C

*El Manifiesto del Circulo de Viena* puede consultarse en abierto en la red. Sobre la evolución del positivismo lógico vid Reisch G.A. *Cómo la guerra fría transformó la filosofía de la ciencia. Hacia las heladas laderas de la lógica*, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina, 2009.

A las citas de las *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein sigue otra del *Cuaderno Azul* (cit. pág. 47).

Para mi trabajo «*Dos problemas del positivismo jurídico*» al que corresponde el párrafo citado en el texto, vid. ahora *La libertad como pretexto*, cit.

Vid Andrés Ibáñez, P. G. *Una teoría crítica de la jurisdicción, en Garantismo*, Carbonell y Salazar, ed. Trotta, Madrid, 2009 pág. 73

#### Ad V A

La cita de Habermas procede de *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990, pág. 180. Habermas utiliza en otras ocasiones ese concepto de *razón situada* que debería conducir a lo que Muguerza ha calificado de «razón con minúscula» y Vattimo de «pensamiento débil»; pero no parece que lo haga pues Habermas critica a Toulmin, diciendo que su obra *El puesto de la razón en la ética* «es una muestra de cómo es posible plantear las preguntas adecuadas sin hallar las respuestas adecuadas», sin advertir que, al formular en esa obra la *good reasons theory*, Toulmin dice casi todo lo que se puede decir con fundamento.

Para la cita de García Amado vid. *Razonamiento jurídico y argumentación*, Eolos, 2013, pág. 173.

El párrafo transcrito se encuentra en *Wittgenstein*, cit. pág. 451.

En la exposición del argumento de Kant contra el idealismo de Descartes sigo la descripción de Maréchal, J., en, *El punto de partida de la Metafísica*, III, Gredos, Madrid, 1958, págs. 232 y ss.

Sobre la indudable relevancia de Descartes y Pascal, vid. Williams, B., *El proyecto de investigación pura*, Cátedra, Madrid, 1996. Cassirer, E. *El problema del conocimiento*, I, Fondo de cultura económica, Méjico, págs. 447 a 517 (Descartes) y 518 a 535 (Pascal); Pascal, B., *Las cartas provinciales*, Ediciones Ibérico-Clásicos Bergua, Madrid, 2011. Jonsen y Toulmin, *The abuse of casuistry: a history of moral reasoning*, University of California Press, 1988.

Las citas de Wittgenstein proceden de *Observaciones* (Vermischte Bemerkungen) Siglo XXI, Méjico, 1989, pág. 36; I.F. nº. 109, *in fine*. Cfr. esta última con *Cuaderno Azul*, cit. pág. 58: «la filosofía tal como usamos nosotros la palabra es una lucha contra la fascinación que ejercen sobre nosotros las formas de expresión.»

#### Ad V B

La cita de mi trabajo «Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional», puede encontrarse hoy en *La libertad*, cit.

Las citas de Habermas proceden de *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, págs. 327 y ss.

Sobre la opinión de L. Tribe, vid. *The Pointless Flight from substance*, en Harvard University Press, Cambridge, págs. 9 y ss.

Adopté la perspectiva, acogida en la STC 81/1998 (*Tol 80937*) que entiende los derechos fundamentales como reglas del procedimiento democrático en *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 33; perspectiva que también asume, aunque en términos idénticos, Goerlich, H. *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Nomos, Baden-Baden, 1981.

El trabajo de Fallon, Jr., *Of speakable Ethics and Constitutional law: a review Essay*, Chicago, 56 University of Chicago Law Review, 1562.

Las citas de Alexy, R., proceden de *La argumentación judicial como discurso racional* en CGPJ, Madrid, 1995 y de su *Teoría de los Derechos fundamentales*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2012, págs. 114 y ss.

La cita de Habermas procede *Facticidad y Validez*, cit. págs. 328-329. La de Dworkin, de *A matter of principle*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 370.

Sobre las diversas concepciones del contenido esencial en la dogmática constitucional alemana vid. las que se exponen por Maunz y Schöle en Maunz-Dürig *Grund Gesetz Kommentar, artículo 19 II, Becksche*, Munich, 1981. Señala Maunz que la ponderación abriría de par en par las puertas del derecho; vid. también Häberle, P., *Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs.2 GG*, 3ª ed., 1983. En castellano se ha publicado un trabajo suyo, traducido del texto italiano de 1993: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Fondo editorial de la Universidad pontificia de Lima, 1997, cuyo último epígrafe trata del contenido esencial.

Respecto a la ponderación cambié impresiones con Ruíz Manero y no llegué a hacerlo con M. Atienza pues, pese a su ofrecimiento en tal sentido, no hubo ocasión de llevarlo a cabo. De modo que, aunque en algún momento habla de

«ponderación o interpretación», sus objeciones *parecen* indicar un disenso no meramente verbal que, hasta no tener perfectamente esclarecido en qué consiste, prefiero no analizar todavía.

Vid. Alexy, R., *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* en *El canon neoconstitucional*, UNAM-Trotta, 2010, págs. 106 y ss.

Ad VI

Las citas de Habermas proceden del primer epígrafe de *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Península, Barcelona, 1985.

La cita de Kant de *Teoría y Praxis* (Über den Gemeinspruch...), pág. 40.

La referencia a Sergio Sevilla puede hallarse en las primeras páginas de su obra *Crítica, Historia, Política*, Cátedra, 2000. Toulmin subraya que el derrumbe del «fundacionalismo» ha destruido los sueños de una teoría integral (*Regreso a la razón*, Península, 2003, pág. 203).

**Fecha recepción: 25/03/2013**

**Fecha aceptación: 30/04/2013**