

# **LECCIONES**



## LA DOGMÁTICA JURÍDICA ES POLÍTICA

### LA IMPORTANCIA DE LAS CONCEPCIONES POLÍTICAS EN EL TRABAJO DE LOS JURISTAS: UN ACERCAMIENTO DESDE EL DERECHO PÚBLICO\*

*En recuerdo de Roberto Bustamante Ampíe,  
camarada y estudioso crítico del derecho*

EDUARDO MELERO ALONSO\*\*

*SUMARIO:* I. La imagen ideal de la dogmática jurídica: función explicativa, neutralidad valorativa del intérprete y autonomía del discurso jurídico. II. Primera crítica: la utilización política de las doctrinas jurídicas. La dogmática como arma de lucha política. III. Segunda crítica: la contradicción valorativa intrínseca al derecho del Estado contemporáneo. IV. Consecuencia: la indeterminación del derecho. Las concepciones políticas forman parte de los discursos jurídicos. V. La comprensión paradigmática del derecho como forma de poner de manifiesto que la dogmática es política. VI. La función prescriptiva de la dogmática y las visiones de mundo. VII. Enseñanza del derecho y visiones de mundo. VIII. Conclusiones. La dogmática jurídica en una sociedad democrática. XI. Orientación bibliográfica para un estudio crítico del derecho. X. Bibliografía citada

¿Qué es la dogmática jurídica?, ¿en qué consiste?, ¿es únicamente una actividad de carácter técnico o también se basa en criterios políticos? Según mi experiencia, en las facultades de derecho apenas se presta atención a estas cuestiones. Como mucho se dejan para las asignaturas situadas en la órbita de la filosofía del derecho. Sin embargo, en las asignaturas dogmáticas, como el derecho administrativo o el derecho constitucional, nunca se piensa sobre cuáles son las raíces profundas de las doctrinas jurídicas. Entonces, las preguntas por las que he comenzado: ¿son *realmente* importantes?

\* Este trabajo ha sido posible gracias al apoyo y a los debates mantenidos dentro del “Grupo de Estudios Críticos – La Undécima Tesis”.

\*\* Profesor Asociado. Universidad Autónoma de Madrid.

Con este artículo te propongo que dediques un poco de atención a estos problemas. Para mí, estas preguntas son importantísimas porque afectan a los fundamentos últimos de cada asignatura. Tampoco considero que sean cuestiones propias de la filosofía del derecho, sino que forman parte de cada disciplina jurídica positiva<sup>1</sup>. Por tanto, se les debería prestar atención en cada asignatura de derecho positivo.

En este artículo intento *desmontar* la imagen ideal de sí misma que la dogmática jurídica se ha construido a medida. Esta imagen ideal se basa en la comprensión de la labor de los juristas como una actividad neutra, basada únicamente en la técnica jurídica. Desde mi punto de vista crítico, la dogmática, el estudio del derecho, es una actividad de marcado carácter político ya que los discursos jurídicos están predeterminados por las concepciones políticas de quienes los mantienen.

Puede que te aburran estas cuestiones teóricas. Si me permites el término, son epistemológicas, ya que se refieren a la teoría del conocimiento jurídico. Sin embargo, también tienen una importante trascendencia práctica, por ejemplo, en la forma en que se enseña el derecho y, paralelamente, en la forma en que tú lo aprendes. El problema de fondo es, que si vivimos en un mundo de injusticias, como así yo lo creo, la dogmática jurídica puede estar contribuyendo a mantener y reproducir esa injusticia.

## I. LA IMAGEN IDEAL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA: FUNCIÓN EXPLICATIVA, NEUTRALIDAD VALORATIVA DEL INTÉRPRETE Y AUTONOMÍA DEL DISCURSO JURÍDICO

La dogmática jurídica puede entenderse como el «saber que trata de describir las normas jurídico-positivas»<sup>2</sup>. La función principal que se atribuye a

<sup>1</sup> En este sentido, Manuel SACRISTÁN: 1985, 35, afirmaba que «lo filosófico no es un campo temático objetivo o material, sino cierto nivel de cualquier saber temático, el nivel de fundamentación y, unido dialécticamente con él, el de generalización».

<sup>2</sup> Alberto CALSAMIGLIA: 1986, 13. No quiero entrar en el debate acerca de si la dogmática es o no una ciencia; CALSAMIGLIA: 1986, 67, considera que «Discutir si la jurisprudencia es una ciencia o no, puede tener interés desde el punto de vista político como ataque o defensa del poder de la comunidad dogmática. Ahora bien; desde el punto de vista cognoscitivo, carece de interés». Por su parte, Juan Ramón CAPELLA: 1999, 145-150, niega el carácter científico de la doctrina jurídica, «No es una ciencia social, sino una simple hermenéutica general del derecho. Su naturaleza es esencialmente retórica» (la cita corresponde a la página 146).

este saber consiste en explicar el contenido de las normas jurídicas<sup>3</sup>. Lo que implica aclarar su significado, descubrir cuál es el derecho vigente, resolver las contradicciones en las que eventualmente pueden incurrir las normas que componen el ordenamiento jurídico,... Esta función se concibe como una actividad de carácter técnico, según la cual el jurista debe utilizar únicamente el método jurídico, sin dejarse influir por sus preferencias y por sus concepciones políticas.

Para el jurista, las normas son dogmas que debe aceptar sin más, su contenido es indiscutible<sup>4</sup>. Esto no impide que pueda criticarlas. Sin embargo, esta labor de crítica ya no se considera estrictamente jurídica sino de carácter político<sup>5</sup>. Así, la dogmática dominante distingue claramente entre los argumentos *de lege lata*, es decir, las interpretaciones del derecho vigente, y los argumentos *de lege ferenda*, que proponen modificaciones legislativas de la normativa existente<sup>6</sup>.

En mi opinión, las distinciones entre *lege lata-lege ferenda*, o entre aplicación del derecho-política jurídica<sup>7</sup>, tienen como finalidad dejar claro que

<sup>3</sup>. Así, Claus-Wilhelm CANARIS: 1995, 28-29, señala que «la función de las teorías [jurídicas] consiste, ante todo, en *hacer más comprensibles las normas* con ayuda de conceptos específicamente jurídicos, es decir dogmáticos, y/o a través de su vinculación con los principios generales del Derecho» (la cursiva es mía). En un sentido similar, Karl LARENZ: 1994, 183, mantiene que la Jurisprudencia (la dogmática jurídica) es «aquella Ciencia acerca del Derecho que se ocupa de él ante todo bajo el aspecto normativo y, por ende, del “sentido” de las normas» (la cursiva es mía).

Dentro de esta línea también se encuentra Hans KELSEN, para quien su teoría general del derecho positivo «ofrece los conceptos fundamentales que permiten describir el derecho positivo de una comunidad jurídica determinada»; «Como el objeto de esta teoría general del derecho es permitir al jurista que se ocupa de un orden jurídico particular –ya se trate del abogado, del juez, del legislador o del profesor de derecho– *entender y describir* en la forma más exacta posible su propio derecho positivo, tal teoría tiene que derivar sus conceptos exclusivamente del contenido de las normas jurídicas positivas» (KELSEN: 1979, V-VI, la cursiva es mía).

<sup>4</sup>. Alberto CALSAMIGLIA: 1986, 76, señala que «la jurisprudencia se denomina dogmática no porque excluya siempre la discusión racional, sino porque toma como si fueran hechos indiscutibles las normas del ordenamiento. El dogmático no puede poner en cuestión ni criticar las normas, del mismo modo que el teólogo no cuestiona la Revelación».

<sup>5</sup>. En este sentido, Alberto CALSAMIGLIA: 1986, 76, se refiere a que «Quien critique las normas no trabaja en el seno de la dogmática sino en el campo de la política jurídica».

<sup>6</sup>. Karl LARENZ: 1994, 230.

<sup>7</sup>. Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 165.

una cosa es hacer derecho y otra muy diferente hacer política<sup>8,9</sup>. La dogmática pretende así evitar que las doctrinas jurídicas sean pervertidas por concepciones políticas.

Esta imagen ideal no impide, sin embargo, que la dogmática pueda realizar valoraciones. Ni que la dogmática se defina como un conocimiento valorativo, axiológico<sup>10</sup>. Los valores que están implicados en la dogmática no son, sin embargo, los valores, ideas y concepciones personales de cada jurista, sino que son los valores que se desprenden del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>11</sup>.

<sup>8</sup>. Para Hans Kelsen: 1979, IX, «El postulado de la completa separación de la jurisprudencia y la política no puede ser sinceramente puesto en tela de juicio, si ha de existir una ciencia jurídica auténtica».

<sup>9</sup>. Estas distinciones están tan enraizadas en la imagen ideal de la dogmática que han sido “positivizadas” en el procedimiento de evaluación de la actividad investigadora del profesorado universitario por la Resolución de 6 de noviembre de 1996, de la Dirección General de Enseñanza Superior—Presidencia de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, por la que se establecen los criterios específicos de cada uno de los campos de evaluación (BOE de 20 de noviembre de 1996, Sección I. Disposiciones Generales; Legislación Aranzadi 2875). Dentro del «Campo 9. Derecho y Jurisprudencia» se valorarán preferentemente según el art. 9.2:

a) Los estudios y trabajos que constituyan una aportación original de carácter doctrinal, teórico o conceptual que hayan tenido repercusión nacional o internacional.

b) Aquellos que desarrollen nuevas perspectivas de la ciencia jurídica, basadas en estudios doctrinales, legislativos y jurisprudenciales de derecho comparado.

c) Los que supongan investigaciones originales sobre la evolución histórica, social o cultural de las normas legales.

d) *Los estudios y trabajos de política jurídica y aquellos que introduzcan propuestas relevantes de perfeccionamiento de las normas en relación con los principios constitucionales.*

e) Aquellos que aporten conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficiencia de las normas y el cumplimiento de los objetivos que se persiguen con ellas».

