

# ESTUDIOS

## Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional\*

Juan Carlos BAYON

En la cultura jurídica contemporánea conviven enfrentadas dos concepciones radicalmente opuestas acerca del desempeño de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho. Quizá el modo más rápido de situar los términos de la discrepancia consista en mostrar las distintas reacciones que suscita en una y otra la sola mención de la idea de «activismo judicial». Hay, en primer lugar, una larga tradición de pensamiento jurídico-político que no ha dejado de prevenirnos contra los riesgos de un «gobierno de los jueces», o de unos «jueces legisladores» —si se me permite tomar en préstamo los títulos de algunas obras célebres<sup>1</sup>—, para la cual «activismo judicial» equivale sin más a invasión por parte del juez de un espacio de legitimidad que no le corresponde y, por ello mismo, a puesta en peligro del delicado sistema de equilibrios institucionales sin el que se frustraría irremisiblemente el ideal del Estado de Derecho. En el fondo de este primer punto de vista late la convicción, dicho muy descarnadamente, de que el juez activista no es más que un individuo que, considerándose acaso parte de una élite moral, impone a los demás sus propios valores sin tomarse el trabajo de ganarse el derecho para hacerlo pasando a través del proceso político ordinario (i.e., del procedimiento democrático). Esto es lo que, en forma transparente, han sostenido no hace mucho autores como Robert Bork o Antonin Scalia:

«No hay ninguna explicación satisfactoria de por qué un juez habría de tener la autoridad de imponernos su propia moral. [...] Una toga es enteramente irrelevante en cuanto al valor de las opiniones morales del que la lleva. Un juez no es sino un votante más y es en las urnas donde sus opiniones morales cuentan.»<sup>2</sup>

«El pueblo sabe que sus juicios de valor son tan buenos como los que enseñan en cualquier Facultad de De-

recho; quizá mejores. Si, de hecho, las libertades protegidas en la Constitución están [...] indefinidas y no delimitadas, el pueblo debería protestar y manifestarse ante el hecho de que implantemos nuestros valores, y no los suyos [...]. Los juicios de valor, después de todo, deben ser votados, no dictados.»<sup>3</sup>

Aunque todo esto son sólo unos pocos trazos gruesos, pueden bastar por el momento para marcar en forma gráfica las distancias respecto al segundo de los puntos de vista a los que me referí al principio. Para esta segunda concepción, «activismo judicial» no es una expresión necesariamente peyorativa. Se admite que lo sería si se entendiera por «juez activista» aquel que invade el espacio de la pura discrecionalidad política, donde sólo debe contar el criterio de oportunidad. Pero el núcleo de esta segunda concepción es la idea del juez como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a cualquier clase de actuaciones de los poderes públicos. Y lo que esa idea central llevaría aparejado es que en el mundo de las garantías el juez sí debe ser —por decirlo con palabras de Clemente Auger— «activista sin pudor»<sup>4</sup>. Dicho de otro modo: si los derechos son límites a las mayorías —y al poder que actúa en su nombre—, un juez que tome en serio su papel de garante de los derechos simplemente no podría limitarse a dar por bueno, sistemáticamente, el criterio de la propia mayoría —o mejor: del poder que actúa en su nombre— acerca del contenido y alcance de dichos derechos. Y si el no limitarse a eso le convierte en juez «activista», el activismo judicial resultaría ser no un vicio, sino una virtud, quizá incluso la virtud por excelencia de la función jurisdiccional en un Estado constitucional. Todo ello puede quedar convenientemente sintetizado en estas palabras de Roberto Bergalli:

\* Este trabajo reproduce sustancialmente mi intervención en el seminario «Política y Derecho: una tensión necesaria», organizado por Jueces para la Democracia en julio de 1996 dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense. He conservado el tono propio de una exposición oral, añadiendo tan sólo las oportunas notas y referencias bibliográficas.

<sup>1</sup> Raoul Berger: *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.), Harvard U. Press, 1977; Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984.

<sup>2</sup> R. Bork: *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Nueva York, The Free Press, 1990, págs. 252 y 124-25.

<sup>3</sup> A. Scalia J., voto particular (concurrente en parte y discrepante en parte) a *Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania*, 112 S. Ct. 2791 (1992).

<sup>4</sup> C. Auger: «Valores, principios y preceptos de la Constitución», en *Vinculación del juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial vol. XVII, Madrid, CGPJ, 1995, 101-118, pág. 114.

«El papel del juez puede ser definido como aquel de quien tiene como tarea principal la de defender los derechos de los individuos, de las minorías, de los potenciales abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que las controlan. [...] Ante la debilidad de las formas clásicas de la representación liberal, [...] el protagonismo judicial de los últimos años no puede ser visto como una tentativa de 'gobierno de los jueces' ni como una 'politización de la justicia', sino, antes bien, como un soporte de la democracia representativa y un elemento corrector de los demás poderes constitucionales»<sup>5</sup>.

Como es fácil de imaginar, lo que acabo de mostrarles no son más que las conclusiones o *puntos de llegada* de cada una de estas posturas rivales. Pero para evaluar sus méritos respectivos hay que someter a examen sus premisas, sus puntos de partida. Cada una de las dos es el producto no sólo de concepciones diferenciadas acerca de qué ha de entenderse por «Estado de Derecho» o de cómo concebir la relación entre democracia y derechos, sino incluso, en un plano anterior, de distintas concepciones acerca del modo en que se desenvuelven los procesos de interpretación y aplicación de normas; y aun, si se me apura, acerca del concepto mismo de norma y del modo en que distintas clases de normas gobiernan las conductas.

Mi propósito no es otro que el de someter a examen esos presupuestos teóricos que están detrás tanto de la censura del activismo judicial como de su vindicación. Pero antes, permítanme una observación: a fin de estimular la discusión, me atrevería a advertirles del peligro que representaría extraer conclusiones apresuradas respecto al asunto que nos ocupa a partir, meramente, de la identidad de los autores que he traído a colación para ilustrar cada una de las posturas en liza. Bork y Scalia son conservadores notorios —si se quiere, casi reaccionarios—, pero me animo a sugerirles que, antes de arrojar un poco de luz sobre una discusión en la que tantas cosas se mezclan y en la que suele uno encontrarse con no poca confusión conceptual, no asocien demasiado rápidamente conservadurismo y recelo ante el activismo judicial.

Dejando pues, por así decirlo, nuestro juicio en suspenso, creo que el análisis debe comenzar trayendo a la memoria el modelo de función jurisdiccional que es inherente a la concepción clásica del Estado de Derecho liberal. Como se trata de ideas bien conocidas, las resumiré en forma muy comprimida; pero, entre ellas, seleccionaré después algunos problemas que creo que merecen una reflexión más detenida.

