¿NORMAS PRECISAS O NORMAS PRECIOSAS? UN FALSO DILEMA
Algunas consideraciones críticas sobre el *Imperio de la ley. Una visión actual*

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha

«Un juez principialista es, sin duda, un peligro público».
Francisco LAPORTA

Creo que el filosofema de LAPORTA que encabeza estas líneas —rotundo y tremendista como a veces lo es su autor— jamás será extensible a los filósofos del Derecho principialistas, que somos seres más bien inofensivos; pero en todo caso nos infunde la duda de si esa doctrina, el principialismo o el neoconstitucionalismo en general, es bien entendida. Con esta inquietud, desearía examinar la posición de LAPORTA en su libro *El imperio de la ley* y lo haré desde una posición neoconstitucionalista, cuya clarificación y defensa apenas puede desarrollarse aquí[1]. Sin embargo, debo decir que, por más que intentara yo ser exhaustivo en mi contribución al homenaje a Liborio HIERRO y Paco LAPORTA, las siguientes reflexiones críticas seguirían siendo incompletas de faltar la expresión de mi admiración por sus obras y, sobre todo, mi honda simpatía por unos maestros que desde hace tanto nos han inspirado las mejores virtudes académicas a varias generaciones de jusfilósofos.

I.

Dos hombres primitivos se adentran solos en la sabana armados con lanzas. De pronto, se encuentran con un fiero león[2]. Estas son sus opciones:

1. Si ambos hacen frente al león cooperativamente, entonces cada uno tendrá una probabilidad *alta* de salvarse.
2. Si uno huye y el otro se queda, entonces el primero tendrá *altísimas* probabilidades de salvarse a costa de las *mínimas* posibilidades que le restarán al segundo en su lucha cuerpo a cuerpo con el león.

---

[1] Aunque lo haya intentado en otros lugares (*e. g. Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, esp. 75 y ss.), debemos una certera caracterización a L. PRIETO, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica,* Madrid, Trotta, 2013, cap. I.

[2] Tomo el ejemplo de F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, 46 y ss. En lo sucesivo, las páginas indicadas en el cuerpo del texto se referirán a este libro.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.16
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 109-114

3. Si los dos huyen, entonces ambos tendrán una probabilidad *media* de salvarse.

¿Qué hacer? Si uno de ellos decidiera quedarse (considerando las ventajas del escenario 1); entonces el otro saldría corriendo persuadido por los beneficios que le procurará la opción 2. ¿Qué podría hacer entonces la tribu para evitar estos dilemas y no perder más miembros útiles para la comunidad? La respuesta para resolver este tipo de situaciones a la que la teoría de los juegos nos tiene ya habituados con el dilema del prisionero es el Derecho. Por ejemplo, el Derecho establece que se sancione con pena de muerte a quien abandone al otro en esos trances. Excluyendo 2 con semejante amenaza legal, es de esperar que cualquiera se inclinaría por la decisión 1 con el resultado de incrementar en el futuro las posibilidades de supervivencia de los miembros de la tribu. Esta es la génesis del Derecho que nos sugiere persuasivamente Paco LAPORTA en su libro *El imperio de la ley. Una visión actual* (p. 50).

II.

Ahora bien, ¿por qué *debemos* excluir 2 mediante el Derecho? En un contexto de justificación y en cumplimiento de la ley de HUME, no basta con decir que el Derecho sirve para excluir ciertas opciones cuando nos encontramos con un león por la sabana. Entre otras cosas, es necesario *justificar* por qué *debemos* promover ciertas opciones (la opción 1) en perjuicio de otras (singularmente la opción 2) y aquí se diría que el libro de LAPORTA tiene dos almas: una hobbesiana, que acabamos de ver y se afana por *explicar* la génesis y naturaleza del Derecho; y otra kantiana, que pretende *justificar* su necesidad y la aspiración hacia un ideal más alto: el imperio de la ley. El principio hobbesiano que *explica* la génesis del Derecho es una antropología basada en el egoísmo de seres racionales. A partir de la constatación de ese *hecho* dado, *debería* imponerse *normativamente* el principio kantiano de la autonomía personal (pp. 17 ss.), que ciertamente LAPORTA se encarga de matizar en su individualismo (pp. 52 ss.). En suma, con su declaración a favor de la autonomía personal, LAPORTA consuma la justificación de la necesidad de *algún* sistema normativo como corolario a un silogismo práctico que cabría reconstruir así: la kantiana premisa mayor o normativa dice que debemos proteger la autonomía personal; la hobbesiana premisa menor o fáctica dice que la existencia de *un* sistema normativo es una condición necesaria para la autonomía personal (p. 52). Y aquí surge a mi modo de ver un problema central del planteamiento de LAPORTA. Me parece que la nítida separación de ambas premisas, la antropología hobbesiana y la razón práctica kantiana, no es clara. Y en realidad, nunca es del todo sencillo mantener separada la antropología de la axiología y cuando en este caso se tocan, saltan chispas entre dos orientaciones irreconciliables de la razón práctica: la hobbesiana y la kantiana.