<sup>10</sup>. En este sentido, Karl Larenz: 1994, 203, señala que «“comprender” una norma jurídica exige descubrir la valoración en ella decretada y su alcance». Claus-Wilhelm Canaris: 1998, 31, considera que «Así como la esencia del derecho es obtener decisiones valorativas, la tarea del jurista es llevar a cabo valoraciones de modo comprensible, pensarlas en todos sus extremos y finalmente, en un último peldaño, tomar incluso decisiones. Para esta tarea la lógica tiene solamente la importancia de ser un “marco”, pero no puede, según su esencia, proporcionar la “comprensión” o la valoración».

<sup>11</sup>. Karl Larenz: 1994, 286, considera que al jurista «*las pautas de valoración últimas le son dadas en el orden jurídico, en la Constitución y en los principios jurídicos aceptados por ésta*» (la cursiva es mía). En un sentido similar, Hans Kelsen defendía que la teoría general del derecho «No debe hallarse influida por los motivos o intenciones del legislador o por los deseos o intereses de los individuos con respecto a la formación del derecho a que se encuentran sujetos, *excepto en la medida en que esos motivos o intenciones, esos deseos o intereses, se manifiesten en el material producido por el proceso de la legislación. Lo que no logre encontrarse en el contenido de las normas jurídicas positivas no puede formar parte de un concepto jurídico*» (Kelsen: 1979, V-VI, la cursiva es mía).

De este modo, el jurista debe limitarse a aplicar las pautas de valoración que establece el ordenamiento jurídico.

Todas estas características pueden resumirse en la comprensión del conocimiento jurídico como un conocimiento autónomo. Es decir, la dogmática jurídica responde a un método argumentativo propio. Esta imagen ideal se completa con la distinción entre creación del derecho y aplicación del mismo. La elaboración de las normas responde a diversos condicionamientos políticos, económicos y sociales. Sin embargo, una vez aprobada, la norma ha de ser interpretada según un estricto método jurídico, dentro del cual las circunstancias políticas, económicas y sociales tienen, como mucho, una influencia marginal.

Esta imagen ideal de la dogmática que he presentado es, en cierta medida, una imagen simplificada. Sin embargo, considero que coincide, en sus aspectos más importantes, con la comprensión que la dogmática jurídica tiene de sí misma<sup>12</sup>. Lo que quiero plantear en este artículo es si esta imagen ideal coincide con la realidad, es decir con lo que hace la dogmática y con la forma en que lo hace o, más bien, sirve para ocultar los condicionamientos políticos a los que se encuentra sometida la dogmática jurídica. Para no engañarte, y también para ponerte en guardia desde este momento, debo decirte que esta última es la postura que mantengo.

---

<sup>12</sup>. Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 165, reconoce la existencia de zonas intermedias en la distinción entre aplicación del derecho y política jurídica «Que existen contactos y casos fronterizos es algo que no debe negarse, pero ello no impide ver la distinción como correcta *en su núcleo*» (cursiva original, nota 59, pág. 165).

Como ya hemos visto, Karl LARENZ: 1994, 230, reconoce cierto papel a las concepciones políticas («puntos de vista jurídico-políticos») en la interpretación del derecho, pero es muy reducido («dentro de ciertos límites»). En este sentido, hay que tener en cuenta su distinción entre interpretación del derecho y el desarrollo del derecho complementador o modificador de la ley (LARENZ: 1994, 359-429; Capítulo V. Métodos de desarrollo judicial del Derecho). Dentro del este último incluye el desarrollo del derecho inmanente a la ley (es decir, la integración de lagunas) y el desarrollo del derecho superador de la ley (al margen de la regulación legal pero dentro del ordenamiento jurídico). El desarrollo del derecho superador de la ley se puede producir con base en las necesidades del tráfico jurídico, en función de la «naturaleza de la cosa» o teniendo en cuenta un principio ético jurídico. Este último, el desarrollo del derecho atendiendo a un principio ético-jurídico, parece el campo propio para que entren en juego las consideraciones políticas, siempre teniendo en cuenta que «el límite del desarrollo judicial del Derecho radica allí donde la resolución exigida no puede ser ya fundamentada sólo con consideraciones jurídicas, sino que exige una decisión política, orientada a puntos de vista del legislador. El encontrarla es, en el Estado democrático, en principio asunto del legislador» (LARENZ: 1994, 427).

## II. PRIMERA CRÍTICA: LA UTILIZACIÓN POLÍTICA DE LAS DOCTRINAS JURÍDICAS. LA DOGMÁTICA COMO ARMA DE LUCHA POLÍTICA

Un primer elemento para romper con la imagen ideal de la dogmática jurídica se encuentra en la utilización política de las teorías jurídicas. A lo largo de la historia, distintas construcciones dogmáticas han sido utilizadas como armas políticas, como instrumentos de lucha en un conflicto político de fondo. Así se pueden mencionar, el concepto material de ley, y la doctrina sobre la personalidad jurídica del Estado.

La distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material es obra de la doctrina alemana del siglo XIX. Formulada originariamente por Paul LABAND, fue reformulada por Georg JELLINEK. Esta doctrina surge debido al conflicto planteado sobre la aprobación del presupuesto prusiano del año 1862, con el problema de fondo de la distribución de poder entre el Rey y el Parlamento. El Rey Guillermo I y Bismarck pretendían llevar a cabo la ampliación y modernización del ejército prusiano. Pero la reforma del ejército suponía gastos que debían ser aprobados en el Parlamento y la mayoría parlamentaria liberal rechazó el proyecto de presupuestos presentado por Bismarck para la reforma militar. Al considerarse doctrinalmente que la aprobación del presupuesto era un acto administrativo –ley en sentido formal, ya que se trataba de un mero cálculo de futuros ingresos y gastos que, al no afectar a la libertad y propiedad de los ciudadanos, no era una ley en sentido material–, el Gobierno podía aprobarlo sin necesidad de contar con el apoyo del Parlamento. Como ves, el concepto material de ley surge en una situación histórica concreta, como defensa de unos intereses materiales concretos<sup>13</sup>.

<sup>13</sup>. Sobre el concepto material de ley, puedes acudir a Ignacio DE OTTO: 1988, 168-179. Ignacio DE OTTO señala que constituye un «capítulo esencialísimo de la historia del derecho público en Europa, pues se trata de la primera vez que se procede a una elaboración técnica de la respuesta constitucional a partir de la Constitución vigente y con conceptos puramente jurídicos y no con invocación de principios políticos. La crisis constitucional de Prusia en 1862 es, puede decirse, el momento fundacional del moderno derecho público» (pág. 169).

La siguiente cita de OTTO revela, en mi opinión, cómo la teoría jurídica pretende ocultar los problemas políticos, postura que mantiene el propio OTTO, quien plantea su crítica desde una imagen ideal de la dogmática jurídica: «La construcción de Laband es, sin duda alguna, la consagración jurídica de una orientación monárquica absolutista, pero su mérito radica en que, con su teoría de la ley en sentido formal y en sentido material, *formula la solución en términos de teoría general del Estado y no en términos políticos*. En lo que se refiere a su corrección o incorrección, la doctrina de Laband no resiste un análisis en el plano de la teoría jurídica, como ya se ha indicado antes, ni responde tampoco a la realidad constitucional de Prusia,



Y lo mismo sucede con otras construcciones jurídicas, como la personalidad jurídica del Estado. La atribución de una única personalidad jurídica al Estado suponía que el Rey, hasta entonces situado jurídicamente fuera del Estado, se convertía en un órgano más de éste. El Príncipe quedaba sometido así a la personalidad del Estado. En este sentido se ha calificado a la doctrina de la personalidad jurídica del Estado como «una verdadera arma política»<sup>14</sup>.

Con estos ejemplos, creo que se hace evidente que el contexto socio-político influye en la dogmática jurídica y cómo la dogmática es uno más de los elementos que se ponen en juego en los conflictos políticos. En conclusión, la imagen ideal de la dogmática ha tenido importantes excepciones a lo largo de la historia.

### III. SEGUNDA CRÍTICA: LA CONTRADICCIÓN VALORATIVA INTRÍNSECA AL DERECHO DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO

Muy relacionada con la imagen ideal de la dogmática se encuentra la consideración del ordenamiento jurídico como una unidad. Para la mayoría de los dogmáticos, el ordenamiento jurídico forma una unidad que no se encuentra sometida a tensiones, al menos en su núcleo esencial. En esta línea de pensamiento se encuadra la consideración del derecho como un sistema<sup>15</sup>. En sentido filosófico, el sistema se caracteriza por dos notas: (1) el orden, entendido como coherencia interna, y (2) la unidad, que reconduce el orden a unos pocos principios básicos<sup>16</sup>. Claus-Wilhelm CANARIS considera que la estructura real del derecho obedece a las características de orden y de unidad propias de la

---

donde faltaba un verdadero y sólido apoyo para su modo de concebir el reparto de competencias entre la ley y el reglamento. Pero lo importante es que *la solución no se argumenta en términos manifiestamente políticos, sino a partir de conceptos jurídicos que, aun cuando sirvan a un fin político, se presentan como neutrales y como válidos en sí mismos*, es decir, como conceptos elaborados a partir de un sistema de teoría general del derecho público. De este modo la vigencia del texto constitucional queda a salvo –los sectores más conservadores del ejército no desdeñaban la posibilidad del golpe de Estado contrarrevolucionario– y, además, *su interpretación se sustrae al debate político propiamente dicho*» (pág. 179, las cursivas son mías).

<sup>14</sup>. Alfredo GALLEGO ANABITARTE: 1992, 24-27. La cita corresponde a la pág. 26.