El modelo clásico de Estado de Derecho tiene su eje en la idea de imperio de la ley, es decir, en la apuesta —por decirlo con la terminología que, desde Platón, recorre el pensamiento occidental— por un «gobierno de las leyes» frente a un «gobierno de los hombres»<sup>6</sup>. Naturalmente, esa apuesta no es gratuita, sino que cuenta con una fundamentación

valorativa enormemente sólida. Por decirlo brevemente, el imperio de la ley es una condición de posibilidad de la autonomía individual: si las decisiones del poder son arbitrarias, en el sentido de erráticas e impredecibles, entonces la información que para formar planes de vida necesita un individuo acerca de las consecuencias previsibles de sus acciones queda inevitablemente mermada<sup>7</sup>. En esas condiciones, como dice Rawls, «los límites de nuestras libertades son inciertos» y la «libertad queda restringida por el miedo razonable a ejercerla»<sup>8</sup>.

Como sabemos, ese ideal normativo del imperio de la ley, valioso en tanto que condición de posibilidad de la autonomía individual, se materializa en una serie de exigencias en cuanto al modo en que ha de estar configurado el derecho desde el punto de vista formal. En primer lugar, y no me parece trivial recordarlo, el derecho no puede ser lo que Raz ha llamado un «sistema de absoluta discreción»<sup>9</sup>, sino que debe ser un conjunto de normas, cuya identificación como derecho dependa sólo de haber sido emitidas por una autoridad reconocida en el ámbito de su competencia, es decir, de la concurrencia de circunstancias estrictamente fácticas, y no de consideraciones valorativas controvertibles. Esas normas, además, deben ajustarse en su estructura al ideal que Fuller denominó «moralidad interna del derecho»<sup>10</sup>: han de ser generales y abstractas, prospectivas, razonablemente estables, públicas y tan claras como sea posible (en cualquier caso, no deliberadamente vagas, abiertas o indeterminadas). Y por fin, los procedimientos de aplicación de estas normas han de estar configurados de manera que se respeten ciertas exigencias institucionales (sin las cuales, en la práctica, no servirían de mucho todos los rasgos formales que se acaban de reseñar): separación de poderes, control jurisdiccional de la legalidad de las actuaciones de la administración y aseguramiento de las condiciones básicas de imparcialidad en el proceso.

Sin duda puede afirmarse, y desde luego se ha hecho, que el ideal del Estado de Derecho encierra *más cosas* que este concepto de imperio o supremacía de la ley: que también exige al legislador cierta forma específica de legitimidad de origen (democrática) e incluso cierta forma específica de legitimidad de ejercicio, es decir, ciertas exigencias respecto al contenido, y no ya respecto a la forma o estructuración de las leyes que promulga (el respeto de un cierto catálogo de derechos básicos, concebido con mayor o menor amplitud). Pero no deseo ahora entrar a discutir si *hoy* debemos defender conceptos más o menos robustos de Estado de Derecho. Para mis propósitos basta con que quede claro que la idea de imperio de la ley —esto es, el primado del principio de estricta legalidad y el nutrido conjunto de exigencias en que se despliega—, es un ingrediente *necesario* de la concepción tradicional del Estado de Derecho. E incluso, si nos ceñimos a su

<sup>5</sup> R. Bergalli: «Protagonismo judicial y representatividad política», en *Doxa* 15-16 (1994) 423-445, págs. 439 y 443.

<sup>6</sup> Cfr. *Las Leyes* 715 d.

<sup>7</sup> Cfr. Francisco Laporta, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, 15-16 (1994) 133-145.

<sup>8</sup> John Rawls: *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard U. Press, 1971, pág. 239.

<sup>9</sup> Joseph Raz: *Razón práctica y normas* (t. cast. de J. Ruiz Manero), Madrid, CEC, 1991, págs. 158-162.

<sup>10</sup> Lon Fuller: *The Morality of Law*, New Haven, Yale U. Press, 1964; 2ª ed. rev., 1969.

manifestación liberal decimonónica europea, se puede decir que también fue un ingrediente *suficiente*: no sólo por su convivencia con evidentes limitaciones al sufragio, sino porque, en ausencia de constituciones rígidas, dotadas de catálogos de derechos que definan las condiciones de validez desde el punto de vista material de la legislación y en las que se instaure un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, son evidentemente éstas las que cuentan con la última palabra para trazar el contorno de lo que no queda entregado a la libertad privada (es decir, desde el punto de vista del ciudadano, el contorno preciso de todo lo que no puede hacer; desde el punto de vista de la administración, el contorno preciso de todo lo que está habilitada para hacer).

El modelo de función jurisdiccional que encaja con esta concepción del imperio de la ley es bien conocido. La idea central, naturalmente, es que la sentencia no debe ser más que una particularización de la ley para el caso concreto. Y lo que ello implica es que la supremacía de la ley se traduce para el juez en dos imperativos fundamentales. En primer lugar, pesaría sobre él el deber de motivar su decisión precisando escrupulosamente el precepto legal aplicable al caso, lo que equivale a decir que queda excluida, en tanto que motivación admisible, cualquier apelación a un criterio de decisión externo al sistema de fuentes que dibuja la propia ley.

Y en segundo lugar —y diciéndolo desde la mentalidad propia de la época—, aceptar verdaderamente la supremacía de la ley querría decir para el juez (al menos, en el momento de la génesis de este modelo) limitarse a aplicarla absteniéndose de interpretarla. Hoy nos puede parecer obvio que no hay aplicación posible sin interpretación previa, de la clase que sea<sup>11</sup>. Pero aquella vieja idea se puede traducir sin esfuerzo a términos que, sean o no aceptables, sí resultan perfectamente inteligibles. Lo que en realidad se estaba postulando, como de manera transparente escribió Lardizábal, es que «si la ley es clara y terminante [...], entonces, aunque sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente»<sup>12</sup>. Aplicar una ley «clara y terminante» sin interpretarla querría decir entonces aplicarla según una interpretación literal. E «interpretar la ley» equivaldría o bien a determinar el sentido de una ley que

no es «clara y terminante», o bien, ante una ley que sí lo es, a atribuirle un sentido que se aparta del que literalmente tiene porque éste le parece al juez «duro y contra equidad».