III.

En efecto, si la explicación hobbesiana del origen del Derecho representa una *mera* explicación del *proceso* de formación del Derecho, ¿por qué debería importarnos tanto a la hora de considerar el *producto* final, el Derecho mismo? ¿Por qué mirar tanto al contexto de descubrimiento, si lo que del Derecho nos interesa es el contexto de

justificación? En algunos pueblos de Andalucía es costumbre inmemorial limpiar la casa a fondo los sábados de tal manera que los vecinos reparen en ello. Aparentemente, el origen lejano de esa práctica era dejar bien claro que la familia no era judía porque no respetaba el *sabbath*. Actualmente la práctica subsiste intacta, pero totalmente emancipada de sus orígenes históricos. Es decir, se sigue limpiando la casa *ostentosamente* cada sábado, pero a nadie se le ocurriría pensar que estamos ante una práctica antisemita porque ya nadie limpia su casa en sábado por ese motivo, sino por otras razones prácticas. En otras palabras, el *proceso* y el origen de la práctica puede llegar a ser irrelevante a la hora de definir una práctica social y evaluarla normativamente. Sin embargo, la explicación de los orígenes hobbesianos en LAPORTA no se refiere al fin de la práctica (no parecer judíos en mi ejemplo) sino a un elemento técnico o anankástico persistente en el Derecho: si queremos conseguir ciertos fines (autonomía personal), entonces es necesario disponer de un Derecho de tales y cuales características. Así funciona el modelo de LAPORTA. ¿Pero entonces hasta qué punto la premisa fáctica hobbesiana de LAPORTA refiere puramente un *ananké*, una regla técnica desprovista de todo carácter normativo? La experiencia nos enseña que «cuanto más violento y anárquico es [el estado de naturaleza], mayores serán los poderes atribuidos al Estado resultante del contrato social»[3]. Así pues, la hobbesiana no suele ser una ingenua premisa fáctica anankástica de un silogismo práctico, sino mucho más que eso: una *justificación* para sobreponderar la seguridad jurídica en perjuicio de la justicia. Si la premisa hobbesiana es algo más que una premisa fáctica y entonces presenta naturaleza normativa, entonces el choque entre HOBBES y KANT es más que inminente. Veamos por dónde se produce.

IV.

Una vez hayamos convenido con el lado hobbesiano de LAPORTA en la necesidad (digamos, técnica) de *algún* sistema de normas en un contexto estratégico, cada individuo tenderá a incumplir las normas específicas para así beneficiarse no solo de las ventajas de vivir en un contexto de seguridad creado por el sistema, sino también de las ventajas que nos procura incumplir sus normas específicas dentro de ese mismo contexto. La razón, nos dice LAPORTA, sería que el principio *moral* de universalizabilidad escapa de la lógica de HOBBES (p. 59) y el imperio de la ley es, por cierto, «una apuesta moral» (p. 18), en cuya defensa el Derecho desplegaría toda su *coactividad*:

> La solución al dilema del prisionero es entonces la que intuyó Hobbes: crear una agencia de reforzamiento coactivo del acuerdo que pueda imponerse violentamente sobre cualquiera de los miembros que pretendan ignorarlo. *Eso y nada más que eso, es el orden jurídico* (p. 66).

Hasta ahora LAPORTA reconoce que, siendo condición necesaria, la mera existencia de *algún* sistema normativo y *coactivo,* no es una condición *suficiente* para la autonomía personal (p. 52). Y como LAPORTA no es autor que se deje amedrentar por cierta corrección político-académica, él asume gustoso que se le (*des*)califique como «legalista» o «formalista» (p. 14), aunque, ya puestos, tampoco debería desagradarle la

[3] B. DE SOUSA SANTOS, *El milenio huérfano*, Madrid, Trotta, 2005, 339.

etiqueta de «positivista», «voluntarista» e «imperativista». Imbuido así de la «ética del legalismo», el Derecho ideal de LAPORTA es aquel que devuelve a la Ley el esplendor que la Constitución habría ensombrecido; aquel que se expresa centralmente a partir de reglas y no de principios; aquel, en fin, que concibe a los jueces como contenidos aplicadores del Derecho; y todo ello por el bien de la autonomía personal:

> El núcleo más importante y decisivo del ordenamiento jurídico *debe* estar integrado por un cuerpo coherente de leyes generales y abstractas a las que se ha de tributar una deferencia privilegiada, y que frente a esa exageración tan de moda de adscribirle todas las tareas normativas a la Constitución y a sus innumerables intérpretes, y de reclamar su presencia en todos y cada uno de los pequeños y grandes conflictos que se suscitan cotidianamente, es preciso volver a reafirmar la confianza en el legislador y a plantearse con seriedad los términos de su reconstrucción y presencia. El mensaje para la reflexión sería, pues, este: *menos neoconstitucionalismo y más neocodificación* (p. 167, cursivas mías).

