

SOBRE EL PAPEL DE LA CIENCIA JURÍDICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

(Notas al comentario de Antonio Peña Freire)¹

Santiago SASTRE ARIZA

Universidad de Castilla-La Mancha (España).

En el último número de esta revista, el profesor Antonio Peña Freire publicó un comentario crítico sobre mi libro *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*². Por eso quiero agradecer a su autor el riguroso análisis de las tesis que defendí en el citado libro y las inteligentes sugerencias que me apunta. Este texto no debe ser interpretado como una respuesta, ya que no existe ninguna discrepancia con las principales conclusiones, sino como una posibilidad de reflexionar y de aclarar algunas ideas al hilo del comentario de Antonio Peña. El debate de fondo no es otro que el de la necesidad de compatibilizar la teoría jurídica positivista, y el modelo de ciencia jurídica que de ella se desprende, con la nueva realidad que representa el Estado constitucional de Derecho. Voy a referirme brevemente a cuatro aspectos que guardan una importante relación con este tema. El primer apartado se dedica a destacar la conexión existente entre el modelo de ciencia jurídica y el modelo epistemológico que se mantiene. El segundo pone de relieve la relevancia de la noción de aceptación que define el punto de vista interno. El tercero insiste en la necesidad de definir lo que es el positivismo jurídico para evitar equívocos. Y finalmente, en el cuarto, se concreta la propuesta de un punto de vista funcional que se sitúa a medio camino entre el punto de vista interno y el punto de vista externo.

I. No cabe duda que, desde un punto de vista histórico, el modelo de ciencia jurídica que se propone normalmente suele ser un reflejo o una traslación del paradigma de ciencia dominante. Como es sabido, en la cultura jurídica del iusnaturalismo racionalista la necesidad de cumplir con ese paradigma trajo consigo, según la conocida expresión de Bobbio, una duplicación en el seno de la ciencia jurídica³. Por un lado, nos encontramos ante una jurisprudencia que se ajusta al canon que define lo científico al ocuparse del Derecho natural pero que no tiene nada que ver con lo que hacen los juristas en realidad, y, por otro lado, se

1. A. PEÑA FREIRE, "La ciencia jurídica en el torbellino constitucional: comentario crítico a *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 34, 2000, pp. 437-445.

2. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

3. N. BOBBIO, "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje" en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. A. RUIZ MIGUEL, Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 177.

desarrolla una jurisprudencia real que no es considerada una actividad científica. Pues bien, en la actualidad no parece que resulte muy preocupante el debate acerca de si la ciencia jurídica es o no una verdadera ciencia⁴. Ahora se podría afirmar que ha cobrado importancia esa “jurisprudencia real”, y por ello pasa a un primer plano la necesidad de que las teorías sirvan para reconstruir el modo de actuación y el aparato conceptual que emplean los juristas.

El hecho de que se haya dejado a un margen el problema de la naturaleza científica de la dogmática no debe suponer, en mi opinión, un desplazamiento o un descuido de las aportaciones de la epistemología. Precisamente, si una de las tesis fundamentales del positivismo es la tesis de las fuentes sociales del Derecho⁵, el conocimiento de esa práctica convergente de actitudes y comportamientos en que consiste el Derecho requiere una teoría epistémica. La metodología no puede limitarse a (o exige “algo más” que) distinguir nítidamente entre lo que el Derecho es y lo que el Derecho debe ser. Ciertamente, las dudas que suscita la tesis convencionalista en relación con el problema del seguimiento de reglas —debido a la dificultad para establecer algún criterio que permita discernir lo correcto y lo erróneo en el ámbito de los acuerdos o las convenciones⁶— y la problemática que provoca la inclusión de pautas de contenido moral en los requisitos de pertenencia al sistema jurídico —como lo ha puesto de relieve la corriente del *Inclusive Legal Positivism*⁷— han demostrado que la tarea de especificar lo que el Derecho dice puede ser controvertida.

Resulta curioso advertir que gran parte de la teoría jurídica lleva a cabo el análisis del Derecho desde presupuestos metodológicos que en la epistemología reciente pocos defienden⁸. Esos presupuestos tienen su fundamento en la denominada epistemología de la descripción, que, esquemáticamente, sostiene que el conocimiento se limita a dar cuenta de lo existente sin ningún tipo de intervención ni condicionamiento. Esta tesis epistémica concibe la verdad, tanto en el ámbito fáctico como en el ámbito semántico, como la correspondencia con un estado de cosas o con hechos que son independientes de nuestro conocimiento. Quizá por lo que podríamos denominar, parafraseando a Nino, una especie de “imperialismo de la jurisprudencia real”, parece que todo aquello que no se ajuste a ese paradigma de

4. Como afirma CALSAMIGLIA, “nuestro conocimiento sobre el derecho no aumenta por el hecho de que califiquemos la dogmática como ciencia”, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 47.