Lo que se le niega al juez en el modelo clásico del Estado de Derecho liberal —al menos, en sus comienzos— es legitimidad para «interpretar la ley» en cualquiera de estos dos últimos sentidos. Si la ley no es «clara y terminante», es decir, si no ha previsto con exactitud la solución para el caso planteado en un proceso, el único que contaría con legitimidad para aclararla sería el legislador: es la solución de la Constitución de Cádiz de 1812, que asigna la tarea de aplicar las leyes a los Tribunales y la de *interpretarlas* a las Cortes; y la de la Ley francesa de 1790 sobre la Organización del Poder Judicial, que creó la institución del *référé législatif*. Y cuando sí es «clara y terminante», entonces no le quedaría al juez —como desde mediados del XIX venía diciendo el segundo párrafo del artículo 2 CP (y sigue diciendo hoy el art. 4.3 del nuevo CP)— sino aplicarla de forma «rigurosa», quedando reservada la posibilidad de mitigar el resultado «duro y contra equidad» de esa aplicación rigurosa de la ley únicamente al ejecutivo por la vía del indulto<sup>13</sup>.

Partiendo de esos postulados —es decir, una vez aceptada la supremacía de la ley en los sentidos indicados—, el razonamiento judicial quedaría configurado como una simple inferencia deductiva<sup>14</sup>, esto es, como una operación estrictamente cognoscitiva. Si para el legislador vale la máxima *auctoritas, non veritas, facit legem*, para el juez valdría la inversa: *veritas, non auctoritas, facit iudicium*. Eso es sin duda lo que se quiere decir en *El Federalista* —n.º 78— cuando se afirma que el poder judicial «no tiene fuerza ni voluntad, sino solamente juicio»<sup>15</sup>; o lo que quería expresar Montesquieu al escribir que «el poder de juzgar [...] se convierte, por así decirlo, en invisible y nulo»<sup>16</sup>.

Esta concepción cognoscitivista y deductivista de la jurisdicción es necesaria, en cualquier caso, para que la compleja arquitectura de las relaciones entre los poderes del Estado no quede cerrada en falso. En el modelo clásico del Estado de Derecho los jueces de última instancia son realmente el vigilante no vigilado: cuando se desarrolla la jurisdicción constitucional, son los jueces constitucionales los que controlan la sujeción del legislador a la Constitución; los

<sup>11</sup> Vid., en cambio, una sofisticada defensa de la idea de que en sentido estricto sólo procede la interpretación ante los casos difíciles en Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

<sup>12</sup> Manuel de Lardizábal y Uribe: *Discurso sobre las penas, contrahido á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, J. Ibarra impr., 1782 (reeditado, con est. prel. de J. Antón Oneca, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, XXII (1966) n.º 174, págs. 592-747, por donde se cita); cap. II, pár. 41, pág. 664.

<sup>13</sup> Vid. Enrique Bacigalupo, «La 'rigurosa aplicación de la ley' según el artículo 2º CP», en *Vinculación del juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial XVII, Madrid, C.G.P.J., 1995, págs. 37-55.

<sup>14</sup> Cfr. F. Laporta, «Imperio de la ley...», cit., pág. 144. En realidad, incluso en los casos fáciles, el conjunto de operaciones mentales que realiza el juez no se agota nunca en una mera inferencia deductiva. En particular, no tiene nada que ver con la lógica la operación de *subsuncción individual* que le lleva a establecer que el caso individual que juzga constituye un supuesto del

caso genérico al que se refiere la norma que aplica. Como dice Marmor, la lógica tiene que ver con las relaciones entre proposiciones —o, sin entrar ahora en el espinoso problema del modo en que en ese caso serían posibles dichas relaciones, entre normas—, es decir, entre *entidades lingüísticas*, no con las relaciones entre el lenguaje y el mundo: cfr. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, cit., pág. 128. Por supuesto, una vez realizada la calificación jurídica correspondiente están ya dadas las premisas de las que ciertamente se *deduce* la conclusión del razonamiento judicial; pero eso no sucede sólo con los casos fáciles, sino también con muchos de los reputados difíciles (p. ej., con los que se consideran como tales en razón de la vaguedad del lenguaje legal).

<sup>15</sup> J. Madison, A. Hamilton y J. Jay: *The Federalist*, n.º 78 [Hamilton] (se cita por la ed. de Mortimer J. Adler en *Great Books of the Western World*: vol. XL, Londres/Chicago, Encyclopaedia Britannica y University of Chicago Press, 2ª ed. 1990, pág. 230).

<sup>16</sup> Montesquieu: *De l'Esprit des lois*, libro XI, cap. 6, en *Oeuvres Complètes* (prefacio de G. Vedel, presentación y notas de D. Oster), Paris, Ed. du Seuil, 1964, pág. 587.

jueces de lo contencioso-administrativo controlan la sujeción de la administración a la ley; y los jueces de casación —o cualesquiera otros que decidan en última instancia en diferentes clases de procesos— controlan la legalidad de las decisiones del resto de los jueces. La concepción cognoscitivista y deductivista de la jurisdicción simplemente nos ahorraría el trabajo de tener que aportar alguna otra clase de argumento justificador de este particular diseño del sistema de relaciones entre instituciones.

Pero no deseo aburrirles deteniéndome más en ideas sobradamente conocidas. Sólo he querido recordarlas para que tengamos presente el trasfondo a partir del cual debemos empezar a discutir los problemas que nos interesan. Y, entre ellos, creo que el más importante es este: el ideal clásico del imperio de la ley, tal y como ha quedado descrito, impone *en primer lugar* obligaciones muy precisas *al legislador*; y sólo en segundo lugar, y precisamente porque se presupone que antes el legislador habrá cumplido las suyas, al juez. O dicho de otro modo: si se exige al juez que se ajuste al modelo de función jurisdiccional que se acaba de describir, es porque se supone que el legislador ha puesto en sus manos la clase de material normativo con el que le resultará posible hacerlo. Este es un punto fundamental, que creo que justifica un pequeño rodeo por caminos que para muchos serán familiares y que sólo aparentemente nos alejarán por un momento de la cuestión que nos ocupa.

Una norma de conducta general y abstracta prescribe cierta clase de acciones a una clase de individuos en una clase de situaciones. Es usual, desde Frege, diferenciar dos dimensiones del significado de los términos que designan clases: su *extensión* o *denotación* (el conjunto de objetos particulares a los que el término se aplica) y su *intensión* o *connotación* (el conjunto de propiedades que han de concurrir en un objeto particular para considerarlo incluido en la extensión o denotación del término). Como es fácil comprender, la denotación de un término está determinada por su connotación. En la filosofía del lenguaje contemporánea —y dejando ahora al margen complicaciones que no nos interesan, como la de si existen clases naturales<sup>17</sup>— se da por sentado que todos los términos de clase, en el límite, tienen una denotación abierta o indeterminada, puesto que no es posible especificar de antemano el conjunto exacto de propiedades que, con carácter de condiciones necesarias y suficientes, integran su connotación. Ello viene dado, simplemente, porque la connotación de cada término es un producto *convencional*, es decir, dependiente del uso que hace de él una comunidad de hablantes; y nuestras convenciones lingüísticas no son tan precisas o pormenorizadas como para dejar resuelta de antemano cualquier duda posible acerca de la determinación exacta de su denotación. A esto es a lo que nos referimos al hablar de la «textura abierta del len-

guaje» o de la vaguedad —como mínimo— potencial de los términos de clase.