<sup>15</sup>. En lo que sigue tomaré el concepto de sistema definido por Claus-Wilhelm CANARIS: 1998. Una consideración del ordenamiento como sistema en sentido más impreciso puede verse en IGARTÚA, quien considera que las leyes «forman un sistema suficientemente preciso, completo, cerrado y no contradictorio» (citado por Alejandro NIETO: 2000, 40).

<sup>16</sup>. Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 20-21.

idea de sistema. Según este autor, en el ámbito jurídico, el orden interno y la unidad del ordenamiento<sup>17</sup> se desprenden del mandato de justicia, y sus concreciones en el principio de igualdad y en la tendencia a la generalización, así como en el valor de la seguridad jurídica<sup>18</sup>. El mandato de justicia supone que «se ha de tratar lo igual de modo igual y lo diferente en proporción a su diferencia»<sup>19</sup>. Según CANARIS, «la interna unidad de sentido del derecho», derivada del principio de justicia, es de carácter *valorativo*, axiológico, no de tipo lógico<sup>20</sup>. De este modo define el sistema como un «ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho»<sup>21</sup>.

La primera crítica que se puede hacer a CANARIS es su excesivo formalismo, ya que la idea de sistema, con sus presupuestos de coherencia y unidad del derecho, se fundamenta, en última instancia en un principio de justicia formal, «tratar lo igual de modo igual y lo diferente en proporción a su diferencia». El problema que se plantea entonces es cómo determinar qué se considera igual y qué se considera desigual, problema que únicamente puede resolverse con base en criterios materiales. A diferencia del criterio formal de justicia que es único, son posibles distintos criterios materiales de igualdad basados en las distintas visiones del mundo y las concepciones políticas de los intérpretes. Todas estas cuestiones quedan ocultas en la construcción formal de CANARIS.

La construcción formal de Claus-Wilhelm CANARIS tiene además, en mi opinión, un *efecto secundario perverso*: considerar de forma apriorística que todo derecho positivo está orientado hacia la consecución de la justicia. De modo que se legitima el derecho positivo realmente existente y permanecen ocultas las desigualdades materiales que el derecho constantemente produce y reproduce. La comprensión del derecho como sistema cumple así una importantísima función ideológica.

Desde una perspectiva más material, la idea de sistema se vuelve problemática. Así, se pueden hacer expresas las tensiones propias del derecho en el

---

17. Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 175, conclusión nº 2, afirma que «Las notas del concepto general de sistema son orden y unidad. Tienen su correspondencia jurídica en las ideas de coherencia valorativa y unidad interna del ordenamiento jurídico».

18. Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 25-26.

19. Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 24.

20. Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 30.

21. Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 55; también 176, conclusión nº 5.

Estado social. Esta perspectiva problematizadora es distinta a la que plantea la doctrina jurídica dominante<sup>22</sup>.

El derecho propio del Estado social está compuesto de elementos heterogéneos, contradictorios. En mi opinión, existe una tensión entre los elementos del Estado de Derecho y los elementos del Estado social<sup>23</sup>, que puede ejemplificarse en el conflicto entre legalidad y eficacia<sup>24</sup>. Esta tensión es tanto un conflicto entre normas contrapuestas, como un conflicto entre valores contrapues-

<sup>22</sup> José Luis SERRANO MORENO: 1992, 16, opta claramente por esta perspectiva metodológica problematizadora, desde la consideración de que el «hecho de que los presupuestos metodológicos de las ciencias dogmáticas que impiden negar los puntos de partida del discurso teórico, no impiden en cambio su problematización». Este autor señala además que se trata de una opción personal «por un cierto iuspositivismo crítico que no siempre ha tenido que lamentar».

Compara esta perspectiva con la vía, en principio aproblematicadora, que señala Karl LARENZ: 1994, 437, «Descubrir las conexiones de sentido en que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlas de un modo ordenado que posibilite la visión de conjunto –es decir, en la forma de un sistema– es una de las tareas más importantes de la Jurisprudencia científica».

<sup>23</sup> Tensión que, en el plano constitucional, ha sido subrayada por Ernst FORSTHOFF: 1986, 86, 101 y 106.

<sup>24</sup> Cfr. José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO: 1991, 154. El conflicto entre legalidad y eficacia lo toma de Claus OFFE, quien considera que estos dos criterios de racionalidad de la actuación administrativa se encuentran en contradicción en el Estado social, véase OFFE: 1992, 12-16. Luciano PAREJO ALFONSO: 1983, 70, también hace referencia a «la específica tensión entre los principios del Estado de Derecho y Estado social»; tensión que resuelve por medio de la reinterpretación del principio de Estado de Derecho y tomando la dignidad de la persona como valor que sintetiza las tres características del Estado social y democrático de Derecho (cfr. págs. 76-81).

Otro ejemplo de tensión entre los elementos del Estado social se encuentra en las dos concepciones de los derechos fundamentales, es decir, los derechos como forma de alcanzar la libertad y los derechos como forma de alcanzar la justicia, cfr. Gustavo ZAGREBELSKY: 1995, Capítulo 4. Derechos de libertad y derechos de justicia. Por su parte, Ernst FORSTHOFF: 1986, 86, concibe la tensión entre el Estado de Derecho y el Estado social desde la contraposición entre los valores de libertad (Estado de Derecho) y participación (Estado social).

En una línea contraria, hay autores que ocultan esta tensión entre los elementos del derecho del Estado social. Así, Ángel GARRORENA plantea una «interpretación total o armónica de la fórmula “Estado social y democrático de derecho”» (GARRORENA: 1984, 203), difuminando la tensión entre el Estado de derecho y el Estado social (pág. 212 ss). Considero que esta tensión también es ocultada por Manuel ARAGÓN REYES, 1995, 123-124, cuando señala que el Estado social no es más que «una modalidad de la forma Estado democrático de Derecho», y que no afecta a la estructura del Estado sino únicamente a sus fines, a través de la asunción de nuevas tareas por parte del Estado encaminadas a lograr una mayor igualdad social.

tos. Este fenómeno se explica por las circunstancias históricas, por el pacto social keynesiano entre capital y trabajo propio del Estado del bienestar. El ordenamiento jurídico actual puede verse como la superposición del ordenamiento propio del Estado social sobre el ordenamiento del Estado liberal, coexistiendo ambos. El derecho responde, por tanto, a intereses sociales contradictorios, heterogéneos<sup>25</sup>. Esta heterogeneidad de intereses es la que da lugar a las tensiones estructurales propias del derecho del Estado social.

Desde mi punto de vista, esta tensión es compatible con la característica de la unidad del ordenamiento, ya que puede verse en última instancia como el conflicto entre el principio del Estado de derecho y el principio del Estado social. Pero es totalmente incompatible con la coherencia interna del ordenamiento, sobre todo en su dimensión valorativa. Por tanto, puede resultar injustificada la aplicación de la idea de sistema al ordenamiento jurídico propio del Estado social de derecho.

La tensión entre los elementos del Estado de Derecho y los elementos del Estado social es estructural porque no se puede resolver según los tres criterios

---

<sup>25</sup> La situación no es entonces la propia del derecho tras la revolución francesa, en donde podía decirse que «La Ley es un ser impersonal que, por su carácter general, crea la unidad entre todos. Sin consideración a las personas, se mantiene a través de todos los caprichos, de todos los intereses particulares. Independientemente de los hombres, reposa sólidamente sobre sí misma» Bernhard GROETHUYSEN: *Philosophie de la Révolution Française*, París, 1959 (citado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: 1994, 22, nota a pie 2).

El derecho propio del siglo XIX respondía únicamente a los intereses de la clase burguesa (concepto formal de igualdad, ley como medio de conseguir la unidad social, reconocimiento únicamente de los derechos de libertad,...). La sociedad, sin embargo, sí estaba formada por intereses contradictorios. Otra cosa es que el derecho sólo tomara en consideración los intereses propios de una clase social, a través del sufragio censitario, del sufragio condicionado o del establecimiento de mecanismos de exclusión del sufragio universal como: a) la exclusión de las mujeres, b) la exclusión de las personas jóvenes y c) la exclusión de los *metecos*, es decir, las personas no arraigadas en su lugar de trabajo, y que pueden ser tanto extranjeros como emigrantes internos. Sobre estos mecanismos de exclusión del sufragio universal pueden leer Juan Ramón CAPELLA: 1976, 195-198.

En la actualidad, ya se están planteando visiones conflictuales de la ley. Gustavo ZAGREBELSKY sostiene que «La ley –en este punto de su historia– ya no es la expresión “pacífica” de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, “constitucionales”, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares» (ZAGREBELSKY: 1995, 38)

clásicos para solucionar las contradicciones normativas. Estos tres criterios son los principios *lex superior*, *lex specialis* y *lex posterior*: (1) entre dos normas contradictorias de distinta jerarquía prevalece la superior, (2) la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad y (3) tiene preferencia la norma específica que contradice otra cuyo campo de referencia es más general<sup>26</sup>.

Estos tres criterios no pueden resolver las contradicciones inherentes al derecho del Estado social por las siguientes razones. (Primera) La tensión se da en el plano constitucional, dentro de la misma Constitución y en la propia configuración del Estado (art. 1.1 CE). (Segunda) Aquellos elementos que históricamente han tenido un origen liberal pueden interpretarse –reconstruirse– desde la perspectiva propia de los elementos sociales. En este sentido, es claro el ejemplo del «contenido objetivo de los derechos fundamentales», que partiendo de típicos derechos de libertad y no injerencia por parte del Estado, considera los derechos fundamentales como un sistema de valores y principios<sup>27</sup>, pudiendo llegar a imponerse deberes positivos al Estado para garantizar el ejercicio de estos derechos<sup>28</sup>. Y también sucede al revés, los elementos que surgen históricamente con el Estado social, se reinterpretan desde la perspectiva propia de la visión liberal, como sucede con la iniciativa pública en la actividad económica<sup>29</sup>. La dialéctica entre lo liberal y lo social impregna todos los elementos de la Constitución y, desde ahí se traslada a todos los niveles del ordenamiento jurídico.