5. Vid. J. RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (1979), trad. R. TAMAYO, UNAM, México, 1982, p. 56.

6. Sobre esta cuestión vid. M. IGLESIAS, “Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas”, P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 131-147.

7. Vid. W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994. J. Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, vol. 4, 1998, pp. 381-425.

8. Sobre esto ha llamado la atención V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999.

realismo fiscalista supone caer en un peligroso relativismo en el que todo vale. Insistir en que el conocimiento jurídico no se ajusta a ese modelo descriptivo no significa hacer una *excesiva concesión* a una jurisprudencia científica que no tiene nada que ver con la realidad. Al contrario, se trata de tener en cuenta los instrumentos que nos proporciona la epistemología reciente para profundizar en lo que *realmente* supone conocer ese fenómeno artificial que es el Derecho.

Aun cuando no puedo desarrollarlo en esta sede, personalmente me inclino por el modelo cognoscitivo que se deriva de un constructivismo moderado, que se sitúa a medio camino entre el realismo y el relativismo. Con los presupuestos de esta perspectiva sería posible acudir al criterio de la correspondencia (que parece presentarse como una especie de “contenido esencial” de una jurisprudencia real) aunque la referencia empírica que hace que una proposición sea verdadera no es una realidad que se autodefine, sino que habría que acudir a otro parámetro como la coherencia.

II. No cabe duda de que una de las principales aportaciones de la teoría de Hart es resaltar la importancia de la práctica social (sobre todo de la práctica convergente de los órganos de aplicación jurídica) en el Derecho. Para explicar la dimensión normativa del Derecho es insuficiente acudir a un sentimiento de obligatoriedad (como hizo Ross) o a un hábito de obediencia (como era el caso de Austin). Hart considera que para descubrir la existencia de normas jurídicas hay que tener en cuenta las reacciones y los comportamientos de aquellos que las toman como pautas para actuar. Este aspecto externo simplemente refleja que en el aspecto interno se ha producido la aceptación de alguna norma.

La aceptación, que es el criterio que define el punto de vista interno, puede estar motivada no sólo por razones morales sino también por otro tipo de razones (como las prudenciales). Esta es la interpretación que parece proponer Hart⁹. En mi libro me decanté por una interpretación más restringida de la aceptación, limitándola a las razones morales. En apoyo de esta tesis me parecen relevantes los dos siguientes argumentos: 1) El aceptante obedece la norma y además critica a aquellos que no lo hacen, utilizando por tanto un lenguaje normativo, de modo que este comportamiento parece indicar que asume dicha pauta por razones morales. 2) Si queremos distinguir la figura del aceptante frente al obediente o al simulador (que se comporta como si fuera un aceptante) hay que acudir a las razones que motivan el comportamiento, delimitando la motivación del aceptante a las razones morales. Por otro lado, creo que si queremos diferenciar entre aquel que se *siente* obligado (observador) y aquel que *tiene* una obligación (aceptante) tenemos que hacerlo diciendo que el primero actúa motivado por razones de conveniencia o prudenciales mientras que el segundo lo hace por razones morales.

9. H. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, sec. ed. 1998, p. 203.

Me parece que la defensa de una noción restringida de aceptación (por tanto, de carácter moral) no dice nada en contra del positivismo jurídico¹⁰. Ello es así por la sencilla razón de que para aceptar es preciso identificar previamente el Derecho, y aquí no se está ofreciendo una definición de Derecho. Por eso es perfectamente compatible esta noción de aceptación con la tesis social que defiende el positivismo jurídico.

III. Tiene razón Antonio Peña cuando insiste en que a la hora de abordar las relaciones entre el constitucionalismo y el positivismo jurídico resulta esencial definir ambos componentes del binomio. El profesor de Granada me sugiere la conveniencia de abordar el constitucionalismo, siguiendo la célebre clasificación bobbiana, desde un punto de vista teórico, ético y metodológico¹¹. En su opinión, estos tres sentidos posibles de constitucionalismo aparecen mezclados en mi análisis y no queda clara mi postura acerca del modelo de ciencia jurídica que defiende. Seguramente no me expresé con la debida claridad y por eso lo que sostuve puede ser objeto de diversas interpretaciones. Por eso en lo que sigue voy a tratar de aclarar brevemente esta cuestión.