Ahora bien, decir que, en el límite, todos los términos son (al menos potencialmente) vagos no equivale en modo alguno a decir que todos son *igualmente* vagos. Dicho de otro modo: si llamamos «zona de penumbra» al conjunto —a su vez borroso— de objetos de los que no sabríamos decir con certeza si están incluidos o excluidos de la denotación de un término, éste será tanto más vago cuanto mayor sea su zona de penumbra. Finalmente, las propiedades que connotan algunos términos —como «héroe» o «canalla»— pueden no ser de carácter estrictamente empírico, sino *valorativo*, en cuyo caso la determinación de su denotación no depende sólo de las reglas semánticas convencionalmente vigentes en la comunidad, sino de la aceptación de ciertos juicios de valor. En este sentido, podemos adoptar la terminología propuesta recientemente por Schauer<sup>18</sup> y decir que un término posee «*autonomía semántica*» cuando la determinación de su denotación depende *sólo* de las reglas semánticas convencionalmente vigentes (porque las propiedades que connota son de carácter estrictamente empírico, y no valorativo); y que carece de ella en caso contrario.

Ahora podemos decir, con palabras de Ferrajoli, que el ideal clásico del imperio de la ley implica antes que cualquier otra cosa una *regla de formación del lenguaje legal*<sup>19</sup>, es decir, un conjunto de exigencias al legislador acerca del modo en que deben quedar configuradas las normas que dicta. Esas exigencias son fundamentalmente dos: debe utilizar términos que posean autonomía semántica; y, entre ellos, los que tengan el menor grado de vaguedad posible (aun sabiendo que ésta, en última instancia, es ineliminable). No cuesta mucho esfuerzo reconocer en la norma que cumpla estos requisitos a la «ley clara y terminante» de la que nos hablaban las viejas palabras de Lardizábal. Y me parece igualmente claro que el modelo cognoscitivista y deductivista de jurisdicción que corresponde al modelo clásico de Estado de Derecho sólo puede realizarse *respecto del conjunto de casos comprendidos en el núcleo no vago de normas formuladas con los requisitos antedichos*. Si entendemos provisionalmente, prescindiendo por ahora de mayores precisiones conceptuales, que la distinción entre «reglas» y «principios» —como especies del género común «norma»— tiene que ver de algún modo, por lo menos en parte, con la satisfacción o no de estos requisitos, podríamos decir, con Scalia, que el *rule of law* requiere un *law of rules*<sup>20</sup>: que el ideal clásico del imperio de la ley —y el modelo cognoscitivista y deductivista de jurisdicción que es su corolario— requiere un derecho compuesto sólo de ese tipo específico de normas que serían las reglas.

Hay entonces dos problemas que saltan a la vista de inmediato. El primero, que el ideal descrito es, en

<sup>17</sup> Cfr. Hilary Putnam: «Meaning and Reference», en *Journal of Philosophy*, 70 (1973) 699-711; Saul Kripke, *Naming and Necessity*, Oxford, Blackwell, 1980.

<sup>18</sup> Frederick Schauer: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, págs. 53 ss

<sup>19</sup> Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (t. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero), Madrid, Trotta, 1995, pág. 121.

<sup>20</sup> Cfr. A. Scalia: «The Rule of Law as a Law of Rules», en *University of Chicago Law Review* 56 (1969) 1175-1188.

sentido estricto, inalcanzable. Esta es la conclusión ineludible de admitir que autonomía semántica no equivale en modo alguno a ausencia de vaguedad. Incluso el legislador más ajustado a las exigencias descritas tiene que reconocer que el juez llamado a aplicar las normas que dicte se las verá en ocasiones con supuestos que caen en la zona de penumbra de los términos con que las formuló; y el modelo cognoscitivista y deductivista de jurisdicción simplemente no vale para esos casos. Pero esta circunstancia, no patológica, sino estrictamente fisiológica cuando se emplean lenguajes naturales, no tiene por qué provocar especiales problemas de justificación dentro del ideal clásico del Estado de Derecho. Es cierto que en esos supuestos intersticiales el juez se verá investido de un poder de decisión que en principio parece un cuerpo extraño dentro del sistema de relaciones entre poderes propio del Estado de Derecho. Pero, como escribió Hart<sup>21</sup>, la justificación de ese poder intersticial no es muy difícil si éste se considera como el precio a pagar para evitar los inconvenientes, probadamente mayores, de cualquier método alternativo de toma de decisiones en esas circunstancias, como podría ser el primigenio sistema de remisión al legislativo de las dudas interpretativas, que, no por casualidad, tan corta vida tuvo.

El segundo problema viene dado no porque el ideal, en puridad, sea inalcanzable, sino porque históricamente se puede constatar que los legisladores reales siempre se han quedado a una distancia de él mayor que la que era estrictamente inevitable. Dicho de un modo más claro: en mayor o menor medida, siempre se han dictado normas formuladas con términos carentes de autonomía semántica o, aun dotados de ella, notablemente vagos. De ese modo quedan abiertos espacios suplementarios para el poder de decisión del juez, pero en este caso, estrictamente evitables. Eso sí, evitables por el legislador, no por el propio juez, al que simplemente le vienen dados.

En cualquiera de esos dos casos me parece que un hipotético reproche al juez por su «activismo» carecería del más mínimo sentido, puesto que decir que alguien se ha extralimitado en su función implica la presuposición de que podría haber evitado hacer lo que hizo. Por eso me parece claro que, cuando desde la defensa del ideal clásico del imperio de la ley se denuncia y censura el activismo judicial, se está pensando en un tercer supuesto. El único, por cierto, en que el modo de proceder del juez sería evitable y en el que evitarlo depende de él. Y este tercer supuesto nos conduce además hacia algunas cuestiones centrales —por lo demás, sumamente discutidas en la teoría del derecho actual— que tienen que ver con el modo en que las normas gobiernan las conductas y con el papel específico de las reglas en los razonamientos prácticos.