<sup>26</sup> Cfr. Carlos Santiago NINO: 1997, 275. Estos tres criterios no son de aplicación automática, sino que dejan un margen de apreciación –valoración– al intérprete, véase pág. 276.

<sup>27</sup> Este cambio de paradigma se refleja en la siguiente afirmación: «Los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente dejan de ser sólo normas bajo las que se subsumen ámbitos concretos de libertad individual, para pasar a entenderse, también como valores o principios...», José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2000, 22-23.

<sup>28</sup> En este sentido, Alfredo GALLEGO ANABITARTE: 1994, 174-175, considera que «*El efecto objetivo o institucional más relevante de los derechos fundamentales de las libertades de opinión y comunicación es el deber del Estado de evitar la concentración de los medios de comunicación*» (cursiva original). Otra de las consecuencias de este contenido objetivo es la obligación del Estado de otorgar aquellas subvenciones o prestaciones que aseguren el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Para este autor, el contenido objetivo se encuentra constitucionalizado en los arts. 1.1, 10.2 y 9.2 CE (págs. 103 a 105).

<sup>29</sup> Cfr. Gaspar ARIÑO ORTIZ: 1999, 362-364, quien pone en conexión el art. 128.2 CE con el art. 38 CE. En su opinión «La iniciativa pública en una economía de mercado debe tener un papel estricto y secundario» (pág. 364). Años antes, ARIÑO ORTIZ: 1980, 191, consideró, con base en el art. 38 CE, que «el principio general es la iniciativa privada, y la excepción –que deberá justificarse– la iniciativa pública».

#### IV. CONSECUENCIA: LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO. LAS CONCEPCIONES POLÍTICAS FORMAN PARTE DE LOS DISCURSOS JURÍDICOS

En mi opinión, la contradicción entre el elemento liberal y el elemento social no es la excepción de nuestro derecho, sino la regla<sup>30</sup>. El derecho propio del Estado social está constituido por una tensión estructural. Esta tensión estructural permite distintas reconstrucciones jurídicas, todas ellas igualmente plausibles desde el punto de vista técnico jurídico<sup>31</sup>. El abanico posible de reconstrucciones del derecho es muy amplio: abarca las posturas doctrinales que otorgan prioridad a los extremos, el elemento del Estado de derecho o el elemento del Estado social, incluyendo todas las reconstrucciones que adopten posiciones intermedias. La tensión estructural imprime al derecho, de este modo, un importante grado de indeterminación, lo que implica un gran margen de opción por parte del intérprete<sup>32</sup>. Desde mi punto de vista, los operado-

<sup>30</sup>. Va más allá de los «defectos lógicos de los sistemas jurídicos» de los que habla Carlos Santiago NINO: 1997, 272, entre los que incluye las contradicciones entre normas jurídicas. La perspectiva de NINO es que estos *defectos* son la excepción: «Constituyen deficiencias que el derecho a veces presenta cuando se lo aplica para calificar normativamente ciertas conductas» (pág. 272).

<sup>31</sup>. Con esta afirmación me sitúo en la línea de pensamiento del movimiento jurídico norteamericano *Critical Legal Studies (CLS)*. Una de las formas de trabajo típicas de los *CLS* es poner de manifiesto las contradicciones existentes en el ordenamiento jurídico, descubriendo “pares opuestos” (*paired oppositions*). Estas contradicciones se dan tanto en el sistema de reglas jurídicas como en el sistema de principios en los que esas reglas se inspiran. Los *CLS* consideran que el derecho no dicta qué regla escoger de entre al menos dos en conflicto. Sin embargo, la cultura jurídica dominante privilegia, de forma convencional, uno de los polos de la contradicción, ocultando o reprimiendo el polo opuesto. Para los *CLS* es tan jurídica la interpretación dominante como la interpretación basada en los principios opuestos. «Una lectura alternativa del sistema de normas a la luz de esos otros principios estaría jurídicamente tan justificada como la percepción hoy dominante de lo que “es” el Derecho. Y es que, en realidad, el Derecho no “es” ninguna de esas dos lecturas, precisamente porque es ambas a la vez, tanto la que se desprende de la prioridad dada a los principios hoy privilegiados como la que podríamos construir si optáramos por sus opuestos». Cfr. el apartado 6 «La tesis de la indeterminación del Derecho», del Capítulo IV de Juan A. PÉREZ LLEDÓ: 1996; la cita corresponde a las páginas 267-268.

<sup>32</sup>. De este modo me sitúo en una línea metodológica opuesta a la que plantea Karl LARENZ: 1994, 286, cuando señala que al jurista «*las pautas de valoración últimas le son dadas en el orden jurídico*, en la Constitución y en los principios jurídicos aceptados por ésta» (la cursiva es mía). Sí estoy de acuerdo en que el ordenamiento jurídico señala pautas de valoración pero, en mi opinión, no se trata de pautas de valoración *últimas*. ¿Cómo pueden ser pautas de valoración últimas cuando están sometidas a tensiones estructurales, a contradicciones fundamentales?. Por el contrario, considero que las pautas de valoración últimas se encuentran en la visión de mundo, en las concepciones políticas de los operadores jurídicos.

res jurídicos, dentro del amplio margen de opciones valorativas que permite la Constitución y el ordenamiento jurídico, resuelven las contradicciones valorativas con base en sus visiones de mundo. En otras palabras, el derecho aporta un margen muy amplio de valoración, margen que se rellena con las concepciones políticas, con las visiones de mundo de los operadores jurídicos.

De este modo rechazo la *fundamental diferencia entre política jurídica y aplicación del derecho*<sup>33</sup>. O, dicho con otras palabras, la influencia de las visiones de mundo y de las concepciones políticas del intérprete convierte en muy problemática la distinción entre la argumentación de *lege data* (según el derecho existente) y la argumentación *de lege ferenda* (proponiendo modificaciones legislativas), ya que existe una amplísima zona de incertidumbre entre las dos categorías<sup>34</sup>. Las mismas conclusiones planteo en relación con la dis-

---

<sup>33</sup> Distinción de la que parte Claus-Wilhelm CANARIS: 1998, 165. Aunque este autor reconoce la existencia de zonas intermedias: «Que existen contactos y casos fronterizos es algo que no debe negarse, pero ello no impide ver la distinción como correcta *en su núcleo*» (cursiva original, nota 59, pág. 165). El problema es entonces determinar cuál es el alcance de este núcleo. Mi impresión es que CANARIS considera que estos casos fronterizos son la excepción, no la regla general.

<sup>34</sup> Karl LARENZ: 1994, 230, indica que «Es usual que el jurista distinga rigurosamente entre enunciados “de lege data” y “de lege ferenda”. Esta distinción debe mantenerse. No todo lo que puede ser deseable jurídico-políticamente puede realizarse en el marco de las leyes vigentes con los medios de interpretación y desarrollo del Derecho garantizados metódicamente. Existen, además, cuestiones que son de importancia tan trascendental para las más diferentes esferas de la vida, que sólo el legislador, que ha podido conseguir la necesaria perspectiva, está llamado a su solución. El juez no debía quitar al legislador las decisiones por él exigidas. Sin embargo, la consideración de *puntos de vista jurídico-políticos* es legítima, *dentro de ciertos límites*, en la interpretación y desarrollo interpretativo del Derecho vigente» (la cursiva es mía). Karl LARENZ reconoce así la posibilidad de utilizar argumentos políticos en la interpretación, pero circunscribe su campo a una zona limitada, residual.

La primera crítica que, en mi opinión, se puede hacer a LARENZ es que oculte la existencia de una amplia zona gris entre los enunciados *de lege data* y *de lege ferenda*. Por otra parte, cuando reconoce la posibilidad de interpretar el derecho desde puntos de vista jurídico-políticos, aunque *dentro de ciertos límites*, lo que está haciendo es quitarse de encima el problema fundamental. Problema que consiste en determinar los límites a que se encuentran sometidos los puntos de vista jurídico-políticos, es decir las visiones de mundo, en la interpretación. Considero que, con el reconocimiento de los argumentos jurídico-políticos en la interpretación, pierde sentido la dicotomía *de lege data-de lege ferenda*, porque la distinción no puede ser rigurosa. La influencia de las visiones de mundo no se da únicamente en ámbitos marginales, limitados, sino que, en mi opinión, afecta a la estructura del derecho en su conjunto.

tinción entre «*pensar dogmático*» y «*pensar investigador*» que, en mi opinión, es prácticamente idéntica a las dos dicotomías criticadas anteriormente<sup>35</sup>.