Parece una tesis pacífica afirmar que el Estado constitucional de Derecho (o lo que yo llamo neoconstitucionalismo en contraposición al modelo constitucional propio del Estado liberal) ha introducido notables innovaciones en lo que se refiere a la manera de concebir el Derecho. Estos cambios afectan básicamente a la estructura de la norma (debido a la inclusión constitucional de los principios, derechos y valores), a la teoría de las fuentes (una vez que la Constitución opera verdaderamente como una norma jurídica y se instituye un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias) y a la teoría de la aplicación jurídica (ya que el método de la subsunción no dice mucho acerca de cómo deben ser aplicadas las normas constitucionales). Estos cambios ponen de relieve que el Derecho ha sufrido una profunda transformación¹². Pero esto no significa que ya no sea posible elaborar una teoría constitucional de carácter positivista.

En efecto, en mi opinión son perfectamente compatibles el constitucionalismo y el positivismo. Ahora bien, un aspecto en el que he insistido en mi libro ha sido en la noción de neutralidad que se suele manejar cuando se alude al positivismo jurídico. No voy a detenerme ahora en el modelo epistemológico que parece esconderse tras ella, pues algo he dicho al respecto en el primer apartado. Me interesa destacar ahora otra cosa. Considero que desde el momento en el que las condicio-

10. Me he ocupado de esta cuestión en "El positivismo jurídico y el punto de vista interno", *Revista de las Cortes Generales*, 48, 1999, pp. 72-88.

11. Esta distinción figura en N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965, pp. 103 y ss.

12. Al respecto vid. L. PRIETO, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997. También G. PINO, "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States", *Law and Philosophy*, 18, 1999, pp. 513-536.

nes de validez (entendida ésta como pertenencia) incluyen no sólo condiciones formales sino también materiales, los juicios de validez pueden tener un carácter opinable¹³. ¿Por qué decir que los enunciados de validez de este tipo son *siempre* descriptivos, susceptibles de ser verdaderos o falsos? Me parece que es mejor poner al descubierto que algunas veces estos juicios presentan la misma tipología que las opiniones personales, frente a la posibilidad de presentar estos juicios con una presunta objetividad que pretendidamente se deriva de la Constitución. En ningún caso afirmo que todos los juicios de validez tienen un carácter controvertido —algo improbable ya que si así fuera el Derecho no podría cumplir su función de guiar conductas—, sino que habrá casos fáciles en los que resulte claro determinar la pertenencia y el contenido de lo establecido por el Derecho, y otros casos difíciles en los que intervienen juicios valorativos. Esto se evidencia ahora porque en el Derecho se han incorporado —si bien de forma contingente, no necesaria— pautas jurídicas que tienen un contenido moral. Uno de los méritos del positivismo inclusivo, también llamado incorporacionismo o positivismo blando, ha sido poner de relieve esta cuestión.

Otro tema muy distinto es el tipo de actitud que resulta conveniente tener ante el Derecho. Dworkin, como es sabido, defiende una teoría constructivista en la que el conocimiento del Derecho exige adoptar el punto de vista interno o pasar a ser un participante. Esto es así porque la práctica jurídica en que consiste el Derecho debe ser interpretada de acuerdo con los principios que mejor lo justifiquen, de modo que esta tarea requiere adoptar la posición internalista. El acuerdo con el positivismo parece limitarse al reconocimiento del material normativo en la etapa preinterpretativa, ya que después (en las etapas interpretativa y postinterpretativa) hay que prestar una atención prioritaria al entramado moral que se encuentra “detrás” de las normas jurídicas, que permitiría acceder a la respuesta correcta de los casos planteados¹⁴. Sin embargo, es importante recalcar, en mi opinión, que para conocer no es preciso adoptar una posición interna. Y no sólo eso, el positivismo jurídico ha puesto de relieve que el punto de vista externo resulta la perspectiva adecuada si se constata que el Derecho se puede relacionar con cualquier moral y no necesariamente con la moral correcta. El punto de vista externo parece la ubicación adecuada, en primer lugar, para identificar el Derecho y, en segundo lugar, para que la moral pueda ejercer como una instancia crítica ante sus normas.