LAPORTA concentra así todos sus esfuerzos en la defensa del imperio de la Ley como un elemento central de nuestro ordenamiento del que aparentemente nos habríamos ido olvidando poco a poco en las últimas décadas (de ahí su íntima sensación de estar abogando por algo «obvio», por cosas «muy sabidas»). En todo caso, el responsable máximo de esa *amnesia* de lo obvio en la «pleamar» de la Constitución (*cfr.* p. 238), sería la teoría antipositivista del neoconstitucionalismo que algunos defendemos a partir de las contribuciones de ALEXY, DWORKIN, NINO o el propio ZAGREBELSKY al que LAPORTA alude críticamente en su libro.

Por decirlo con bíblica contundencia, LAPORTA viene a sugerirnos que las reglas (y no los principios) nos harán libres. Desde este punto de vista, su libro nos ofrece, por encima de todo, una elevada pieza de ciencia de la legislación benthamiana que presupone no tanto «una visión actual» —como anuncia el subtítulo— sino más bien una *visión clásica* del principio de legalidad. Pues bien, conviene recordar ahora que, a diferencia de KANT, BENTHAM afirmaba mordaz que los derechos humanos eran un sinsentido (y sobre zancos). Al mismo tiempo, BENTHAM abominaba del *Common Law*, la invocación de la equidad y el judicialismo en general. Por el contrario, la tradición kantiana ha seguido significativamente otro camino muy distinto del de LAPORTA cuando pensamos en cómo el constructivismo kantiano ha servido de base al neoconstitucionalismo actual. Es decir, creo que es muy difícil hacer ciencia de la legislación benthamiana con principios kantianos y creo que es muy difícil armonizar una antropología hobbesiana con una filosofía jurídica kantiana o con cualquier teoría fuerte sobre los derechos humanos. Cuando de trazar un ideal se trata, es muy importante tener claro *para quién* lo invocamos. No puede ser lo mismo erigírselo a una «criatura de poder» (p. 71) (como considera LAPORTA el Derecho) que a una «criatura de la moralidad», como llama DWORKIN a nuestros derechos fundamentales. El disenso antropológico irreconciliable tiene consecuencias en este nivel normativo.

V.

En tan breve espacio, me es difícil articular mi posición al respecto más sólidamente, pero desearía al menos fijarme ahora en un apunte autobiográfico de LAPORTA que bien pudiera procurarnos una clave intuitiva para comprender su legalismo de raíces

hobbesianas y benthamianas. Igual que la leyenda cuenta que el amor incondicional de Thomas HOBBES por la seguridad jurídica prendió en él estando todavía dentro del seno de su madre aterrorizada por la inminencia del ataque de la Grande y Felicísima Armada, así LAPORTA explica el origen de sus desvelos por el imperio de la Ley por haber crecido bajo el franquismo (p. 12). Sin embargo, bien pensado, el más valioso tesoro de nuestra democracia fue justamente la Constitución y sus principios jusfundamentales y creo que ni siquiera el propio LAPORTA pondría en cuestión esta afirmación por muy mejorable que sea el ulterior desarrollo del ordenamiento jurídico y su aplicación a partir de 1978. Esta es una primera puntualización importante. *Todos* debemos aceptar un quiasmo del que difícilmente podemos escapar si respetamos el sistema de fuentes: *Ni las normas más preciosas son las más precisas, ni las más precisas son las más preciosa*s. De lo primero es buena prueba nuestra Constitución; de lo segundo (en sarcástico ejemplo de ALEXY)[4] cualquier prolija Directiva europea sobre el empaquetado de salchichas. Desde este punto de vista, creo que las discrepancias con LAPORTA no pueden ser todo-o-nada, sino solo de matiz.

VI.

Y en efecto, LAPORTA no lamenta que tengamos una Constitución con derechos fundamentales. Solo desaprueba el grado y el modo en que la hayamos aplicado. Si embargo, no debemos confundir la validez de una teoría con el uso, más o menos afortunado, que de ella hagamos. El apunte autobiográfico y la beligerancia de LAPORTA con el principialismo me recuerdan un chiste gráfico y levemente siniestro que recorría la red ante la inminencia de terceras elecciones generales. En él aparecía la efigie del general Franco diciendo «¿No queríais votar? ¡Pues os vais a hartar!». Evaluar una institución (ya sea la democracia o los principios constitucionales) por los fallos o los excesos en su aplicación es siempre una estrategia injusta, a menudo contraproducente y de insospechados beneficiarios, que ninguna teoría puede resistir. Planteamientos como el de LAPORTA bien podrían llevar a alguien a sustituir el lema imputable a Franco por este otro imputable a los críticos del neoconstitucionalismo (pero que bien podría suscribir cualquier dictador): «¿No queríais principios jusfundamentales? Pues os vais a hartar». En otras palabras, es muy importante ser consciente de que nuestras teorías no pueden definirse reactivamente por su oposición a un estado indeseable derivado de su mal uso. Incluso la mejor teoría normativa que podamos imaginar está expuesta al abuso y el exceso.

VII.

Por lo demás, hay una asunción en el *hobessianismo* y el *benthamianismo* de LAPORTA que tiene algo de inquietante. ¿Por qué considera que la aplicación de normas *preciosas* (principios jusfundamentales) supone la puerta abierta a la arbitrariedad

[4] R. ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado social democrático», A. GARCÍA FIGUEROA (trad.), en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003, 35.

mientras que la aplicación de normas *precisas* (reglas) nos brindará seguridad necesariamente? Personalmente, confío en que ello obedecerá a que LAPORTA, como probo ciudadano que es, no habrá debido afrontar muchos procesos judiciales. Por más precisas que sean las reglas y por más que el «legalismo [sea], sobre todo, el aspecto operativo de la profesión legal»[5], cualquiera que haya debido ir a los tribunales (como yo mismo en más de una ocasión, nunca delitos de sangre) sabe que las decisiones de los actuales jueces (y de otros *officials*, como los tipos de la ANECA, por cierto) son extremadamente impredecibles e inciertas al punto de que cualquier abogado, igualmente instruido en el formalismo y el legalismo, una vez preguntado por su cliente por el resultado previsible del proceso responderá: «Eso nadie lo sabe a ciencia cierta». Pensar que las reglas, que hasta ahora habían dominado el sistema de fuentes en el imaginario de los juristas, nos harán más libres no es *realista* («realista» en el sentido amplio y en el estricto de nuestra disciplina). Pensar que el legalismo preservará el rigor de los jueces y evitará que se conviertan en «castas sacerdotales» como teme LAPORTA (p. 166) es ilusorio. Sucede justo lo contrario, pues el legalismo es precisamente la forma más económica de legitimar el activismo judicial. La solución a la realidad de que cada caso es único y escapa tozudamente al corsé de las reglas (*i. e.* la respuesta a la realidad del particularismo jurídico) consiste en exigir de los jueces buenos argumentos firmemente arraigados a buenos principios jusfundamentales y prácticos en general. La solución no es evitar el recurso a nuestras normas más preciosas, sino exigir mayor actividad argumentativa en su uso y ello requiere distinguir claramente entre *actividad* y *activismo* judiciales, que son cosas que nunca deberían confundirse. Los jueces harían bien en saturar sus argumentos con principios jusfundamentales y prácticos cuando sea necesario y no en revestir ciertas arbitrariedades con «silogismos perfectos» que ya nadie se cree del todo. En otras palabras, mientras que la aplicación de normas precisas puede servir para revestir el activismo con una presunta falta de actividad, la aplicación de normas preciosas exige de los jueces más actividad (argumentativa) sin caer en el activismo.

Mi razonamiento me devuelve al filosofema laportiano del comienzo para hacerle más justicia, pues en realidad dice así: «*Dada la formación que tienen los jueces, y la que seguimos dando en nuestras Facultades*, un juez principialista es, sin duda, un peligro público» [6] (cursivas mías). Y esa es, en efecto, la cuestión. No podemos negar ni la realidad del particularismo, ni la constitucionalización del sistema de fuentes. Lo que sí podemos y debemos hacer es transformar la formación de los jueces y, desde luego, la que damos en nuestras Facultades probablemente en el sentido reiteradamente reivindicado por los *Critical Legal Studies* cuando subrayan una formación más orientada hacia disciplinas que, como la filosofía jurídica, tienen mucho que decir en este aspecto.

[5] Se trata de una advertencia vigente de J. SHKLAR, *Legalismo,* I. GIMÉNEZ BUSTAMANTE (trad.), Buenos Aires, Omeba, 1968, 22

[6] F. LAPORTA, «Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo», en *Doxa,* núm. 34, 2011, 167-181, aquí 178.