Desde mi comprensión del derecho, considero que el discurso jurídico se reconstruye constantemente mezclando elementos de carácter interno (el contenido de las normas) y de carácter externo (las concepciones políticas). El proceso de reconstrucción es básicamente el mismo tanto en el momento de creación del derecho como en el momento de aplicación de las normas. Otra cosa es que el elemento interno pueda constreñir más al operador jurídico cuando aplica el derecho que cuando lo crea, ya que en la creación el elemento externo tiene, en principio, un mayor margen<sup>36</sup>. Por ello, quiero poner de ma-

<sup>35</sup>. La distinción entre *pensar dogmático* y *pensar investigador* ha sido propuesta por Alfredo GALLEGO ANABITARTE: 1996, 11-14, basándose en la obra de Theodor VIEHWEG. Para GALLEGO ANABITARTE, «La ciencia del Derecho tiene un doble carácter: por una parte es un *pensar dogmático*; por otra parte, un *pensar investigador*» (págs. 11-12). El pensar dogmático «tiene como fin el pensar hasta el final una opinión –*opinio iuris*– dotada de autoridad, habrá que “apurar” esa opinión pensando todas sus posibilidades, pero estará prohibido salirse de ella»; esta clase de pensamiento «se tiene que mover y mantenerse dentro del cuadro dado» (págs. 12-13). Por su parte, el pensar investigador «es aquel que no está sometido al marco impuesto por una “opinión” dada; aquí se preguntará constantemente y se estará dispuesto a abandonar en cuanto sea necesario cualquier “opinión”» (pág. 14). Pertenecen al pensar investigador la Filosofía del Derecho, la Historia y la Sociología del Derecho. GALLEGO ANABITARTE afirma que «el *ius publicista* tiene que estar abierto al fenómeno social, pero esta apertura deberá estar centrada en torno a la norma jurídica impuesta, de tal manera que estará obligado a moverse dentro del marco dogmático a partir del cual dará la respuesta, la única relevante» (pág. 30). Aunque reconoce que el pensar investigador sirve de complemento al pensar dogmático, concluye señalando que «debe quedar clara la estricta distinción y separación entre el pensar dogmático y el pensar investigador, y la lógica primacía de aquél sobre éste, en la tarea del *ius publicista*, tanto del constitucionalista como del administrativista» (pág. 31); y que «el pensar dogmático que se le impone al jurista le obliga a desentrañar el sentido del material (“dogma”, “opinión”, “proposición jurídica”) jurídico para obtener los conceptos relevantes y llevar a cabo su interpretación, construcción conceptual y sistema» (pág. 33).

<sup>36</sup>. También hay que tener en cuenta que el elemento jurídico interno constriñe tanto menos cuando más arriba de la pirámide jurídica nos encontramos. Así, en el nivel constitucional de los derechos fundamentales las consideraciones externas se introducen por la puerta grande. En el nivel reglamentario, dejando aparte la intensidad de la regulación legal, el grado de constricción del elemento interno es mayor.

En mi opinión, constituyen operaciones similares tanto la del legislador que desarrolla un derecho fundamental como la del intérprete que plantea la inconstitucionalidad de una ley por vulnerar un derecho fundamental. En ambos casos se está reconstruyendo el derecho fundamental y en ambos casos entran en juego consideraciones políticas. Y el proceso de reconstrucción es similar entre el operador jurídico que aprueba un reglamento en el marco de lo establecido en la ley como quien interpreta la ley para demostrar que ese reglamento es ilegal.



nifiesto que las visiones del mundo, las concepciones políticas de los operadores jurídicos, juegan un papel fundamental en la interpretación normativa. Esta es una cuestión que el discurso jurídico dominante oculta tras la distinción entre argumentación de *lege lata* y de *lege ferenda*, tras la distinción entre derecho y política<sup>37</sup>.

## V. LA COMPRENSIÓN PARADIGMÁTICA DEL DERECHO COMO FORMA DE PONER DE MANIFIESTO QUE LA DOGMÁTICA ES POLÍTICA

De la misma forma en que no se pueden hacer multiplicaciones con números romanos, el fundamento político de la dogmática pasa totalmente desapercibido a los instrumentos intelectuales que emplean los juristas. Ya he señalado que la consideración del ordenamiento como sistema sirve para ocultar las tensiones estructurales que conforman el derecho del Estado contemporáneo. Este fundamento político también queda oculto en la delimitación de conceptos jurídicos.

Desde la metodología dominante se señala que los conceptos se crean separando y generalizando determinados elementos, o notas distintivas, de los supuestos de hecho de una regulación jurídica<sup>38</sup>. La selección de estas notas distintivas está «esencialmente codeterminada por el fin que la ciencia respectiva persigue con su formación del concepto»<sup>39</sup>. Los conceptos forman un sistema, que se crea según las reglas de la lógica formal, de modo que de los conceptos más abstractos se deriven dos conceptos que se relacionan en forma de antítesis contradictoria<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup>. En esta cuestión quiero citar de nuevo al movimiento *CLS*. Este movimiento jurídico rechaza la separación entre derecho y política, siendo uno de sus lemas “el derecho es política” (*«Law is politics»*). Para los *CLS*, la lucha política no se limita a la creación del derecho, sino que se mantiene presente en el funcionamiento ordinario del sistema jurídico. Son los debates políticos los que orientan el debate jurídico, es decir, que las mismas ideologías y argumentos presentes en el debate político se reflejan en el discurso jurídico. Aunque hay que tener en cuenta que, en el ámbito del derecho, el enfrentamiento político se encuentra sometido a ciertas reglas y condicionamientos que no existen en un ámbito exclusivamente político. Cfr. Juan A. PÉREZ LLEDÓ: 1996, 272-274.

<sup>38</sup>. Cfr. Karl LARENZ: 1994, 438 y 440.

<sup>39</sup>. Karl LARENZ: 1994, 440.

<sup>40</sup>. Cfr. Karl LARENZ: 1994, 437 y 443.

La elaboración de conceptos se considera, de este modo, como una operación de carácter fundamentalmente lógico-deductivo<sup>41</sup>. Esta postura metodológica oculta el problema principal de los conceptos: que en el fondo, la selección de notas distintivas que conforman el concepto obedece siempre a una decisión valorativa<sup>42</sup>. Esta decisión valorativa se encuentra, en cierta medida, constreñida por la finalidad de la disciplina y por las características del objeto de estudio, pero estos condicionantes siempre dejan abierto un enorme campo de libertad al intérprete. Yo considero que la existencia de este campo de libertad, que sólo puede ser completado con los juicios de valor que aporta el intérprete —el operador jurídico—, es el elemento esencial en la delimitación de los conceptos jurídicos.

Los conceptos jurídicos son el instrumento a través del cual el jurista analiza la realidad. Los conceptos determinan, a través de las notas distintivas, qué aspectos de la realidad son importantes y cuáles no. El concepto ilumina una parte de la realidad y, al mismo tiempo, oculta otra. En el fondo de esta decisión se encuentra un juicio de valor. Un juicio de valor propio del sujeto que delimita —o emplea— el concepto. Este juicio de valor, en mi opinión, tiene como base las concepciones políticas del intérprete, del operador jurídico. Cuestión que permanece oculta cuando se sostiene que la delimitación de los conceptos obedece a una operación lógica.

<sup>41</sup>. Aunque el discípulo de Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, puntualiza que «Los conceptos, aun cuando hayan sido correctamente formados contienen la valoración de modo mediato, como encerrada, mientras el principio la muestra claramente» (CANARIS: 1998, 58-59); «en el concepto (correctamente formado) la valoración está implícita, mientras que el principio, por el contrario, la hace explícita» (pág. 59).

<sup>42</sup>. Desde el *uso alternativo del derecho*, se ha señalado que «todas las operaciones de abstracción presuponen una opción: la afirmación del carácter esencial de una “cualidad” respecto a las demás, que no se consideran esenciales para los fines “de la unificación” en una categoría única. ¿Cómo se legitima esta opción? ¿Puede fundamentarse en términos lógicos? A decir verdad, la afirmación de la esencialidad de una cualidad particular de un sujeto o de un objeto nunca se ha realizado sobre la base de una demostración lógica. Es el resultado de una valoración, de un juicio de valor “condicionado” por el punto de vista previamente elegido, y, a su vez, expresivo de la específica colocación histórica del sujeto y del tipo de base económica que caracteriza a una formación social determinada. Que ello es así lo demuestra, por lo demás, la sucesión de modelos culturales distintos en la representación de lo que caracteriza al hombre medio» Pietro BARCELLONA en Pietro BARCELLONA y Giuseppe COTTURRI: 1976, 99. En su opinión, el razonamiento jurídico que se presenta como una operación lógica, sin referirse a la base económica ni a los modelos culturales, impide «que se tome realmente conciencia de los condicionamientos económicos, culturales, históricos y concretos de las categorías y de las instituciones jurídicas» (pág. 100).

El fundamento político de la dogmática se puede poner de manifiesto, por ejemplo, a través de una comprensión paradigmática del derecho. Los paradigmas jurídicos han sido definidos por Jürgen HABERMAS como «imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho»<sup>43</sup>. Históricamente se pueden citar los paradigmas propios del «derecho formal burgués» y del «derecho materializado en términos de Estado social»<sup>44</sup>. HABERMAS propone un nuevo paradigma, el «paradigma procedimental de derecho», que intenta asegurar al mismo tiempo la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos<sup>45</sup>. Según HABERMAS, la discusión sobre la comprensión paradigmática de un sistema jurídico es una disputa de carácter político<sup>46</sup>.

Los paradigmas jurídicos dominantes hasta ahora en el derecho público son el paradigma liberal de derecho y el paradigma social de derecho. El fundamento de ambos paradigmas se encuentra en distintas concepciones sobre la sociedad, las relaciones entre sociedad y Estado, y las funciones que le corresponden al Estado<sup>47</sup>. Además, ambos paradigmas proponen distintas ideas de justicia<sup>48</sup>.

<sup>43</sup>. Jürgen HABERMAS: 1998, 473.

<sup>44</sup>. Jürgen HABERMAS: 1998, 292.

<sup>45</sup>. Cfr., Jürgen HABERMAS: 1998, 492-493 (por ejemplo). Este paradigma pone el énfasis en la protección de las condiciones procedimentales del proceso democrático (pág. 525, sobre esto también cfr. 527-529), colocando en primer plano a la sociedad civil y al espacio público-político (pág. 531). El paradigma procedimental «se limita a señalar condiciones necesarias bajo las que los sujetos jurídicos, en su papel de ciudadanos, pueden entenderse entre sí sobre cuáles son sus problemas y sobre cómo deben ser resueltos» (pág. 531).

<sup>46</sup>. «La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de la sociedad, es en su núcleo una disputa política», Jürgen HABERMAS: 1998, 477.