Por decirlo brevemente, y sirviéndome una vez más del viejo texto de Lardizábal que cité anteriormente, el supuesto al que ahora me refiero es el del juez que teniendo ante sí una «ley clara y terminan-

te» no la sigue literalmente porque su aplicación al caso que enjuicia le parece «dura y contra equidad». Es decir, dada una norma formulada en términos que poseen autonomía semántica, y dado un caso que inequívocamente —según las convenciones semánticas vigentes— está comprendido en la zona clara de aplicación de la norma, este tercer supuesto es el del juez que introduce en ella una excepción no prevista atendiendo a consideraciones valorativas; algo que, naturalmente, *podía evitar hacer*. En los dos supuestos anteriores el juez tendría ante sí «casos *jurídicamente* difíciles», casos en los que el derecho vigente no dictaba una solución inequívoca y en los que, consiguientemente, el ideal fundamental del «sometimiento del juez a la ley» resultaba en realidad vacío. En este tercer supuesto, por el contrario, el juez tendría ante sí un caso *jurídicamente* fácil, pero que él vería como *moralmente* difícil. Jurídicamente fácil, porque el derecho dicta inequívocamente una solución para el caso y porque, en consecuencia, el razonamiento judicial podría efectivamente ajustarse al ideal deductivista. Y moralmente difícil, porque desde el punto de vista del juez se produciría un conflicto entre las exigencias de «justicia del caso concreto», tal y como él las percibe, y aquellas otras, *también de naturaleza moral* (puesto que tendrían que ver con el aseguramiento de bienes como la certeza, la previsibilidad, etc.), que respaldan su sometimiento a la ley.

Quizá alguien se pregunte por qué habría que tildar *necesariamente* al juez de «activista» en este tercer caso (entendiendo en este momento que se trata de una calificación peyorativa que encierra el reproche de haber vulnerado el ideal del imperio de la ley). Podría alegarse, por ejemplo, que esas consideraciones valorativas que llevan al juez a buscar la «justicia del caso concreto» excepcionando la regla aplicable no tienen por qué ser *las suyas personales*; que bien pueden ser las que en realidad corresponden a la verdadera intención del legislador, o las que «dan sentido a» o «están implícitas en» el derecho legislado en su conjunto (incluso si el propio juez, personalmente, no las comparte). Y en ese caso, ¿no habría que pensar que la verdadera fidelidad, la fidelidad inteligente al ideal del imperio de la ley sería más bien ésta, y no la representada por una miope aplicación literalista?

La respuesta a esta crítica hipotética puede servirnos para introducir algunas ideas que me parecen capitales y que, a mi entender, han encontrado su formulación más clara en la obra de Schauer<sup>22</sup>. Es una obviedad decir que quien dicta normas lo hace guiado por un propósito: tratar de conseguir que las conductas de los destinatarios se ajusten a cierto ideal que le parece deseable. Expresar ese ideal, sin embargo, coloca al legislador ante una opción dilemática. La primera posibilidad de que dispone consiste en formular su directiva diciendo simplemente que debe realizarse el propósito buscado: por ejemplo, que no se considere penalmente responsable a quien no tenga la madurez suficiente para discernir realmente el alcance de sus actos.

<sup>21</sup> Cfr. H.L.A. Hart, «Postscript» (ed. por P.A. Bulloch y J. Raz) a *The Concept of Law*, 2.ª ed., 1994, pág. 275.

<sup>22</sup> Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., págs. 128-134, 149-155, 158-162, 229-233.

Pero legislar de este modo tiene dos inconvenientes. Uno, evidente, para los ciudadanos, que quedan en una flagrante situación de inseguridad. Y otro —que es el que ahora me interesa resaltar— para el propio legislador: porque habiendo legislado así, la identificación en concreto de los casos que satisfacen el propósito buscado no va a depender de su propio juicio al respecto, sino que queda librada por completo al juicio del llamado a aplicar la norma (que puede coincidir sólo parcialmente con el suyo). Es decir, este modo de legislar implica una pérdida de control por parte del legislador, una traslación de autoridad desde el emisor de la norma hacia su aplicador.

Para evitar ese resultado puede formular su directiva de otro modo. Puede intentar formar una clase de casos cuya extensión sea *lo más parecida posible* al conjunto ideal de supuestos en los que se realizaría perfectamente el propósito buscado, y para pertenecer a la cual haya de concurrir una propiedad cuya identificación no dependa, precisamente, del juicio *de otro* (del aplicador) acerca de si queda o no realmente satisfecho en cada caso aquel propósito: puede prescribir, por ejemplo, que sólo se considere responsables penalmente a quienes hayan cumplido dieciocho años. Esta forma alternativa de legislar tiene también sus costes desde el punto de vista del propio legislador: porque éste ha de ser consciente de que, habiendo formulado su directiva de ese modo, habrá inevitablemente algunos casos en que sea aplicable y en los que sin embargo su cumplimiento no promueva el propósito realmente buscado; y a la inversa, casos que caigan fuera del ámbito de aplicación de la norma y en los que, sin embargo, hacer lo que ésta exige sí promovería su propósito.

En la teoría del derecho contemporánea se ha explicado de varias maneras distintas en qué consiste la diferencia entre *principios* y *reglas* en tanto que especies del género común «norma»<sup>23</sup>. Pero me animaría a sugerir, al menos a los efectos que aquí interesan y sin mayor afán de precisión, que denominemos «principios» a las directivas que dicta el legislador según la primera de las opciones que acabo de mencionar y «reglas» a las que dicta con arreglo a la segunda. Los principios, entonces, serían normas que prescriben que se realicen ciertos valores, mientras que las reglas serían normas que modalizan deónticamente acciones determinadas descritas en términos que poseen autonomía semántica. Los principios no aclaran qué acciones en concreto materializarían o frustrarían aquellos valores; las reglas no aclaran qué valores se realizan al ejecutarse la acción que prescriben. Un derecho compuesto sólo de principios daría lugar a lo que Schauer denomina una «jurisprudencia de razones»<sup>24</sup>, en la que la solución de cada caso exigiría siempre la concreción y ponderación de todos los valores en juego, con resultados imprevisibles de antemano. En un derecho compuesto sólo de reglas,

en cambio, éstas pueden ser aplicadas en forma «opaca», es decir, pueden controlar la decisión en cada caso concreto en que resultan aplicables, incluso cuando hacer lo que la regla exija no coincida con lo que exigiría su propósito o justificación subyacente.

Pues bien, para optar por un procedimiento u otro el legislador debe *comparar sus costes* respectivos: si elige el primero, el coste en merma de seguridad y en aplicaciones posibles del principio según un criterio de fondo no coincidente con el suyo; si elige el segundo, el coste en aplicaciones e inaplicaciones estrictas de la regla que no sirven al propósito real buscado; y elegir, como es natural, el que a su juicio resulte menor. Ahora bien, si esto es así, me parece que hay una idea fundamental que debe ser enfáticamente subrayada: si se acepta que es el legislador, y sólo él, quien cuenta con la autoridad para realizar ese balance, entonces la solución que finalmente adopte debe *aceptarse en sus propios términos*: no porque ello no vaya a conducir a veces a decisiones indeseables (nótese bien: que el propio legislador reconocería como indeseables); sino porque se respeta su criterio acerca de cuál, entre dos series alternativas de posibles decisiones indeseables, es globalmente menos dañina.

Todo ello, me parece, nos brinda la réplica a esa crítica hipotética que pasaba por sostener que la fidelidad inteligente al imperio de la ley no sólo no excluiría, sino que requeriría aplicar las reglas, no según su formulación «clara y terminante», sino según las consideraciones valorativas que cabe presumir que animaron su promulgación. Si el ideal clásico del imperio de la ley exige un «derecho de reglas», exige además que en el momento de su aplicación éstas sean tratadas realmente como tales, es decir, como prescripciones «opacas» respecto a su justificación subyacente.

Creo que ahora tenemos ya a la vista todos los elementos necesarios para recapitular de qué modo quedarían dibujadas las relaciones entre imperio de la ley y jurisdicción en el modelo clásico de Estado de Derecho. En primer lugar, el ideal clásico de imperio de la ley requiere un derecho de reglas, por cuanto un derecho de principios daría lugar a un modelo de jurisdicción sobre la pauta de la «jurisprudencia de razones» que frustraría el propósito primario de servir de condición de posibilidad de la autonomía individual. En segundo lugar, incluso en un derecho de reglas hay inevitablemente espacios de indeterminación, en los que es irrealizable el modelo de jurisdicción cognoscitivista y deductivista: pero el poder de decisión que ejerce el juez en esos espacios no puede ser tildado peyorativamente como «activismo»; y puede justificarse como el precio a pagar para evitar los inconvenientes más graves de mecanismos de decisión alternativos. En tercer lugar, en los espacios claramente determinados por las reglas debe regir el principio del sometimiento estricto del juez a la ley: no porque ello carezca de

<sup>23</sup> Cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, cap. I; Luis Prieto, *Sobre principios y normas*, Madrid, CEC, 1992, Id. «Diez argumentos a propósito de los principios», en *Jueces*

*para la Democracia. Información y debate*, 26 (1996) 41-49

<sup>24</sup> F. Schauer: «The Jurisprudence of Reasons (reviewing Law's Empire, by R. Dworkin)», en *Michigan Law Review*, 85 (1987) 847-870.

costes (en forma de aplicaciones o no aplicaciones de la regla que frustran su propósito), sino, de nuevo, para evitar los costes —que se presumen mayores— que involucraría el mecanismo de decisión alternativo (y la acusación de «activismo» equivaldría a la de desconocimiento de esta exigencia).

Por último, quizá no esté de más resaltar que toda esta perspectiva encaja perfectamente con el modo en que se concibe la diferencia entre casos fáciles y difíciles desde el punto de vista de las mejores versiones de la teoría del derecho positivista, como por ejemplo la de Hart: los casos fáciles serían aquellos que cuentan con una solución predeterminada y en los que la decisión sigue la pauta de un razonamiento deductivo, circunstancias ambas que no concurrirían en los casos difíciles. Y la base de la distinción entre unos y otros sería de naturaleza *estrictamente lingüística*: se entiende que lo que hace al derecho determinado o indeterminado en relación con un caso concreto —dejando al margen cuestiones que ahora interesan menos, como la existencia de lagunas o de antinomias irresolubles— es la ubicación de éste en la zona clara o en la zona de penumbra de los términos con que se han formulado las reglas, lo que en cualquier caso viene dado por las convenciones semánticas vigentes, y de ninguna manera por cualquier clase de consideración valorativa.

Ahora bien, todo este modelo de imperio de la ley y de función jurisdiccional está siendo objeto en los últimos tiempos de una seria impugnación. Esa impugnación adopta dos formas principales. La primera, que realmente me parece poco prometedora, sostiene en esencia que las reglas no controlan (ni pueden controlar) *en ningún caso* las conductas del modo que ha quedado descrito. Y ello no por un problema específico de las reglas de conducta, sino por un problema del lenguaje en el que las reglas se expresan; más exactamente, porque una comprensión diferente de cómo funcionan las reglas del lenguaje debería llevarnos a una comprensión diferente de cómo operan las reglas de conducta que se expresan en ese lenguaje. Quienes han desarrollado esta forma de crítica (fundamentalmente autores ligados al movimiento *Critical Legal Studies*<sup>25</sup>) se apoyan en determinadas interpretaciones de las tesis de Wittgenstein acerca del problema del seguimiento de reglas<sup>26</sup>. Creo que no es éste el momento de examinar a fondo esas interpretaciones —por cierto, sumamente discutidas— ni de introducirnos por los tortuosos vericuetos de las teorías del significado<sup>27</sup>. Sólo diré, simplificando probablemente en extremo, que esta forma de crítica conduce a la conclusión sorprendente de que en el plano estrictamente lingüístico *no hay de antemano casos claros* de aplicación de una regla, de que *nunca* sería posible decir *a priori* si una regla es o no aplicable a un caso determinado: sólo podría decirse una vez que se constatará que su aplicación suscita el acuerdo ge-

neral, con lo cual la afirmación hecha de antemano de que un caso «*está realmente*» gobernado por la regla sería el producto de una comprensión defectuosa de la relación entre las palabras y sus significados. Esta tesis nos conduce a una a mi juicio inaceptable concepción de las palabras no como portadoras relativamente acontextuales de significados, sino como meros contenedores vacíos a las que simplemente «se atribuyen» significados en cada una de sus ocasiones concretas de uso. Una concepción que, tomada realmente en serio, convertiría al acto mismo de legislar en un empeño vano.

Hay en cambio una segunda línea de crítica que sí me parece que debe ser tomada en serio. Para poner en tela de juicio el modelo de imperio de la ley y de función jurisdiccional propio de la concepción clásica del Estado de Derecho no hace falta dudar de la capacidad genérica de las reglas para gobernar las conductas: basta con reparar en que el derecho actual, en un Estado constitucional, *no es un «derecho sólo de reglas»*. Si debería o no serlo, es una cuestión extraordinariamente compleja —quizá con más ramificaciones de las que se sospechan— que aquí no me propongo abordar. Pero lo cierto es que *no lo es*.

El derecho, en un Estado de Derecho constitucional, hace explícitas él mismo *en forma de principios* sus condiciones sustanciales de justificación, convirtiéndolas por un lado en requisitos de validez de la legislación y, por otro, en criterios interpretativos del conjunto del ordenamiento (como establece, en nuestro caso, el art. 5 LOPJ). Ello altera decisivamente el ideal clásico del imperio de la ley y obliga, a mi entender, a replantear el sentido de la diferencia entre casos fáciles y casos difíciles (o, si se quiere, el sentido en el que cabe decir que el derecho, o una parte de él, es un *derecho determinado* antes del momento de su interpretación y aplicación).

La idea clave es que un principio puede requerir que un caso, comprendido inequívocamente en la zona de clara aplicabilidad de una regla —según las convenciones semánticas vigentes—, sea resuelto de un modo diferente al dispuesto por aquella. Los principios pueden justificar excepciones a las reglas: pero entonces, si no es posible determinar de antemano el conjunto preciso de casos gobernados por un principio —porque éste puede concurrir en muchos de esos casos con otros principios, y no contamos con una jerarquización u ordenación estricta de los mismos que defina su peso respectivo—, entonces tampoco podemos determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones obligadas a la regla, lo que es tanto como decir que no podemos determinar de antemano en qué casos la regla es aplicable. Por supuesto habrá una infinidad de casos de aplicación de reglas que nos parezcan «fáciles» y que se resolverán como tales. Pero lo importante es entender en virtud de qué los concebiríamos como fáciles: los conceptuaríamos así porque no acerta-

<sup>25</sup> Vid. Juan A. Pérez Lledó, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996 (especialmente, en relación con el problema aludido, cap. IV.6).

<sup>26</sup> Fundamentalmente, en la interpretación de Kripke: vid. Saul Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Blackwell, 1982.

<sup>27</sup> Me he ocupado con detenimiento de este problema en «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», ponencia presentada en agosto de 1996 en el Seminario Internacional de Teoría del Derecho de Vaquerías (Argentina).

ríamos a ver ninguna razón de principio para dejar de aplicar la solución prevista por la regla, lo que, desde luego, es una cuestión de índole *valorativa*, no lingüística. Y lo que esto implica es que la argumentación basada en principios no sólo entraría en juego para resolver los casos que, por razones lingüísticas, nos vendrían ya conceptuados como «difíciles», sino que también gobierna —aunque sea negativamente— los casos que reputamos fáciles. En ellos, como ha escrito Zagrebelsky, el argumento por principios sólo «parece ausente porque opera silenciosa e inadvertidamente»<sup>28</sup>.

¿Quiere ello decir que en un Estado de Derecho constitucional la jurisdicción no puede adoptar más forma que la de una «jurisprudencia de razones», en la que las reglas no serían más que puntos de partida ilimitadamente moldeables a la luz de un conjunto de principios abiertos y sin jerarquizar que, por tanto, constreñirían debilísimamente al aplicador del derecho? ¿Acaso hemos de concluir que los jueces son, en el Estado constitucional, los «señores del derecho»<sup>29</sup>?

A mi juicio hay dos razones fundamentales para sostener que esa sería una conclusión excesiva. En primer lugar, un derecho de principios y reglas no equivale sin más a un hipotético derecho sólo de principios: en un derecho de principios y reglas la solución prevista por la regla goza de una presunción *prima facie* de aplicabilidad que sólo puede ser desvirtuada en un caso concreto mediante una argumentación basada en principios (esto es: vale «salvo principio en contrario»), lo cual dota a las reglas de una fuerza en la justificación de decisiones, si no irrefragable, tampoco despreciable.

Y en segundo lugar, el derecho de un Estado constitucional no sólo incorpora principios que actúan como parámetros de justificación del *contenido* material de la acción de los poderes públicos, sino también principios formales como los de certeza y seguridad jurídica o de naturaleza institucional como los relativos a la división de poderes y funciones dentro del Estado, es decir, relativos a la atribución de espacios de autoridad. Y, salvo que se esté dispuesto a afirmar que el peso en la argumentación de este último tipo de principios debe ser *nulo*, habrá que reconocer que las razones para excepcionar una regla basadas en principios sustantivos tienen que ser contrapesadas —y en ocasiones serán superadas— por las razones para aplicar estrictamente la regla basada en el principio de seguridad o en los relativos a la división de poderes y funciones. Y ahora me parece que podríamos definir con algo más de precisión qué habría que entender por juez «activista» en el Estado constitucional de Derecho: aquel que ignorara o subestimara el peso de esta última clase de principios, convirtiendo en «ju-

risprudencia de razones» pura la forma más compleja de jurisdicción que conviene a un derecho de reglas y principios sustantivos e institucionales.

Creo que la reflexión sobre estos últimos —los principios institucionales— nos devuelve al punto en el que comenzó mi exposición. Si a estas alturas lo recuerdan, comencé presentando dos visiones contrapuestas acerca del papel que corresponde al juez en un Estado de Derecho, que, en el fondo, no eran sino otras tantas derivaciones de dos modos contrapuestos de concebir la relación entre democracia y derechos. También les apunté, sin embargo, que no asociaran demasiado aprisa conservadurismo y recelo ante el activismo judicial. No dispongo ahora de tiempo para abordar con detenimiento el complejísimo problema de la relación entre democracia y derechos, pero sí me gustaría, tan sólo, dejar apuntadas un par de ideas que a mi juicio abonan una concepción de las relaciones institucionales entre los poderes del Estado capaz de sustentar un principio fuerte de deferencia del juez constitucional ante el poder legislativo al enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y del juez contencioso-administrativo ante la administración a la hora de enjuiciar (como «administrador negativo») la legalidad de sus actuaciones.

Aquella idea de que el juez debe ser «activista sin pudor» en el mundo de las garantías implica no sólo —lo que sería difícilmente discutible— que el juez debe hacer valer las leyes frente a las ilegalidades manifiestas del poder, sino también que cuando no está claro el alcance de dichas garantías —en la constitución o en la ley—, el punto de vista al respecto del juez —constitucional o contencioso-administrativo— prevalece sobre el punto de vista distinto del legislador o de la administración. La justificación usual de esa idea radica, por decirlo con las palabras de Cass Sunstein, en la convicción de que «aquellos que están limitados por el derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación», por la misma razón que «los zorros no pueden guardar las casas de las gallinas»<sup>30</sup>.

El argumento, sin embargo, se me antoja menos fuerte de lo que parece. En primer lugar, me parece discutible su propia coherencia interna. Porque si el juez acepta que los derechos que tenemos no son los que determinaría una concepción ideal de la justicia, sino los seleccionados por una decisión democrática originaria —la constituyente—, entonces creo que no está claro —a pesar de esfuerzos como los de Ackerman<sup>31</sup>, o los de Zagrebelsky<sup>32</sup>, por diferenciar la calidad del momento constitucional de la del momento legislativo— por qué no ha de ser también una decisión democrática la que concrete su contenido y delimite relaciones de prioridad entre ellos.

Y en segundo lugar, me parece que el ideal mismo de los derechos invoca el respeto a la capaci-

<sup>28</sup> Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (t. cast. de Marina Gascón; epílogo de G. Peces-Barba), Madrid, Trotta, 1995, pág. 145. La misma idea es expresada por Alexy cuando escribe que «quien afirma que una decisión es clara, da a entender que no cabe considerar argumentos que den lugar a dudas serias»: R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (t. cast. de M. Atienza e I. Espejo), Madrid, CEC, 1989, pág. 29.

<sup>29</sup> La expresión es de Zagrebelsky, *op. cit.*, pág. 150.

<sup>30</sup> Cass Sunstein: *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge (Mass.), Harvard U. Press, 1990, pág. 224.

<sup>31</sup> Vid. Bruce Ackerman, *We The People. Vol. I: Foundations*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press, 1991.

<sup>32</sup> G. Zagrebelsky, *op. cit.*, págs. 115-116.



dad de los individuos ordinarios para gobernar sus vidas en términos que respeten la igual capacidad de los demás. Sería curioso que de esas ideas subyacentes no se siguiera *absolutamente nada* en lo referente al modo mejor de tomar decisiones colectivas que zanjen nuestros desacuerdos prácticos acerca del contenido y alcance de esos mismos derechos. El ideal de los derechos representa a las personas como agentes que eligen y que conciben que su propia dignidad reside en poder hacerlo en condiciones que puedan ser asumidas como de auto-gobierno. Y no veo qué otra cosa puede significar auto-gobierno en una comunidad si no es participación en términos de igualdad en la elaboración de las decisiones públicas. Creo que no carece de fundamento, por tanto, la idea de que las mismas justificaciones profundas que animan el ideal de los derechos favorecen un método determinado de

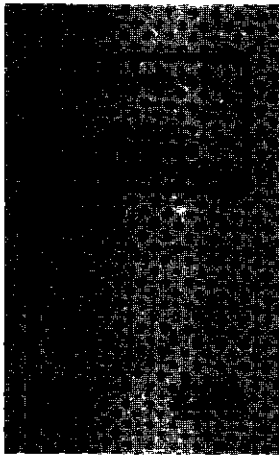
toma de decisiones colectivas acerca de su contenido y alcance: el método de la representación democrática<sup>33</sup>.

Por eso, quizá, deberíamos someter a revisión algunas ideas usuales acerca del sentido político de las críticas al activismo judicial. Pienso que haríamos bien en no olvidar estas palabras:

«El cándido ciudadano tiene que confesar que si la política del gobierno acerca de cuestiones vitales que nos afectan a todos ha de ser fijada irrevocablemente por las decisiones de la Corte Suprema [...], el pueblo habrá dejado de gobernarse a sí mismo, al haber puesto en la práctica su gobierno en las manos de ese eminente Tribunal».

Y también haríamos bien en no olvidar quién las escribió. No fue Robert Bork, ni Antonin Scalia. Fue Abraham Lincoln<sup>34</sup>.

## MARCIAL PONS



### MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

BONDA MAHOFER VOGELZ  
Hesse/Heyde  
Presentación: CONRADO HESSE  
Edición, *prolegomena* y  
traducción de  
ANTONIO LÓPEZ PISA

El conocimiento directo entre nosotros de las fuentes alemanas del Derecho no está en consonancia con el vigor y la consistencia que exhibe. De todas formas la influencia de la Ley Fundamental de Bonn y del Tribunal Constitucional alemán en nuestra Constitución y en la jurisprudencia es indudable.

Este *Manual de Derecho Constitucional* condensa la dogmática, elaborada a partir de la Ley Fundamental, destinada a preservar los valores constitucionales y a estimular la apertura del orden establecido hacia el futuro. Los autores entienden que los profundos cambios de nuestra época no se detienen a las puertas de la Constitución, y sus aportaciones están marcadas por la exigencia de contribuir tanto a que se cobre conciencia de los fundamentos como a que se afiance el consenso acerca del actual y futuro orden constitucional.

**ÍNDICE (RESUMEN):** La dogmática alemana, punto de partida de una teoría del Derecho Público. *Prolegomena* a la edición española, *Antonio López Pina*. 1. Constitución y Derecho Constitucional, *Conrado Hesse*. 2. Integración europea y

Ley Fundamental, Mastrique y sus efectos para el Derecho Constitucional alemán, *Werner von Simson, Jorge Schwarze*. 3. Significado de los Derechos fundamentales, *Conrado Hesse*. 4. Dignidad humana y derechos de la personalidad, *Ernesto Benda*. 5. Libertad de comunicación y de medios, *Wolfgang Hoffmann-Riem*. 6. Principios de una democracia en libertad, *Werner Mahhofer*. 7. El régimen parlamentario, *Juan P. Schneider*. 8. Los partidos políticos, *Dieter Grimm*. 9. Democracia militante y Defensa de la Constitución, *Erardo Denninger*. 10. El Estado social de Derecho, *Ernesto Benda*. 11. Ley Fundamental y orden económico, *Juan-I. Pappier*. 12. El régimen federal de la Ley Fundamental, *Juan J. Vogelz*. 13. Significado del *Bundesrat*, *Dietber Posser*. 14. La Legislación, *Erico Babow*. 15. La jurisdicción, *Wolfgang Heyde*. 16. La Jurisdicción Constitucional, *Helmut Simon*. Apéndice: Ley Fundamental de Bonn.

84-7248-338-X  
Madrid, 1990 - XL + 900 págs.  
Materia: Constitucional  
**15.000 ptas.**

San Sotero, 6 - 28037 MADRID - Tel.: (91) 304 33 03 - Fax: (91) 327 23 67

<sup>33</sup> Para un desarrollo pormenorizado —y que me parece particularmente convincente— de esta idea, vid. Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993) 18-51.

<sup>34</sup> Cfr. A. Lincoln, «First Inaugural Address» (4 de marzo de 1861), en E. Fehrenbacher (ed.), *Abraham Lincoln: Speeches and Writings 1859-1865*, Nueva York, The Library of America, 1989, pág. 221.