IV. Ahora bien, si tenemos en cuenta el tipo de Derecho al que se alude con la fórmula del Estado constitucional, no me parece convincente defender que la ciencia jurídica debe adoptar *en todo caso* el punto de vista externo. Es aquí donde tiene lugar mi propuesta del punto de vista funcional. Es verdad que esta perspec-

13. En ello ha insistido A. PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 100.

14. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana, Londres, 3ª ed., 1991, pp. 65 y ss.

tiva está en mi libro, como afirma Antonio Peña, “quizá no suficientemente explorada”. Por eso voy a comentar algunas ideas sobre el significado de este punto de vista.

Este punto de vista sigue de cerca alguna de las tesis que ha defendido Luigi Ferrajoli, por eso me parece acertada la denominación de “jurista garantista” que le atribuye Antonio Peña. Una vez que gran parte de las pautas que permiten formular juicios de legitimidad han sido incorporadas al Derecho en forma de valores, principios y derechos, me parece que es posible bifurcar la legitimidad en un sentido externo y en un sentido interno¹⁵. En el primer caso, la crítica se realiza a partir de las pautas que comportan la moralidad crítica (que aunque se ha visto reducida no ha sido eliminada), y en el segundo —y éste es el aspecto que me parece importante destacar— la crítica se lleva a cabo a partir de las normas jurídicas superiores que deben ser desarrolladas o concretadas en las normas inferiores. El *deber ser* que permite formular juicios de legitimidad no sólo se encuentra exclusivamente fuera del Derecho sino también en las normas superiores del sistema.

La perspectiva del punto de vista funcional pretende acentuar la relevancia de la crítica externa y la crítica interna. Sería un enfoque que se sitúa a medio camino entre el punto de vista interno y el punto de vista externo. En el primer caso se pone de relieve el valor de los contenidos establecidos en los textos constitucionales. En el segundo se quiere poner a salvo el valor moral de la crítica, ya que la Constitución no se convierte en sinónimo de justicia (aunque se destaque que opera como una especie de “nuevo Derecho natural”). Una de las preguntas que me hace Antonio Peña es si la crítica interna exige adoptar el punto de vista interno. ¿Exigir el desarrollo o la concreción de ciertos contenidos constitucionales supone aceptarlos o asumirlos moralmente? Sin duda, cabe admitir la posibilidad de que se pueda realizar la crítica interna sin aceptar los parámetros que se toman para realizar este enjuiciamiento. Este caso no sería impensable y permite afirmar que cabe la crítica interna desde un punto de vista externo. Sin embargo, me parece que si la crítica es sincera, difícilmente se puede exigir el cumplimiento o concreción o desarrollo de un precepto general sin estar de acuerdo con él. Creo que asumir un principio lleva consigo asumir también las distintas especificaciones o aplicaciones de ese principio. Suena a incongruente aceptar una norma concreta y no hacerlo con el principio del que aquella deriva o es una expresión.

Es verdad que la aceptación suele hacerse por la vía de la adhesión a ciertas normas secundarias o, por decirlo mejor, por asumir ciertos procedimientos de elaboración de normas. En relación con esto, me parece que la adhesión a un sistema jurídico por tener su origen en un procedimiento resulta peligrosa porque supone el desplazamiento del juicio moral. Si ningún procedimiento (por muchas ventajas con las que cuente) puede garantizar la justicia del resultado, entonces la

15. Al respecto, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 351 y ss. Vid. mi artículo “Derecho y garantías”, *Jueces para la democracia*, 38, 2000, pp. 47-55.

adopción del punto de vista interno puede llevar a casos paradójicos. Así sucede, por ejemplo, en la teoría de Nino cuando defiende que se deben obedecer las normas que tienen un origen democrático aun cuando se considere que son inmorales¹⁶. En relación con los procedimientos, creo que en caso de que se adoptara el punto de vista interno la aceptación debería tener un sentido débil. Esta “debilidad” alude a que no se debería eliminar o sería conveniente dejar a salvo la posibilidad de enjuiciar o criticar las normas aisladas que han sido elaboradas de acuerdo a un concreto procedimiento.

El punto de vista funcional, por tanto, viene a situarse entre los extremos que aparecen definidos por el compromiso y la no aceptación. Este es el punto de vista que me parece más correcto para proponer un modelo de ciencia jurídica que tenga en cuenta el Derecho del que se habla con la fórmula del Estado constitucional de Derecho.

16. C. S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. cast. R. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 181.