<sup>47</sup>. En la caracterización del paradigma liberal y del paradigma social que realizo en los párrafos siguientes, tengo muy en cuenta las características que señala Manuel GARCÍA-PELAYO: 1996, 21-40 (el entecomillado corresponde a la pág. 27) y 123-127, en relación con los modelos del Estado liberal y del Estado social. Aunque Manuel GARCÍA-PELAYO no utiliza el instrumento de los paradigmas, considero que hace referencia a la misma problemática político-jurídica. En un sentido similar, Jürgen HABERMAS: 1998, 483-486 (también págs. 502-503).

Una explicación parecida de los paradigmas se encuentra en Gunther TEUBNER: 2000, 102. En la descripción del derecho formal, el derecho material y el derecho reflexivo, este autor tiene en cuenta tres dimensiones: (1) «Justificación de la norma», (2) «Funciones externas del derecho» y (3) «Estructura interna del derecho». Los modelos de derecho formal y derecho material que emplea Gunther TEUBNER, son asimilables, respectivamente al paradigma liberal y al paradigma social (cfr. págs. 102-105).

<sup>48</sup>. Sobre los distintos criterios de justicia que propone cada paradigma, puedes ver Jürgen HABERMAS: 1998, 502.

Así, el paradigma liberal mantiene una comprensión individualista de la sociedad, en la que ésta se entiende formada únicamente por individuos. La sociedad y el Estado se conciben como sistemas enfrentados y opuestos. Por otra parte, el Estado debe limitarse a garantizar unas condiciones mínimas de libertad y de seguridad, sin intervenir en el funcionamiento espontáneo de la sociedad que tiene lugar a través del mecanismo del mercado. De este modo, se considera que la sociedad, por sí sola, dará lugar al mejor de los órdenes posibles. La libertad es el valor más importante. En última instancia, se trata de «proteger a la sociedad del Estado», de limitar la actuación de éste, lo que se consigue a través de mecanismos jurídicos como el principio de legalidad, las declaraciones de derechos y la separación de poderes. La idea de justicia liberal se reduce a la igual distribución de derechos, sin tener en cuenta las diferentes condiciones materiales de las personas.

El paradigma social no concibe únicamente la sociedad de forma individualista, sino que también tiene en cuenta la existencia de organizaciones en las que los individuos se agrupan. Tampoco parte de la oposición entre sociedad y Estado, sino de que ambos se necesitan mutuamente para poder realizarse. Atribuye al Estado un papel de conformación social, ya que considera que la autorregulación social a través del mercado da lugar al aumento de las desigualdades. La redistribución del producto social legitima la actuación del Estado, redistribución que se lleva a cabo a través de prestaciones sociales. Desde este modelo, se propone que hay que «proteger a la sociedad por la acción del Estado», para lo cual hay que dotar al Estado de los mecanismos jurídicos adecuados. La idea de justicia que propone el paradigma social es la justicia distributiva, es decir, la justa distribución de los bienes y servicios socialmente producidos.

Los paradigmas liberal y social suponen así, en mi opinión, distintos proyectos políticos, en gran medida contradictorios. Estos proyectos determinan la perspectiva desde la cual cada intérprete analiza los distintos problemas jurídicos a los que se enfrenta. Son proyectos políticos que se han formado históricamente, y que siguen proponiendo distintas formas de configuración social. Ninguno de estos paradigmas en conflicto ha sido capaz de eliminar totalmente los elementos del otro paradigma, porque, como ya he señalado, el derecho del Estado contemporáneo está formado por diferentes tensiones estructurales, tensiones que posibilitan diferentes reconstrucciones del derecho desde cada paradigma.

La comprensión paradigmática del derecho permite poner de manifiesto cómo las polémicas doctrinales tienen su origen en distintas concepciones del mundo. Así, los distintos elementos jurídicos se combinan de distinta manera y se interpretan de diferente forma en función de la visión de mundo, de las

concepciones políticas del intérprete. Me limitaré a tomar dos ejemplos: el concepto de reglamento y la Constitución económica.

Empezando por el concepto de reglamento, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que nuestro ordenamiento establece cuatro elementos para construir el concepto de reglamento<sup>49</sup>. Estos cuatro elementos son: el principio de legalidad, la competencia para dictar los reglamentos, la jerarquía normativa y la reserva de ley. Sin embargo, ni la Constitución ni la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, señalan la forma en que estos elementos se combinan, es decir, si unos tienen más importancia que otros (dicho técnicamente, el derecho no fija de qué forma se organizan estos elementos en un *orden de prelación*). El ordenamiento jurídico tampoco determina el contenido último de cada uno de estos elementos.

De este modo, considero que nuestro ordenamiento permite distintas construcciones del concepto de reglamento. Estas distintas construcciones se pueden clasificar bajo el concepto de reglamento desde un paradigma liberal o bajo el concepto de reglamento desde un paradigma social. El paradigma liberal otorga mayor importancia a los elementos propios del Estado de derecho, mientras que el paradigma social pone el énfasis en los elementos propios del Estado social. Las construcciones del concepto de reglamento que propone cada uno de estos paradigmas se manifiestan en un diferente orden de prelación de los elementos señalados anteriormente y también en una diferente comprensión del contenido de cada uno de estos elementos.

Desde el paradigma liberal, se plantea la sujeción absoluta del reglamento a la ley. El orden de prelación propio de este paradigma es: (1) Principio de legalidad; (2) Competencia; (3) Jerarquía normativa y (4) Reserva de ley. La potestad reglamentaria se considera como una potestad administrativa, sometida plenamente a la ley y al derecho. El Gobierno necesita una habilitación legal específica para ejercer la potestad reglamentaria, en virtud del principio de legalidad. Y se entiende que la Constitución recoge una reserva de ley de tipo general, que abarca toda actuación que limite los derechos y deberes de los ciudadanos. Los reglamentos independientes o no se reconocen, o se reducen al ámbito organizativo de la Administración. Y la potestad reglamentaria del

---

<sup>49</sup>. En lo que sigue, resumo los datos más importantes de Eduardo MELERO ALONSO: 2003, 57-81. Dentro del concepto de reglamento desde un paradigma liberal incluyo a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Ángel GARRORENA MORALES, y Francisco RUBIO LLORENTE. Por su parte, dentro del concepto de reglamento desde un paradigma social, hay que tener en cuenta a Ignacio de OTTO, Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, y José María BAÑO LEÓN.

Ministro se limita, en principio, a las materias organizativas, salvo que una habilitación expresa permita que se dicten Órdenes ministeriales ejecutivas que afecten a los derechos de los ciudadanos.

Por el contrario, el paradigma social reconoce un mayor ámbito de actuación a la potestad reglamentaria del Gobierno. El orden de prelación del análisis es: (1) Competencia para dictar reglamentos; (2) Jerarquía normativa; (3) Reserva de ley, y (4) Principio de legalidad. Este paradigma parte de que es la Constitución la norma que atribuye potestad reglamentaria al Gobierno. Se niega la existencia de una reserva de ley genérica, ya que la Constitución sólo reserva a la ley materias concretas señaladas expresamente; lo que no impide que la ley pueda regular cualquier materia. El principio de legalidad se limita a la jerarquía superior de la ley y a la reserva de ley. Los reglamentos independientes pueden dictarse en las materias no reservadas, sin necesidad de autorización específica. Y los Ministros, pueden aprobar reglamentos independientes que afecten a los ciudadanos, en las materias propias de su departamento.

Estas dos reconstrucciones son, en mi opinión, igualmente jurídicas dentro de nuestro sistema constitucional. La opción por una o por otra obedece, en última instancia a la concepción de la sociedad y del Estado que se mantenga, más liberal o más social. La disputa en relación con el concepto de reglamento es política. Aunque parezca que se refiere a una cuestión puramente teórica, tiene una gran trascendencia práctica. En el fondo se encuentra la posibilidad de permitir un mayor o menor ámbito de actuación al Gobierno en la vida económica y social, así como en relación con los derechos de los ciudadanos.

En cuanto a la Constitución económica, es decir, los preceptos constitucionales que establecen el marco jurídico de la actividad económica, los elementos normativos básicos son: la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general y el reconocimiento de la iniciativa pública en la economía (art. 128 CE) y la posibilidad de que el Estado planifique la actividad económica general (art. 131 CE). En mi opinión, en este caso la Constitución tampoco determina el contenido de estos elementos, ni la forma en que han de interpretarse unos en relación con otros, ni su orden de prelación. Doctrinalmente, se pueden agrupar las distintas interpretaciones de nuestra Constitución económica en tesis «liberalizantes» y tesis «socializantes»<sup>50</sup>. Distinción que obede-

<sup>50</sup>. En la caracterización de las tesis «liberalizantes» y de las tesis «socializantes» sigo a Jorge CANCIO MELIÁ: 2002, 54-66. Para un estudio más profundo de esta cuestión puedes acudir a dicho artículo y a la bibliografía allí citada. Por cierto, Jorge CANCIO MELIÁ estudia la Constitución económica desde una perspectiva crítica similar a la que mantengo en este trabajo.

ce, en mi opinión, a los distintos paradigmas que mantienen los autores, un paradigma liberal o un paradigma social respectivamente.

La tendencia liberalizante considera que el elemento preponderante es el artículo 38 CE, la libertad de empresa. Entre otras razones, porque forma parte de los derechos de los ciudadanos. Se entiende que la iniciativa económica pública debe ser subsidiaria, sometiéndose, en todo caso, a las mismas condiciones de competencia que la iniciativa privada. La intervención mediante empresas públicas debe estar justificada por un interés general claro y preciso. La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, se considera un supuesto absolutamente excepcional. Por último, se entiende que la planificación no puede tener carácter imperativo, sino únicamente eventual e indicativo.

Por su parte, la tendencia socializante da más importancia a la iniciativa económica pública que, al menos, se encuentra en igualdad de condiciones con respecto a la iniciativa privada. A la iniciativa pública se le atribuyen las tareas de corregir las insuficiencias del mercado, asegurar el servicio público y favorecer la igualdad material de los ciudadanos. La reserva de recursos o servicios esenciales se considera un instrumento fundamental en la intervención económica del Estado, entendida como un instrumento de transformación social. También se considera que la planificación puede tener contenido imperativo. Se otorga mayor importancia a la vertiente objetiva de la libertad de empresa que a la subjetiva. Por último, se entiende que puede haber diversos tipos de economía de mercado, de carácter capitalista e incluso socialista.

Vuelvo a repetir que, en mi opinión, tanto la lectura liberalizante, como la lectura socializante son igualmente jurídicas dentro de nuestro sistema constitucional<sup>51</sup>. La opción por una u otra es, en mi opinión, una cuestión de carácter político, no de técnica jurídica. Por el contrario, la mayoría de los juristas presentan la dogmática ante la sociedad como una actividad neutral y autónoma<sup>52</sup>.

<sup>51</sup>. Jorge CANCIO MELIÁ: 2002, 65, considera que la Constitución económica de 1978 recoge un «modelo abierto». Este autor señala que las doctrinas liberalizantes sostienen que la suya es la interpretación correcta de la Constitución y niegan legitimidad a las demás interpretaciones del modelo económico (mira la pág. 59). *Para que luego digan que la dogmática jurídica no es política*.

<sup>52</sup>. En este sentido, Pierre BOURDIEU: 2000, 210, afirma que «una de las funciones del trabajo propiamente jurídico de codificación de las representaciones y de las prácticas éticas es contribuir a fundar la adhesión de los profanos a los fundamentos mismos de la ideología profesional del cuerpo de juristas, a saber, la creencia en la neutralidad y la autonomía del derecho y los juristas».

## VI. LA FUNCIÓN PRESCRIPTIVA DE LA DOGMÁTICA Y LAS VISIONES DE MUNDO

La dogmática jurídica no sólo cumple una función explicativa. Paralelamente, la dogmática despliega una dimensión prescriptiva<sup>53</sup>. Esta función prescriptiva se cumple desde el momento en que las normas se aplican teniendo en cuenta los conceptos elaborados y/o delimitados doctrinalmente. Es decir, las normas se aplican desde un entramado de categorías construidas doctrinalmente. De forma que la dogmática jurídica no sólo explica el significado de las normas, sino que también prescribe la forma en que éstas deben ser aplicadas o, al menos, lo pretende. Así, el conocimiento jurídico influye en las interpretaciones que realizan los distintos operadores jurídicos (jueces, Administración, abogados,...).

Ya he señalado que considero que el saber dogmático, el conocimiento jurídico, se encuentra formado por las visiones de mundo, por las concepciones políticas de los intérpretes. Lo que sucede en la práctica es que las normas se aplican desde las concepciones políticas, desde las visiones de mundo hegemónicas en la sociedad (y que, curiosamente, suelen coincidir con los valores y la visión de mundo de las clases dominantes).

El círculo se cierra. Al aplicar las normas desde una determinada concepción de mundo, cada vez que se aplica la norma se refuerza esa visión hegemónica, institucionalizándose. Así, el discurso jurídico reproduce constantemente la visión de mundo socialmente hegemónica.

## VII. ENSEÑANZA DEL DERECHO Y VISIONES DE MUNDO

El conocimiento sobre el derecho se obtiene fundamentalmente por intermediación de la dogmática jurídica<sup>54</sup>. La enseñanza en las facultades de dere-

<sup>53</sup>. Alberto CALSAMIGLIA: 1986, 50, 79, y 132 ss; alude repetidamente a la función prescriptiva de la dogmática jurídica. Mucho más moderado se muestra, en este sentido, Claus-Wilhelm CANARIS: 1995, 30-31, quien hace referencia, junto a la función explicativa de las teorías jurídicas, a su *función heurística*. Dentro de esta función heurística, entiende que el jurista «utiliza teorías para la obtención de nuevas reglas» (pág. 30).

<sup>54</sup>. Juan Ramón CAPELLA: 1999, 146, señala que en los centros de estudio del derecho, «El ordenamiento normativo es aprehendido desde el entramado jurídico-discursivo complejo que suministra la doctrina». Para Alberto CALSAMIGLIA: 1986, 131, la comunidad dogmática «monopoliza la transmisión del conocimiento jurídico» y «la columna vertebral de las enseñanzas del derecho –al menos en nuestro país– está constituida por el conocimiento dogmático».



cho juega aquí un papel de primer orden. Aunque también hay que tener en cuenta los cursos de postgrado, los cursos de práctica jurídica y la formación que se ofrece para superar las oposiciones jurídicas.

Si estás de acuerdo conmigo en que las concepciones políticas predeterminan los discursos jurídicos, la primera pregunta que tendríamos que hacernos es si la enseñanza del derecho hace expresos estos problemas. Sobre todo, si las distintas doctrinas jurídicas se conectan con determinadas visiones de mundo. Si has llegado hasta aquí, paciente lector o lectora, supongo que al menos estarás de acuerdo conmigo en que todas estas cuestiones casi nunca –por no decir nunca– se plantean en las aulas. Las polémicas doctrinales se explican, si es que se hace, como una diferente interpretación gramatical, o como una cuestión de preferencias personales. Las propuestas para incluir abiertamente cuestiones de tipo moral y político dentro de la enseñanza del derecho positivo<sup>55</sup>, se quedan sencillamente en eso, en propuestas.

Pienso que, de esta forma, se introduce la enseñanza del derecho un *curriculum oculto*. Es decir, junto a la enseñanza del derecho, de contenidos jurídico-normativos, se les están introduciendo contenidos de consciencia a l@s estudiantes sin advertírselo (vamos, que os están –os estamos– *comiendo el tarro*). Estos contenidos de consciencia tienen que ver básicamente con la perspectiva desde la que se analizan las normas jurídicas que, en el fondo obedece a unas determinadas concepciones políticas, a una concreta visión de mundo. De este modo se ejerce sobre l@s estudiantes una forma de violencia simbólica<sup>56</sup>. Vamos, que la imagen ideal de la dogmática hechiza a l@s estudiantes de derecho con distintos tópicos, como la comprensión del ordenamiento como un todo armónico, la consideración de la justicia como un valor immanente al derecho, o que el ordenamiento da lugar a una única solución correcta en cada caso. Además, la idea de la autonomía del discurso jurídico fo-

---

<sup>55</sup>. Así, Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ: 2002, 215-216, señala que «Habría pues que construir un tipo de teorización jurídica no-formalista que fuera no sólo más abierta a consideraciones sociológicas, sino sobre todo que introduzca abiertamente, *dentro de la enseñanza del Derecho positivo* y de su elaboración dogmática, el discurso moral y político y el cuestionamiento de las grandes cuestiones de fondo sobre el mundo social que tenemos y sobre cómo contribuir a transformarlo utilizando el Derecho. Este tipo de dogmática (no sé si debería seguir llamándose así) que propongo, prácticamente no existe en nuestras facultades» (la cursiva es original).

<sup>56</sup>. Violencia simbólica que, según Pierre BOURDIEU: 2000, 210, «sólo se puede ejercer con la complicidad de los que la sufren».

menta en l@s estudiantes una mentalidad apolítica, en el fondo conservadora, que asume como necesarias las construcciones jurídicas dominantes<sup>57</sup>.

Para ser un poco más concreto, el derecho administrativo se explica –y se construye– de distinta manera según la visión de mundo de cada autor. Los autores que mantienen un paradigma liberal toman como núcleo los derechos y libertades de los ciudadanos, sin plantear una perspectiva de análisis desde la idea de interés público. De esta forma se impone una visión liberal del mundo, y no se tienen en cuenta las desigualdades materiales que existen entre los ciudadanos. Por su parte, desde un paradigma social la categoría central es el interés público que se concreta en la actuación administrativa. Este paradigma pone en manos del Estado mayores poderes de actuación y aunque también se tienen en cuenta las garantías de los ciudadanos, ésta no es la categoría desde la que se explica todo el derecho.

Si te propones poner en práctica un aprendizaje crítico, no conformista del derecho, creo que debes estar muy atento a estas cuestiones. Como l@s profesor@s no hacen referencia a las concepciones de mundo que orientan las distintas interpretaciones jurídicas, éstas te pueden parecer el resultado lógico y natural de la norma. Pero no te equivoques, tras cada interpretación se encuentra una determinada visión política que se enfrenta a otras interpretaciones no menos políticas. Otra cuestión es que no es nada fácil descubrir las raíces políticas de las concepciones jurídicas, ya que lo normal es que permanezcan ocultas.

## VIII. CONCLUSIONES. LA DOGMÁTICA JURÍDICA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

La dogmática jurídica se presenta a la sociedad bajo la apariencia de una ciencia, que cumple únicamente una función técnica. Como ya he señalado, considero que la dogmática, sin embargo, cumple una función política de pri-

<sup>57</sup> Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ: 2002, 247, considera que «Inculcar en los estudiantes la mentalidad, tan “de jurista”, de la (falsa) autonomía del discurso jurídico respecto del político–moral.... supone *inculcarles una mentalidad política, y muy política: la mentalidad políticamente conservadora de “jurista apolítico”, el cual eleva a “neutrales” y “necesarias” las opciones –en realidad políticas– subyacentes a la representación dominante del Derecho. Al excluir las consideraciones políticas y morales en la enseñanza, se está desmovilizando a los futuros juristas a la hora de cuestionarse política y moralmente lo que están aprendiendo, y se está obstaculizando su creatividad para buscar nuevas visiones posibles del universo jurídico» (la cursiva es mía).*

mer orden, ya que reproduce la visión de mundo hegemónica en la sociedad. Surge por tanto el problema de si la dogmática se encuentra legitimada para ejercer esta función política en una sociedad democrática.

En mi opinión, lo más urgente es dejar claro la raíz política de la dogmática jurídica, es decir, que las propuestas doctrinales tienen su fundamento último en la visión de mundo, en las concepciones políticas de los intérpretes. Posteriormente debería abrirse el debate sobre cualquier cuestión jurídica a la sociedad<sup>58</sup>. Por cierto, la dogmática jurídica dominante no se plantea estas cuestiones ya que se concibe a sí misma como una actividad meramente técnica.

El problema que surge entonces es el de determinar la forma en que ese debate se llevará a cabo. Una postura de democracia radical es la planteada por Paul FEYERABEND, según la cual tanto los problemas como los resultados científicos han de ser evaluados política y democráticamente, por «consejos de ciudadanos»<sup>59</sup>. Por su parte, Pierre BOURDIEU, sostiene que los resultados de la ciencia deben llegar a toda la sociedad<sup>60</sup>, pero manteniendo la autonomía de sus criterios de creación científica<sup>61</sup>. Aunque este autor es consciente de que

<sup>58</sup>. Ya he mencionado la postura de Jürgen HABERMAS: 1998, 477, según la cual: «La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de la sociedad, es en su núcleo una disputa política. En el Estado democrático de derecho esa disputa concierne a todos los implicados, no puede efectuarse solamente en las formas esotéricas de un discurso de expertos desligado del espacio público-político. La justicia y la dogmática jurídica, en virtud de la prerrogativa en lo tocante a toma de decisiones y, en general, en virtud de sus experiencias y conocimientos profesionales, están implicadas de un modo privilegiado en esta disputa de interpretaciones; pero no pueden invocar su autoridad científica para imponer a los demás una comprensión de la Constitución, de la que el público de ciudadanos ha de empezar convenciéndose».

Compara, en este punto, la cita de Thomas S. KUHN: 2000, 258, para quien «La existencia misma de la ciencia depende de que el poder de escoger entre paradigmas se delegue en los miembros de una comunidad de tipo especial». Mantiene así, una concepción aristocrática de la ciencia, que oculta la dimensión política que tiene la elección entre paradigmas en conflicto.

<sup>59</sup>. «En una democracia, por ejemplo, los resultados científicos serán evaluados por consejos de ciudadanos debidamente elegidos: no son, así, los expertos, sino los comités democráticos quienes se constituyen en autoridad definitiva para todas las cuestiones de tipo científico. No es “la verdad” quien decide, sino las opiniones que proceden de estos comités» Paul FEYERABEND: 2000, XVI.

<sup>60</sup>. «Una de las misiones de los investigadores, y en particular de los científicos —y puede que sea especialmente acuciante en el campo de las ciencias sociales— es hacer llegar a todos los logros de la ciencia», Pierre BOURDIEU: 2001, 18.

<sup>61</sup>. Pierre BOURDIEU: 2001, 93-97.

la dogmática es tanto ciencia como política o dicho en su terminología, el «campo jurídico» comparte de lógica del «campo político» y del «campo científico»<sup>62</sup>.

Me limito a dejar abierta la cuestión, una cuestión a la que deberíamos dar respuesta entre todos y todas, no sólo entre quienes forman (formamos) parte de la academia de juristas. Aunque también soy consciente de que las condiciones económicas y sociales actualmente existentes dificultan enormemente la apertura de este debate a toda la sociedad<sup>63</sup>. El derecho y las interpretaciones jurídicas pueden ejercer un papel importante en el establecimiento de las condiciones económicas y sociales que faciliten la apertura de este debate. Aunque este papel también puede ser de obstáculo. Desde mi punto de vista, la dogmática jurídica, apegada a su imagen ideal, asume un papel más cercano a esto último.

#### IX. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA PARA UN ESTUDIO CRÍTICO DEL DERECHO

He escrito este artículo desde una comprensión crítica del derecho. Si te interesa profundizar en las teorías críticas del derecho, que haberlas haylas, te pueden resultar útiles las siguientes recomendaciones bibliográficas.

Para ponerte en situación, y plantearte la forma en que quieres llevar a cabo tu aprendizaje crítico, puedes encontrar la ayuda de un verdadero amigo en el libro de Juan Ramón CAPELLA: *El aprendizaje del aprendizaje. Fruta prohibida. Una introducción al estudio del Derecho*, Trotta, Madrid, 1995. Si te planteas además mantener una actitud militante, una buena lectura complementaria se encuentra en el artículo «Studium Generale para todos los días de la semana» que se encuentra en Manuel SACRISTÁN: *Intervenciones políticas. Pánfletos y materiales III*, Icaria, Barcelona, 1985, páginas 30 a 49.

---

<sup>62</sup>. En opinión de Pierre BOURDIEU: 2000, 190, el campo jurídico «debe su eficacia específica al hecho de que participa a la vez de la lógica del campo político, que se organiza en torno a la oposición entre los amigos o aliados y los enemigos y tiende a excluir la intervención arbitral de un tercero, y de la lógica del campo científico que, cuando alcanza un alto grado de autonomía, tiende a conferir una primacía práctica al enfrentamiento entre lo verdadero y lo falso, confiriendo de hecho un poder arbitral a la concurrencia entre los iguales».

<sup>63</sup>. Sobre la importancia de las condiciones económicas y sociales en cuanto a la generalización (“universalización”) de los debates científicos puedes acudir a Pierre BOURDIEU: 2002, 203-219, especialmente páginas 212-216.

Entrando ya en el estudio crítico del derecho, te puedes hacer una buena imagen de conjunto con el breve artículo de Juan A. PÉREZ LLEDÓ: «Teorías críticas del Derecho», que se encuentra en Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco J. LAPORTA (editores): *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, páginas 87 a 102.

Una lectura fundamental es el libro de Juan A. PÉREZ LLEDÓ: *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996. Muchas de las ideas que mantengo en este artículo me las sugirió la lectura de este libro, en el que también se dedica un apartado a la enseñanza del derecho en Estados Unidos. También puedes leer, de uno de los miembros de este movimiento, Duncan KENNEDY: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre, Santafé de Bogotá, 1999.

Un excelente análisis crítico del derecho desde el punto de vista histórico se encuentra en Juan Ramón CAPELLA: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 1997. Este libro abarca desde las comunidades primitivas hasta fenómeno actual de la globalización o, como prefiere llamarlo el autor, de la tercera revolución industrial.

Para acercarte a los cambios que está ocasionando la globalización en el pensamiento jurídico puedes recurrir al libro de José Eduardo FARÍA: *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

Si te interesa un análisis de la Constitución totalmente alejado del discurso autocomplaciente que se suele dictar en la universidad, puedes leer de José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO: *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994. También puedes acudir al libro editado por Juan Ramón CAPELLA: *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003.

Por último, si quieres acercarte al derecho desde una perspectiva sociológica, es muy interesante el libro de Pierre BOURDIEU: *Poder, derecho y clases sociales*, Descleé de Brouwer, Bilbao, 2000.

## X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAGÓN REYES, Manuel (1995): «Los problemas del Estado social» en *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, páginas 121 a 141.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1980): «La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión», en VV.AA. *La empresa pública española*, Instituto de Estudios Fiscales, páginas 137 a 216.

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1999): *Principios de Derecho Público Económico. (Modelos de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Comares, Granada.
- BARCELLONA, Pietro y COTTURRI, Giuseppe (1976): *El estado y los juristas*, Fontanella, Barcelona.
- BOURDIEU, Pierre (2000): *Poder, derecho y clases sociales*, Descleé de Brouwer, Bilbao.
- BOURDIEU, Pierre (2001): *Sobre la televisión*, Anagrama, Barcelona.
- BOURDIEU, Pierre (2002): *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Anagrama, Barcelona.
- CALSAMIGLIA, Alberto (1986): *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.
- CANARIS, Claus-Wilhelm (1995): *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid.
- CANARIS, Claus-Wilhelm (1998): *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.
- CANCIO MELIÁ, Jorge (2002): «La Constitución económica: promesas incumplibles», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 7 (2002), páginas 49 a 101.
- CAPELLA, Juan Ramón (1976): «Sobre el mito de la soberanía popular», en *Materiales para la crítica de la filosofía del estado*, Fontanella, Barcelona, páginas 193 a 211.
- CAPELLA, Juan Ramón (1999): *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José A. (1991): «Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social», en OLIVAS, Enrique (coord.): *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, páginas 151 a 164.
- FEYERABEND, Paul (2000): *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Tecnos, Madrid.
- FORSTHOFF, Ernst (1986): «Concepto y esencial del Estado social de Derecho», en ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl: *El estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, páginas 71 a 106.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1992): *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, Madrid.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1994): *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1996): «La discusión sobre el método en Derecho público durante la República de Weimar (Ciencias del espíritu y método jurídico)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 46 (enero-abril 1996), páginas 11 a 37.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1994): *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1996): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.
- GARRORENA MORALES, Ángel (1984): *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid.
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid.
- KELSEN, Hans (1979): «Prólogo» a la *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

- KUHN, Thomas S. (2000): *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- LARENZ, Karl (1994): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2003): *Concepto y régimen jurídico de las disposiciones administrativas en el ámbito de la Administración del Estado. Una propuesta desde un paradigma social de derecho*, tesis doctoral, Madrid.
- NINO, Carlos Santiago (1997): *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona.
- OFFE, Claus (1992): «Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-administrativo», en *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, páginas 7 a 25.
- OTTO, Ignacio de (1988): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1983): *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio (1996): *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (número 6 – La enseñanza del Derecho)*, BOE, Madrid, páginas 197 a 268.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*; Marcial Pons, Madrid.
- SACRISTÁN LUZÓN, Manuel (1985): «Studium Generale para todos los días de la semana», en *Intervenciones políticas. Panfletos y materiales III*, Icaria, Barcelona, páginas 30 a 49.
- SERRANO MORENO, José Luis (1992): *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Comares, Granada.
- TEUBNER, Gunther (2000): «Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno», en BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther: *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre, Santafé de Bogotá, páginas 81 a 152.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid.