

El derecho secreto y la fórmula de Radbruch ¿Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?

Por A. DANIEL OLIVER LALANA
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: DERECHO EXTREMADAMENTE INJUSTO Y TESIS DE LA VINCULACIÓN.—2. DELIMITACIÓN GENERAL DEL ANÁLISIS: PUBLICIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO.—3. SISTEMAS JURÍDICOS TOTALMENTE SECRETOS: 3.1 *Seguridad*. 3.2 *Eficacia*.—4. SISTEMAS JURÍDICOS PARCIALMENTE SECRETOS.—5. NORMAS JURÍDICAS SECRETAS, CONSIDERADAS AISLADAMENTE: 5.1 *¿Existen normas jurídicas secretas?* 5.2 *Delimitación conceptual de la norma jurídica secreta*. 5.3 *Normas primarias y normas secundarias*.—6. CONCEPTOS POSITIVOS Y CONCEPTOS NORMATIVOS.—7. PUBLICIDAD Y DERECHO CONSUECUDINARIO.—8. RELACIONES CONCEPTUALES ENTRE DERECHO Y PUBLICIDAD: 8.1 *La comunicación como componente del triángulo definitorio del derecho*. 8.2 *Legalidad o positividad*. 8.3. *Justicia o corrección material*.—9. JUSTIFICABILIDAD. 10. EL DERECHO SECRETO Y LA FÓRMULA DE RADBRUCH.—11. RECAPITULACIÓN: PUBLICIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO.

1. PLANTEAMIENTO: DERECHO EXTREMADAMENTE INJUSTO Y TESIS DE LA VINCULACIÓN

En septiembre de 1939, Adolf Hitler dirigía al *Reichsleiter* Bouhler y al Dr. Brandt una orden con el siguiente tenor:

Quedan encargados de ampliar las competencias de determinados médicos para que, según el humano juicio, pueda asegurarse la muerte piadosa de enfermos incurables en el caso de una evaluación crítica del estado de su enfermedad.

La llamada «orden de la eutanasia» (*Euthanasie-Befehl*) disponía así la muerte «piadosa» de los enfermos incurables. Entre 1939 y 1941, hasta el «parón» de la eutanasia (*Euthanasie-Stopp*), más de setenta mil de ellos fueron «liberados» o «desinfectados» por causa directa de esta norma (Ott, 1991: 520). Pero la aplicación de la muerte piadosa no concluyó en 1941. A los enfermos incurables se sumaron luego reclusos de campos de concentración, inválidos y personas consideradas asociales. La orden no fue nunca publicada y de su existencia, por demás, no supo la opinión pública hasta que en los Procesos de Nürenberg vieron la luz los documentos secretos del nacionalsocialismo.

Dicen que el verdadero conocimiento se nutre de anomalías y problemas poco frecuentes. De ahí que comiencen estas páginas con el recuerdo de un caso insólito. Si no ha de servir para avivar intereses, bien valdrá, al menos, para que este autor justifique su preocupación por la publicidad del derecho. A fin de cuentas, la filosofía no es sino una reflexión sobre el modo en que podemos solucionar las situaciones problemáticas a que nos enfrentamos (Putnam, 1994: 33).

Como es sabido, los casos extremos alientan la reflexión sobre el concepto de derecho. Este tipo de reflexión puede verse hoy como un nuevo asalto en la pugna entre las llamadas tesis *de la vinculación y de la separación*. Sobre la base de la tesis de la vinculación, que defiende la existencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral, algunas concepciones de lo que *son* (plano analítico) o *deben ser* (plano normativo) las normas jurídicas negarían que una ley o una orden semejantes puedan o deban ser definidas como derecho.

Esta negación de naturaleza jurídica suele responder a un criterio material de justicia. Así, podríamos sostener que tales normas no fueron nunca derecho porque su contenido vulnera las más elementales exigencias de justicia, o el mínimo de respeto a la dignidad humana que se halla necesariamente incardinado en ella (Kaufmann, 1997: 141-44). En torno a la dignidad humana existiría un mínimo infranqueable de principios *morales* fundamentales, *de naturaleza jurídica* (iusnaturales), que prevalecen sobre toda norma positiva¹. Cuando una ley constituye un «derecho» extremadamente injusto (*extremes Unrecht*), por vulnerar estos principios básicos, pierde su validez jurídica. Éstos son los términos de la célebre Fórmula de Radbruch: «existen principios de derecho más fuertes que cualquier proposición jurídica, de modo que cuando una ley los contradice pierde su validez jurídica (*der Geltung bar ist*)» (Radbruch, 1990: 79). De aplicarla a nuestros ejemplos, resultaría que, si el «derecho» extremadamente injusto no es derecho, y puesto que las dos normas mencionadas fue-

¹ La cuestión ha cobrado nuevo impacto en los últimos años, a raíz de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán (Alexy, 2000: 205) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los Centinelas del Muro de Berlín (Casos Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany [22.03.2001] y K.-H.W. vs. Germany [22.03.2001]).

ron extremadamente injustas, entonces esas normas no tienen naturaleza jurídica (Ott, 1992: 187; Alexy, 1992: 70).

2. DELIMITACIÓN GENERAL DEL ANÁLISIS: PUBLICIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO

La Fórmula de Radbruch asocia la extrema injusticia de una norma con su contenido material. Pero la justicia y la injusticia tienen también manifestaciones formales. Sobre esta afirmación reposa mi tesis inicial: las normas que acabo de referir, de naturaleza extremadamente injusta por cuanto a su contenido, incorporan un *plus* de injusticia, el cual viene definido por el simple hecho de no haber sido publicadas. Esto es, su injusticia o incorrección deriva tanto de su contenido material normativo como de un defecto formal: la ausencia de publicación. Este trabajo pretende aislar este *plus* de injusticia, a fin de clarificar la relación que la publicidad y, por tanto, la comunicación guardan con el concepto de derecho.

Aunque no habremos de terciar en el debate sobre el concepto de comunicación², podemos entender por comunicación de las normas la transmisión de información sobre lo que es derecho entre los productores de las normas y la comunidad de ciudadanos³. Admitido que la publicación constituye una de las formas arquetípicas de comunicación (Merten, 1977: 21), cabe plantear el problema del modo siguiente: ¿es la comunicación un elemento necesario del concepto de derecho? ¿Presupone el concepto de derecho, de forma necesaria, que las normas deben ser comunicadas? Una respuesta afirmativa apoyaría la tesis de que existe una conexión necesaria *de carácter formal* entre derecho y moral. Para resolver estas cuestiones, es menester dilucidar si puede negarse la naturaleza jurídica de una norma cuando no haya sido publicada y con independencia de su contenido. Así pueden entenderse afirmaciones como éstas: «aquello que no sea publicado no es derecho» (BVerfGE 7, 330, 337); o «a la promulgación como divulgación del derecho le corresponde una importancia constitutiva. No existe derecho alguno previo a la promulgación» (Brieskorn, 1993: 40).

El campo de las relaciones conceptuales de carácter *necesario* entre derecho y publicidad ha merecido parca atención investigadora.

² Pocos conceptos conoce la reflexión científica contemporánea que sean más angulosos que éste. MERTEN (1977: 26), tras analizar ciento sesenta conceptos de comunicación, termina por decir que aquello que sea comunicación es, «en el mejor de los casos, vagamente reconocible».

³ Si bien es posible comunicar sólo mediante actos, pues la comunicación se produce desde que existe una «selección o asignación de sentido» (LUHMANN, 1995: 113 ss.), aquí nos limitaremos a la acepción común de la publicidad de las normas, como exteriorización verbal o escrita.

Es probable que casi todos los filósofos del derecho hayan afirmado alguna vez que las leyes deben publicarse, pero pocos han desarrollado una argumentación conceptual para sostener tal declaración (Fuller, 1969: 98). El debate se nutre, por lo común, de planteamientos de orden jurídico-positivo y la necesidad de publicar las normas queda entonces supeditada a la aplicación de una regla constitucional específica (v. gr., art. 91 CE).

A fin de analizar en qué medida la comunicación constituye un elemento necesario para el concepto de Derecho, habría que responder dos cuestiones, a saber: (i) si la comunicación constituye un presupuesto conceptual del derecho y un componente necesario de su definición (esto es, si el «derecho secreto» puede ser derecho); y (ii) si la comunicación es un criterio definitorio del derecho, pero sólo como elemento asociado con otros parámetros, como la positividad y la justicia.

Quien afirma que el «derecho» no comunicado no es derecho, entiende la comunicación como un elemento necesario del concepto de derecho, en el sentido de lo que Alexy (1992: 48-49) denomina «criterios clasificantes». En este orden terminológico, un criterio es clasificante si no puede atribuirse carácter jurídico, por razones conceptuales *analíticas* o *normativas*, a las normas o sistemas normativos que no lo satisfagan.

En este punto conviene recordar un primer deslinde conceptual, a propósito de lo que venga aludido por el término «derecho»⁴. Existen tres vías de acercamiento al significado de este término. De una parte, podemos referirnos a los sistemas jurídicos contemplados en su conjunto. A su vez, hay que diferenciar, en tal caso, entre sistemas jurídicos totalmente secretos (3) y sistemas jurídicos secretos sólo parcialmente (4). En tercer lugar, podemos aplicar un criterio clasificante a las normas jurídicas aislada o individualmente consideradas (5).

3. SISTEMAS JURÍDICOS TOTALMENTE SECRETOS

La afirmación de que la comunicación constituye un presupuesto conceptual, en el nivel de los sistemas jurídicos, resulta inevitablemente vaga. En ningún caso implica que el sistema jurídico haya de tener un contenido concreto, ni la comunicación un determinado alcance o incidencia sociales⁵. Las cuestiones sobre la calidad de los procesos comunicativos no puede determinarse de modo exhaus-

⁴ «Hay muchas cosas que son falsas acerca de las normas tomadas separadamente, pero que son verdaderas e importantes en un sistema jurídico considerado como un todo» (HART, 1962: 50).

⁵ «El primer acto de comunicación necesario en una sociedad es el que determina el soberano (...). Una vez señalizado el soberano, el ordenamiento está constituido» (ROBLES, 1998: 19).

tivo en un plano conceptual, sino dentro en el marco de un debate normativo.

Veamos si resulta posible que alguien haga valer, frente a una comunidad de individuos, un sistema normativo totalmente secreto. Por lo pronto, cuesta imaginar que un pequeño grupo de personas decida para cada caso concreto lo que es o no es «jurídico», o lo que es o no conforme a «derecho» (Hart, 1990: 26). Más bien estaríamos ante una sucesión veleidosa de órdenes arbitrarias (Hart, 1990: 24; Kaufmann, 1997: 145)⁶. Existe, en efecto, variedad de argumentos para negar el carácter jurídico a un modo de regulación semejante. Podemos reducirlos a dos, entrecruzados a su vez, y que tienen que ver respectivamente con la seguridad y la eficacia.

3.1 Seguridad

Uno de los elementos constituyentes de todo sistema jurídico es la salvaguarda de ciertas condiciones de estabilidad o previsibilidad. Éstas suelen agruparse bajo la borrosa idea de seguridad (jurídica)⁷, la cual viene a constituir «una exigencia ineludible del Derecho y, dicho más certeramente: una dimensión ontológica del mismo» (Legaz y Lacambra, 1978: 610). Pues bien, un sistema normativo incapaz de asegurar un grado elemental de seguridad no puede concebirse como un sistema jurídico, esto es, no es derecho. Tal es el caso de un sistema normativo totalmente secreto. En primer lugar, nos encontramos con que, por definición, las normas de este sistema no son ni pueden ser conocidas por los miembros de la comunidad social (al menos, hasta el momento de su aplicación). Las personas sometidas a un sistema secreto serán *siempre* incapaces de prever las consecuencias deónticas de sus acciones. Nunca existirá el nivel mínimo de seguridad o estabilidad que hemos establecido como conceptualmente necesario.

Algo parecido ocurre, podría pensarse, en los sistemas jurídicos actuales. Quien no es perito en leyes, sufre siempre cierto desconocimiento de lo jurídico. Junto a esa ignorancia se despierta en él una sensación de inseguridad frente al derecho, un sentimiento rayano en la aleatoriedad o el riesgo (*alea*: dados). Por una parte, el derecho se define como un sistema abstracto, inaccesible, opaco; por otra, el ciudadano no experto desconoce el funcionamiento e ignora la estructura y el código de ese sistema (Luhmann, 1983: 254). Pero la diferencia

⁶ Recuérdense las imágenes del *pistolero* (HART, 1990: 23) o de Rex (FULLER, 1969: 33; cf. HART, 1990: 68).

⁷ «La seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un derecho (...); lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico» (LEGAZ Y LACAMBRA, 1978: 604). PÉREZ LUÑO (1994: 27) apostilla: «todo Derecho y todo Estado conforman, por su mera existencia, sistemas de seguridad jurídica».

estriba justamente en el grado de inseguridad que puede tolerar el concepto de derecho. Mientras que en sistemas democráticos la inseguridad es reductible, no ocurre así en el sistema secreto. En los primeros, los ciudadanos gozan de alguna posibilidad, siquiera pequeña, de conocer el derecho al que están sometidos antes de su aplicación. La inseguridad propia de los sistemas de derecho modernos y democráticos es potencialmente reductible y, por descontado, tolerable en el nivel conceptual.

En el otro extremo, el sistema secreto puede verse como un sistema totalmente inseguro, pues tendría que utilizar un procedimiento arbitrario para la aplicación de sanciones, borrando toda diferencia entre los jurídicamente culpables y los inocentes. Desaparece así la más elemental seguridad jurídica, ya que «la clase de los culpables es abierta y el régimen no provee ningún criterio de demarcación» (Garzón Valdés, 1998: 26). Al no existir ninguna norma publicada, los miembros de la comunidad desconocen ante quién o dónde acudir para resolver sus conflictos. Los resolverán –habrá que suponer– tal vez mediante instituciones comunitarias o reglas de costumbre. Pero éstas pertenecen a otros ámbitos normativos y quedan por ello fuera del sistema secreto. Un sistema plenamente secreto no sería capaz de garantizar siquiera un mínimo elemental de seguridad. Por eso, no sólo no tiene cabida en el concepto de derecho, sino que representaría su «antítesis polar», pues el derecho «tiene un carácter permanente y establecido» (Hart, 1990: 30).

3.2 Eficacia

Una de las características representativas del derecho es su capacidad para ordenar y resolver los conflictos surgidos en el seno de la comunidad social. Esta función primaria es inherente a todo sistema jurídico (Zippelius, 1991: 50). Lo que hay que demostrar es que su cumplimiento presupone la comunicación social acerca del derecho. Este es el punto de partida de lo que podríamos llamar el *argumento de la eficacia general de los sistemas jurídicos*, según el cual los sistemas normativos pierden su carácter jurídico si no alcanzan el mínimo de eficacia social exigida por el propio concepto de lo jurídico. Sin un grado elemental de observancia o aplicación, el sistema jurídico desaparece como tal (Kelsen, 1960: 10)⁸.

Para que un sistema totalmente secreto pudiera cumplir su función primaria de ordenación e integración sociales, conservando un mínimo de eficacia, habría que suponer una de estas dos cosas: o bien que el grupo de creadores de derecho mantiene mediante la amenaza y el

⁸ Como las normas jurídicas aspiran a dirigir el comportamiento humano, sólo cabe decir que tienen validez si demuestran «un mínimo de efectividad social o de posibilidad de lograrla» (ALEXY, 1992: 147).

uso de violencia *todos* sus mandatos; o bien que la comunidad jurídica le presta obediencia irreflexiva. En el primero de los casos estaríamos frente a un sistema jurídico de carácter «predatorio» (Alexy, 1992: 49), que podemos situar fuera del concepto de derecho. El segundo resulta, por hipótesis, de verificación imposible, puesto que para que los miembros de la comunidad obedezcan los mandatos y prohibiciones «secretos», sería preciso publicarlos con anterioridad, de modo que los destinatarios pudieran tomar conocimiento de los mismos.

A más de lo antedicho, hemos de tener en cuenta que el derecho es un hecho institucional, que habita en el Mundo 3 de Popper. Como hecho social, el derecho existe si, y sólo si, su existencia es reconocida por la correspondiente comunidad de individuos a él sometida. Este «reconocimiento» sólo es concebible, por su parte, si la comunidad dispone del conocimiento previo de la existencia del sistema jurídico (Searle, 1995: 75). La existencia de cualquier manifestación jurídica presupone que los individuos afectados por ella, así como un número suficiente de miembros de la comunidad, reconozcan y acepten de manera continuada que dicha manifestación existe (cf. Searle, 1995: 117). Mientras que no concurran cumulativamente estas circunstancias, no podremos afirmar que tal manifestación existe como derecho⁹. En suma, una condición necesaria para que exista un sistema jurídico es la comunicación social acerca de la existencia del mismo: un sistema totalmente secreto no puede existir como derecho.

4. SISTEMAS JURÍDICOS PARCIALMENTE SECRETOS

En el nivel de los sistemas jurídicos encontramos el supuesto, más realista, de ausencia parcial de comunicación. El sistema normativo no es totalmente secreto, sino que incorpora normas públicas, conocidas y hasta reconocidas por todos los miembros de la comunidad jurídica. Este caso reviste mayor complejidad (Fuller, 1969: 40). Imaginemos una República de Vegetarianos, una de cuyas normas constitucionales *publicadas* es:

N1 La Asamblea tiene la competencia de tomar y mantener todas sus decisiones vinculantes en secreto.

⁹ Un tercer argumento sería éste: un sistema jurídico debe contener, para ser tal, mandatos y prohibiciones. Pero un sistema jurídico secreto no puede contener mandatos y prohibiciones, toda vez que este tipo de normas jurídicas no pueden ser secretas. Aún cabría un cuarto argumento pragmático o preformativo: un sistema secreto es incapaz de elevar una pretensión de corrección, siendo así que los sistemas incapaces de elevar una pretensión de corrección no son jurídicos (ALEXY 1992:59). Esta tesis aplica las ideas de DAVIDSON (1984: 266-68) a un sistema jurídico, lo cual ya es cuestionable, pues en puridad éstas aluden a un sujeto individual y no a un ente abstracto no humano.

Si la comunicación fuera un elemento necesario de cualesquiera normas y sistemas jurídicos, esto es, un «universal jurídico» (Alexy, 1995b: 101), debería entonces ser posible excluir el sistema normativo vegetariano del concepto de derecho. Y ello, por la simple aplicación del parámetro definitorio *clasificante* de la comunicación. Convergamos en afirmar, por el momento, que no podemos descartar este sistema como jurídico, al menos no por aplicación de un criterio basado únicamente en la comunicación. Para avanzar en el análisis, discutiremos el tercer supuesto de trabajo: el caso de las normas jurídicas individuales. Si es posible la existencia de *normas jurídicas secretas*, no podrá mantenerse que un sistema normativo que reconozca esta posibilidad deba ser privado de su carácter jurídico. En lo que sigue, pues, mis reflexiones vendrán esencialmente referidas al nivel de normas jurídicas individuales o aisladas.

5. NORMAS JURÍDICAS SECRETAS, CONSIDERADAS AISLADAMENTE

5.1 ¿Existen normas jurídicas secretas?

Si la comunicación fuera un criterio clasificante, es decir, una presuposición necesaria para la «existencia» de toda norma jurídica, ninguna norma secreta podría ser derecho. Esta conclusión puede rechazarse, y ello sin que sea preciso remitirse a la «orden de la eutanasia». En efecto, el propio Estado democrático admite la posibilidad de que existan normas jurídicas secretas. Tanto es así, que puede llegar a exigirse a ciertas personas, incluso bajo la amenaza de sanción, mantener en secreto determinadas decisiones, entre las que pueden aparecer «normas jurídicas». El artículo 598 del Código Penal español reza como sigue:

El que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, *se procurare, revelare, falseare o inutilizare* información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión de uno o cuatro años.

También las normas *jurídicas* referentes a los medios técnicos o sistemas de defensa, por lo tanto, pueden recibir la calificación de información secreta o reservada¹⁰ (entre las acciones delictivas figura incluso la mera «apropiación de informaciones»). Y es que, frente a

¹⁰ Según el artículo 2 de la Ley de secretos oficiales, «podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado» (redacción de la Ley 48/1978, de 7 de octubre).

lo que sugiere una opinión extendida, los casos de normas jurídicas secretas no son tan infrecuentes como pensamos. Y no hay que recurrir a los secretos oficiales para hallar, en un sistema democrático, normas ocultadas intencionalmente. Hay ejemplos variopintos de normas secretas en el marco del llamado «derecho interno». Según el Reglamento del Banco de España, sólo una parte de la regulación *interna* de la institución (normas *jurídicas*) puede discrecionalmente ser publicada o comunicada *ad extra*¹¹.

Resulta discutible que este tipo de normas pertenezcan al dominio del derecho. Esto obedece a la dificultad de precisar aquello que debe contar como «derecho» en relación con la publicidad (Fuller, 1969: 50). ¿Debería cualquier acción de gobierno englobarse a estos efectos bajo el concepto de derecho? Parece que las lindes del derecho se disipan al contacto con la política o el funcionamiento interno de la administración. Pero el «primado del derecho», consagrado por los artículos 1 y 9 CE (cf. arts. 97 y 106 CE), exige que la actividad del Estado sea lícita y jurídica. De acuerdo con el principio de legalidad de la actuación administrativa, reformulado como principio de juridicidad, toda actuación administrativa deriva de una *potestad conferida por una norma jurídica* y debe ser comprendida, en un sentido amplio, como derecho (Bermejo, 1998: 276). Irrumpe así en escena lo que llamaremos «norma de autorización», cuya importancia será discutida más adelante.

En este plano muestran cierta debilidad las tesis que consideran la publicidad del derecho como un criterio clasificante absoluto. De ahí, por ejemplo, que la teoría de la moralidad interna del derecho de Fuller haya de inclinarse por una suerte de separación entre actos políticos y jurídicos. Si no se admitiera esta dicotomía, y pretendiéramos incluir en la idea de derecho «cualquier acto oficial del cuerpo legislativo, entonces puede haber circunstancias bajo las cuales la totalidad de los detalles de una norma deben mantenerse en secreto» (Fuller, 1969: 91). Este autor termina, de una forma muy plástica, con un lamento: hay ocasiones en las que, a falta de solución mejor, deberíamos «resignarnos» ante lo que constituye esta «desagradable» necesidad (Fuller, 1969: 92).

No obstante, para resolver esta dificultad, podemos también atemperar el carácter absoluto de la publicidad como criterio clasificante, en lugar de recurrir a la diferenciación entre actividad política y jurídica de la administración. Bien es verdad que el secreto jurídico es hoy, como siempre ha sido, un fenómeno de profunda raigambre en los sistemas jurídicos modernos¹²; hasta el punto, advierte De

¹¹ Artículos 10 y siguientes de la Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España de 28 de marzo de 2000. Todavía más edificante era el Reglamento anterior, que prohibía la publicación en ciertos casos (arts. 6 y ss. Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España de 14 de noviembre de 1996).

¹² El poder es tolerable sólo si enmascara una parte de sí mismo. Para todo poder, y el derecho lo es, el secreto no pertenece al orden del abuso, sino que es indispensable para su funcionamiento (FOUCAULT, 1989: 105).

Lucas (1990b: 141), de ser presentado, en ocasiones, como una necesidad funcional e inmanente del sistema político democrático. Pero no es imprescindible llegar a tales extremos. Basta afrontar el problema con un planteamiento más moderado, según el cual todo sistema democrático, siempre que concurren determinadas circunstancias justificantes, *puede* admitir la adopción de normas secretas. Y si una norma secreta puede ser derecho, no hay óbice para considerar como jurídico un sistema que permite la existencia de normas secretas. Claro que esta posibilidad no es ilimitada.

5.2 Delimitación conceptual de la norma jurídica secreta

Procede ahora establecer una definición de norma jurídica secreta, ya que en torno a este concepto gravita el grueso de mi razonamiento posterior. El concepto que emplearé consta de dos elementos nucleares. El primero, que podríamos denominar elemento personal o subjetivo del secreto, se manifiesta en el hecho de que la norma secreta es una norma cognoscible o accesible para un grupo reducido o limitado de personas. En el ámbito jurídico, este grupo de personas corresponde al grupo de creadores y aplicadores de la norma. Ahora bien, una norma no es secreta, o no lo es exclusivamente, por el hecho de que sólo sea conocida por un escaso número de individuos, ni tampoco por ser desconocida para la generalidad de miembros de una comunidad. Para adquirir ese carácter, además, debe ser generada, mantenida o aplicada en secreto.

En efecto, el hecho de que la mayoría de los ciudadanos desconozcan la existencia y contenido de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales, no la transforma en ley secreta. Para ello sería preciso un rasgo suplementario: el elemento intencional. Así, una norma conocida sólo por un grupo reducido de individuos es secreta cuando, por mediación de un acto positivo de voluntad, es ocultada (en el caso del art. 598 CP, este acto es la calificación como información reservada o secreta), o bien cuando, por causa de un acto consciente de omisión, la norma no se publica. Este elemento no entraña, de suyo, que detrás de todo secreto exista siempre un principio de maldad o de injusticia: con la palabra secreto aludimos a todo aquello que podría o debería ser publicado, pero que, en cambio, se oculta de propósito (Hölscher, 1979: 13) y ello con independencia de su contenido concreto. De acuerdo con estos dos elementos, y dentro del sistema jurídico estatal, podemos definir la norma jurídica secreta (*NJS*) como sigue:

NJS aquella norma que se dirige a las autoridades creadoras o aplicadoras del derecho, y que no se publica (comunica) con carácter general (*elemento subjetivo*), con el fin de que, en la medida de lo posible, no sea conocida fuera del aparato del Estado, al menos, hasta el momento de su aplicación (*elemento intencional*).

5.3 Normas primarias y normas secundarias

Como habrá podido observarse, la definición se limita a normas secundarias u organizativas, y no comprende aquellas que usualmente conocemos como mandatos y prohibiciones. Las reglas jurídicas primarias o reglas primarias de obligación «se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer» (Hart, 1990: 117). Estas normas, destinadas a influir en la conducta de los miembros de la comunidad, no pueden ser secretas. Veamos lo que ocurre con una orden, o con una prohibición, que, pese a dirigirse de manera inmediata a influir en el comportamiento de los ciudadanos, es mantenida en secreto por sus creadores. Imaginemos una norma primaria:

N2 Quienes coman carne deberán llevar un lazo de color negro prendido en un lugar visible del atuendo.

Desde el punto de vista semántico y estructural, estamos frente a un enunciado normativo clásico. Desde el punto de vista *pragmático*, quien «formula» esta orden, pero al mismo tiempo la mantiene en secreto, comete lo que podríamos llamar una *contradicción performativa* o disparate pragmático (Davidson, 1984: 269). En puridad, no emite ni formula ninguna norma. Algo *parecido* le ocurrirá a quien formule una norma jurídica como:

N3 Todos los vegetarianos vivirán eternamente.

Esta norma exige un comportamiento imposible. De ella puede decirse que es una norma absurda, y que no podrá nunca ser cumplida ni incumplida. Desde una perspectiva pragmática, esta norma no puede ser definida como jurídica. Ni siquiera es, en realidad, una norma (Kelsen, 1960: 11). Cualquiera que sea el concepto de norma con el que comulgemos, deberá ser un concepto plausible según ciertos criterios que trascienden su mera estructura formal, lógica y sintáctica. Si «A» ordena a «B» la realización de una conducta, pero no se lo comunica ni le ofrece la posibilidad de conocer la existencia del mandato, en realidad no emite mandato alguno.

Esta tesis de la contradicción performativa descansa sobre dos ideas concurrentes. La primera es que toda norma jurídica está vinculada, necesariamente, a una pretensión de corrección. De tal forma, la norma que no eleva esta pretensión de corrección es una norma jurídica defectuosa que incluso, en determinadas circunstancias, puede también no ser considerada como una norma jurídica (Alexy, 1995b: 135-38). Quien formula una norma como N3 o N2 incurre en una contradicción performativa de este tipo. Los mandatos o prohibiciones secretos no pueden elevar una pretensión de corrección y, por ello, escapan a la consideración de normas jurídicas.

La segunda idea parte de la constatación de que los enunciados normativos son producidos siempre dentro una situación contextual. Al igual que sucede en toda comunicación humana, esta enunciación presupone conceptualmente una cooperación o vinculación significativa entre un emisor y un receptor (Davidson, 1984: 272). Un tipo particular de comunicaciones son las deónticas: mandatos, permisos y prohibiciones referidos a la conducta del receptor (destinatario) del acto comunicativo. Por definición, los mandatos y prohibiciones deben vincular entonces a un emisor y a un receptor, de modo que la conducta del segundo resulte o pueda resultar afectada, mediata o inmediatamente, por el acto comunicativo del primero. Si no existe siquiera la posibilidad de que se produzca tal afección, no existe con propiedad un enunciado deóntico. Así pues, cuando el emisor del enunciado deóntico elimina de raíz la posibilidad de que el receptor asigne un significado a las señales emitidas (lo que puede hacer si mantiene el enunciado en secreto o no lo exterioriza), no puede decirse que exista un enunciado jurídico normativo. «Al sentido de la regla corresponde la intención de un actor que pueda orientar su conducta por ella» (Habermas, 1984: 21). La comunicación, destinada a influir en la conducta del receptor, no llegará nunca a producirse.

Un caso extremo lo ofrecen los enunciados deónticos no expresados ni exteriorizados, es decir, aquellos que el emisor retiene en su pensamiento. La modalidad específica de comunicación deóntica no existe en tales casos, porque el receptor del acto sémico no puede asignar ningún significado al enunciado en cuestión. El formular una regla de acción exige «su representación explícita en un lenguaje o en alguna forma simbólica» (Wartofsky, 1973: 62).

El concepto propuesto de norma jurídica secreta sirve como argumento en favor de la imposibilidad de que exista un sistema jurídico absolutamente secreto. Todo sistema jurídico, como tal, debe contener un cuerpo elemental de normas de obligación, de mandatos y de prohibiciones. Un sistema que carezca de mandatos y prohibiciones dirigidas a los miembros de la comunidad no puede ser un sistema jurídico. Esta clase de normas son *universalia iuris*. Un sistema totalmente secreto, para ser derecho, debería contener normas de obligación, que serían también, por hipótesis, secretas. Pero esto último no puede ocurrir, toda vez que la existencia de normas secretas de obligación es conceptualmente imposible.

6. CONCEPTOS POSITIVOS Y CONCEPTOS NORMATIVOS

Afirmar que una norma secreta *puede ser* derecho, no significa afirmar que una norma secreta *deba ser* derecho o que una norma secreta *sea de igual calidad* que una norma pública o publicada. Con alguna frecuencia, suelen confundirse los elementos normativos con

los elementos analíticos o positivos de un concepto. Hay que diferenciar entre la posibilidad conceptual *de carácter analítico* y la corrección material de un concepto establecida *normativamente* (Alexy, 1995a: 244).

Para usar con propiedad un concepto, hemos de encontrar en la experiencia diferentes instancias particulares suyas y distinguirlas en tanto que diferentes, siempre y cuando sea posible al mismo tiempo aplicar a todas ellas el concepto en cuestión (Strawson, 1997: 103). Pues bien, si negamos la posibilidad de que el secreto pueda ser derecho, tendremos que defender también que, pongo por caso, las normas amparadas por el secreto de Estado, pese a estar dictadas según el procedimiento legalmente establecido, no son normas jurídicas. Esta consecuencia supone una grave restricción para el campo de denotación de la palabra derecho («tesis de la neutralidad»). Y es que tampoco sería derecho todo aquello que en la experiencia histórica de los sistemas jurídicos no haya sido publicado, e incluso aquello que lo haya sido de modo abiertamente inefectivo o simbólico¹³; las normas y circulares internas no publicadas tampoco serían derecho. Admitir estas consecuencias es admitir que parte de la actividad administrativa discurre al margen del derecho. Tendríamos un concepto, en definitiva, demasiado restringido para hacer frente a las muchas instancias que reflejan y han reflejado ese *quid* que queremos definir (Wartofsky, 1973: 23 y 57). Cosa bien distinta ocurre en el plano de los argumentos normativos, donde sí debe defenderse un concepto de derecho que establezca limitaciones razonables a la posibilidad del secreto. Pero esto acontecerá en otro frente, donde el análisis del concepto de derecho enlaza con la teoría de la democracia o la filosofía moral y política. Allí es donde debe resolverse el problema *normativamente*.

7. PUBLICIDAD Y DERECHO CONSUECUDINARIO

No todas las manifestaciones jurídicas presuponen la publicidad de idéntico modo. El derecho consuetudinario puede disfrutar de plena validez jurídica y ser aplicado con regularidad, sin que para ello sea necesaria una publicación formal. Bien se sabe que las normas consuetudinarias son normas de conducta nacidas de la práctica social y consideradas como obligatorias por la comunidad. Para que exista una costumbre jurídica es precisa la concurrencia de ambos elementos: la reiteración de una práctica social y la consideración de esa

¹³ Según memoria de SUTONIO (1994: 181), Calígula quiso mantener los impuestos en secreto. Ante la queja de sus súbditos, pero dio en publicarlos con letras tan diminutas y en espacio tan estrecho, que fue imposible descifrarlos (BENTHAM, 1977: 47; DE LUCAS, 1990a: 289). De Dionísio, tirano de Siracusa que fuera amigo de Platón, se cuenta pareja ocurrencia: publicaba las normas en un lugar tan alto que el pueblo no podía leerlas (HEGEL, 1996: 368/§ 215).

práctica como vinculante por los miembros de la comunidad. Si desmenuzamos el concepto de costumbre, vemos que la comunicación es un componente del llamado *usus* o elemento material (fáctico); y que también viene presupuesta por la *opinio iuris* o elemento espiritual (volitivo-normativo). Es, sin embargo, en el primer elemento de la costumbre jurídica donde la publicidad adquiere un papel tan esencial que absorbe o neutraliza, por así decir, la necesidad de publicación formal.

En efecto, a más de otros requisitos, la repetición de la conducta que luego devendrá costumbre tiene que producirse, por hipótesis, en condiciones de publicidad. No es costumbre el uso que sea «furtivo o clandestino» (Partidas 1, 3, 2). Es decir, la reiteración de una práctica de modo privado o secreto no puede derivar en costumbre jurídica. El propio concepto de costumbre encierra un valor comunitario (comunicativo) y una exigencia de publicidad. En otras palabras: el derecho consuetudinario no tiene que ser comunicado al grupo, justamente porque este grupo ya lo conoce, puesto que ha sido el propio grupo quien lo ha creado. Como diría Costa, no hay aquí dualidad «legislador-legislado», sino identidad entre ambos. Si aplicamos la definición de comunicación al caso del derecho consuetudinario, observamos cómo la comunicación del derecho se verifica *pari passu* con el procedimiento generador de las normas consuetudinarias, sin que sea preciso, adicionalmente, proceder a su publicación. Por otra parte, cuando las costumbres reciben publicación formal, el acto formal de exteriorización suele unirse a una transformación de naturaleza: la costumbre publicada se convierte en derecho positivo.

8. RELACIONES CONCEPTUALES ENTRE DERECHO Y PUBLICIDAD

8.1 La comunicación como componente del triángulo definitorio del derecho

Hemos visto cómo la existencia de normas jurídicas secretas y, en consecuencia, de sistemas jurídicos en parte secretos, es conceptualmente posible. Esto implica que son las propias normas jurídicas las que pueden definir aquello que, dentro de un sistema jurídico determinado, debe o no comunicarse. Por esta razón, el criterio de la comunicación no puede actuar en solitario, de forma independiente, como parámetro definitorio de las normas jurídicas individuales. Precisa de algún elemento adicional. Este complemento lo proporciona su combinación con otros criterios definitorios, a los que en su caso el criterio comunicativo debe supeditarse. Surge así un entramado de relaciones que permitirá aclarar el *status* de la publicidad respecto del concepto de derecho.

Verificada la posibilidad conceptual de que existan normas *jurídicas* secretas, resta explicar qué requisitos deben reunir éstas para que podamos aplicarles con propiedad tal calificación. Esto es, trataremos de analizar qué *condiciones* deben concurrir *para que sea posible la existencia* de una norma jurídica secreta. Para ello es útil traer a examen lo que podíamos llamar el «triángulo definitorio» o «conceptual» del derecho. Siguiendo la imagen que proporciona esta idea, todo concepto de derecho podría representarse, en cualquiera de sus manifestaciones, en un campo de tensión de forma triangular. Esto significa que los contenidos de todo concepto de derecho fluctuarán según su posición respecto de los vértices del triángulo. Estos vértices son la legalidad o positividad, la justicia, y la eficacia o validez sociológica (Alexy, 1992: 29 ss.). Esta presentación corresponde a las tres dimensiones del derecho (normativa, valorativa y fáctica) apadrinada por Reale. Pues bien, en lo que sigue combinaré el criterio de la comunicación con dos de estos vértices definitorios: el de la positividad y el de la justicia.

8.2 Legalidad o positividad

Según la primera de las combinaciones, la comunicación actúa como un criterio clasificante del derecho, es decir, como una presuposición de su concepto, si bien tan sólo en la medida en que ello esté previsto legal o positivamente. La validez definitoria de la comunicación queda subordinada a las condiciones concretas de legalidad o positividad. De esta forma, el problema de las normas secretas depende de la existencia o inexistencia de una autorización positiva (legal). Como veremos, esta autorización va a adquirir gran trascendencia en nuestro discurso. Ya que las normas secretas, por hipótesis, no son accesibles para la comunidad, la discusión debe localizarse en el plano de una norma publicada con carácter general, accesible por tanto para los ciudadanos, que denominaremos *norma de autorización* (NA).

La importancia de este matiz radica en el hecho de que la sola posibilidad de que existan normas jurídicas secretas requiere una exteriorización legislativa y pública. Las normas secretas no serían jurídicas si no existiera una autorización positiva para ello. Debe haber, como mínimo, un conjunto normativo publicado que autorice la producción de normas secretas, ya que sólo de esta forma podrán éstas ser concebidas como derecho. De esto podemos inferir una doble consecuencia.

En el primer nivel que hemos analizado, el de los sistemas jurídicos, una comunicación mínima aparece como necesaria desde el punto de vista conceptual. Esto concuerda con la tesis de que un sistema normativo absolutamente secreto no es un sistema jurídico. Así pues, una primera condición de posibilidad para la existencia de nor-

mas jurídicas no publicadas es que exista para ello una norma jurídica de autorización, pública y de acceso general. En ordenamientos democráticos como el español o el alemán, una ley secreta no puede existir jurídicamente, entre otras causas, porque no cuenta con la autorización oportuna. Antes al contrario, violaría el artículo 91 CE, o el artículo 82 de la Ley Fundamental, que ordenan la publicación de las leyes¹⁴. Esto es lo que normalmente queremos decir al afirmar que el derecho no publicado no es derecho.

En el nivel de las normas jurídicas individuales, esta conexión no se presenta, sin embargo, como una conexión necesaria o clasificante en el sentido explicado aquí. Aparece más bien como un condicionamiento relativo, que resulta válido sólo dentro del correspondiente sistema jurídico y sólo en la medida en que éste define las condiciones de existencia de normas jurídicas individuales. Pese a su naturaleza relativa, conviene destacar que la combinación de los criterios de publicidad y legalidad, por regla general, se antepone a otros criterios definitorios del derecho, como el de la justicia. Es aquí donde se manifiesta por vez primera la utilidad o la aplicabilidad de esta combinación de criterios definitorios. Cualquiera que sea su contenido material específico, ninguna ley podría ser considerada como derecho si vulnerara un mandato positivo de publicidad (una «regla de publicación»). Sobre esta base de razonamientos (Ott, 1991: 523 ss.) ha querido demostrar que la «orden de la eutanasia» nunca constituyó derecho, pues no fue insertada en el diario oficial, tal y como exigía el ordenamiento alemán en ese tiempo. Al mismo resultado llegaron ya, mediante idénticos argumentos formales, algunos pronunciamiento judiciales (Ott, 1992: 262).

Este razonamiento sería aceptado por la mayoría de las posiciones positivistas¹⁵. Pero hemos de ser cautelosos con el concepto de «derecho positivo», pues lo que sea derecho positivo no depende en exclusiva de lo que ha sido debidamente promulgado, sino también de lo que es eficaz socialmente (Alexy, 2000: 204). Así, siempre podrá defenderse que la orden de la eutanasia no se publicó en aplicación de un principio *jurídico positivo* de omnipotencia del Führer, que habría que considerar vigente durante el gobierno nacionalsocialista (cf. Rapsch, 1985: 143). De acuerdo con este principio, las órdenes del *Führer*

¹⁴ Dos puntos de vista vertebran el debate acerca de la naturaleza de la publicación. Para unos, la publicación integra el proceso de formación de la ley y es condición de su validez. En puridad, de una ley no publicada no puede predicarse la invalidez ni la ineficacia ni la inconstitucionalidad: sencillamente no existe. Para otros, la publicación es un requisito de eficacia y no condiciona la existencia ni la validez, sino sólo la aplicabilidad de la norma (SALVADOR CODERCH, 1989: 205 ss.). Ni en la jurisprudencia (STS de 14 de diciembre de 1998) ni en la doctrina (RODRÍGUEZ ZAPATA, 1988: 163; GARCÍA DE ENTERRÍA 1987:141-43) hay acuerdo definitivo (cf. BIGLIANO, 1993: 20 ss.).

¹⁵ No así por el llamado positivismo jurídico institucional (WEINBERGER, MACCORMICK).

reflejarían la voluntad del pueblo alemán (Rodríguez Zapata, 1987: 165 n. 103), por lo que una publicación adicional dirigida a éste resultaría superflua (cf. Arndt, 1960: 1140-41).

Con todo, la primera combinación no puede resolver el problema de la relación entre derecho y comunicación. Si la aceptáramos como definitiva, por lo pronto, no podríamos discriminar entre la República Vegetariana (N1) y un Estado constitucional que admita la producción de normas jurídicas secretas. Si queremos zanjar esta cuestión de modo satisfactorio, hemos de evaluar las razones que determinan la admisibilidad de un secreto jurídico. Queda abierto así el portillo para tomar en consideración el trasfondo de las normas secretas; con él, su contenido, y finalmente también su vinculación con la justicia. Llegamos a la segunda combinación de elementos que alimenta el criterio definitorio de la publicidad.

8.3 Justicia o corrección material

Según las concepciones iusnaturalistas del derecho, la justicia de las normas constituye un criterio clasificante de cara a su conceptualización como derecho. Interesa ahora elucidar si, merced a la conexión de los criterios de publicidad y de justicia, podemos superar la dificultad advertida en la aplicación del binomio «publicidad-legalidad». Con este objetivo, estudiaremos dos variantes de esta segunda combinación: la primera incide primordialmente sobre la norma secreta (NJS), mientras que la segunda lo hace sobre la norma de autorización (NA). En ambos casos se persigue la elaboración de un criterio de justicia de tipo formal (Alexy, 1992: 57). Ello responde a una razonable imposición de carácter teórico, de la que hicimos ya mérito antes: para que el criterio de la publicidad pueda ser configurado de manera productiva y no termine absorbido por un criterio de justicia material o de contenidos, debe mantenerse siempre lejos del contenido concreto de la norma secreta.

Doble identificación.—A grandes rasgos, la primera variante afirma que sólo normas publicadas pueden ser jurídicas. Este postulado se asienta en lo que podríamos definir como tesis de la «doble identificación». Ésta equipara, de una parte, la publicidad con la justicia y, de otra, entiende el derecho como una manifestación de la justicia. Estas identificaciones provienen de la reacción ilustrada frente a la política de los *arcana imperii* del Antiguo Régimen, y se refleja en la literatura iusfilosófica posterior, lo que podemos comprobar en el pensamiento de una pléyade de autores, que se extiende desde Feuerbach y Fichte hasta Bentham (De Lucas, 1990c: 284 ss.).

Ya Bentham (1977: 44) sostiene que la notificación de la ley no sólo es un requisito para que ésta produzca los buenos efectos de una norma, sino para que ésta sea ley en sentido estricto. Pero fue sobre todo Kant quien señaló la existencia de un vínculo irresoluble entre la

publicidad y la justicia. Este vínculo se comprende bien por la relación que guarda con conceptos fundamentales del pensamiento kantiano. En especial, con el «uso público de la razón» y la «posibilidad de crítica», que sólo pueden desenvolverse en condiciones de publicidad y son expresamente calificados por Kant como inalienables e ilimitados. Renunciar a ellos sería «lesionar y pisotear los derechos sagrados de la humanidad» y cometer un «crimen contra la naturaleza humana» (Kant, 1784: 6). Quedaba así planteada, por primera vez en términos tan radicales, la conexión necesaria entre la publicidad y la moralidad de las leyes (Hölscher, 1979: 147).

Para Kant, todo aquello que eleve la pretensión de ser derecho debe poder ser publicado. Esta necesidad de publicación concierne a la propia justicia de la pretensión, y ello precisamente porque (i) la publicidad define el derecho a través de la justicia, habida cuenta de que (ii) la justicia sólo puede concebirse en la medida en que sea «públicamente manifestada». En una palabra, sin publicidad no son posibles ni la justicia ni el derecho (Kant, 1795: 163).

La publicidad de todas las pretensiones jurídicas se convierte, entonces, en una presuposición inexorable de sus posibilidades de justicia y, con ello, en condición necesaria para su existencia como derecho (De Lucas, 1990a: 275). De ahí que tanto la publicidad como la *Öffentlichkeit* o esfera pública puedan considerarse no sólo como un principio de tipo moral, sino como un principio jurídico, una «garantía para la posibilidad de aunar los intereses y los objetivos de todos y con ello para la libertad» (De Lucas, 1990c: 284). Ésta es, precisamente, la definición kantiana de derecho¹⁶.

La publicidad de las leyes conforma una condición necesaria de su juridicidad: una pretensión tal, que no sea publicada, no puede, en suma, ser comprendida como jurídica o como derecho¹⁷. Por eso puede Kant (1795: 169) elevar el principio de publicidad a la dignidad de máxima trascendental del derecho público: «todas las acciones relativas al derecho, cuya máxima no pueda hacerse pública (*deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt*), son injustas (*Unrecht*)». Este criterio es útil, por cuanto no prejuzga el contenido correspondiente de la norma secreta. La publicidad actúa tan sólo como un garante formal de la justicia, como un criterio preventivo o *ad cautelam* (Kant, 1795: 164). Sin embargo, al mismo tiempo, resulta demasiado estricto. Todas las normas secretas, también las autorizadas jurídica-

¹⁶ «El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad» (KANT, 1797: 39).

¹⁷ Cuando introduce el «Artículo secreto» de su *Proyecto para la paz perpetua*, KANT escribe: «Un artículo secreto en el tratamiento del derecho público es objetivamente, es decir, considerado desde el punto de vista de su contenido (*seinem Inhalte nach*), una contradicción» (1795: 154). Para ello existe una razón sencilla, nos dirá más adelante, y es que «el derecho público incluye la publicación ya en su propio concepto» (1795: 166).

mente, quedarían excluidas del concepto de derecho: el defensor de esta tesis no podría considerar como jurídicas las normas secretas que existen en los Estados democráticos. Se enfrentaría al mismo inconveniente teórico que advertimos en la tesis de la moralidad interna del derecho de Fuller. Y ello porque no atiende al elemento necesario de toda norma secreta, que hemos denominado norma de autorización.

Excepcionalidad.—Es preciso reforzar la tesis de la doble identificación, pero sin abandonar el ámbito de los criterios formales de justicia. A tal efecto se ofrece un criterio complementario, que desplaza la atención sobre la norma de autorización. Llamaremos a este criterio tesis de la excepcionalidad. Siguiendo el esquema «regla-excepción», todo secreto suspendería un principio general de conocimiento que subyace al concepto mismo de derecho. Si invertimos la relación entre la regla de publicidad y la correspondiente excepción del secreto, las normas secretas resultantes perderían su carácter jurídico. Sólo cuando la comunicación constituye la regla y el secreto la excepción, podremos con propiedad hablar de derecho: los secretos que existen general o regularmente no pertenecen al derecho, caen fuera de sus dominios.

En efecto, las normas jurídicas cumplen, por definición, la función de regular determinados estados de cosas y relaciones sociales. Esta tarea sería de imposible cumplimiento si las normas jurídicas fueran mantenidas en secreto con carácter general (Neufelder/Trautmann, 1994: 18). Ahora bien, este argumento tropieza con una incómoda objeción: la capacidad regulativa de las normas jurídicas puede asegurarse sin la existencia de una situación previa de publicidad o comunicación. Esto ocurre cuando se emplean procedimientos de violencia. Por otra parte, a la idea de que el elemento decisivo es una formulación de la norma de autorización (NA) con carácter excepcional, podremos oponer que ésta puede ser excepcional y, pese a ello, continuar siendo inaceptable:

N4 La Asamblea tiene la competencia de mantener en secreto sólo aquellas decisiones que puedan perjudicar mortalmente a los ganaderos.

Es cierto que este criterio no permite resolver cualquier hipótesis académica, pero existen buenas razones que impiden descartarlo por completo. De acuerdo con el principio de habitualidad (*id quod plerumque accidit*), este criterio resulta contrastado por la realidad histórica. Los secretos jurídicos han sido siempre excepciones temporales, espaciales, materiales o personales a una regla general de publicidad. Como enseña de Lucas (1990b: 136), el secreto se concibe por definición como algo extraordinario, como una excepción. Los adjetivos latinos *secretum* (secreto) y *sacrum* (sagrado) derivan del mismo verbo, *secernere* (separar, cortar). Entre ellos existe una ligadura

semántica. Ambas nociones aludirían una misma idea de excepción frente a la regla de la publicidad o del conocimiento por el pueblo o *vulgus*¹⁸. De ahí que pueda sostenerse que lo no comunicado se separa de una disposición y posibilidad general de percepción de las cosas. En definitiva, las normas jurídicas mantenidas en secreto son siempre excepcionales¹⁹.

Es obvio que el hecho de que el mantenimiento en secreto de las normas no ocurra por regla general y ni siquiera sea frecuente en sistemas dictatoriales (De Lucas, 1990c: 136), no basta para excluir la posibilidad teórica de que así sea. Porque la publicidad, en sí misma, no es una condición necesaria para la eficacia social de las normas jurídicas, ya que ésta puede asegurarse mediante la utilización de la violencia. Claro que siempre podemos cuestionarnos cuántas normas, o durante cuánto tiempo, pueden tener asegurada de tal manera su eficacia. El derrumbamiento de un sistema jurídico en el que las normas son por lo general mantenidas en secreto y las instituciones conservadas por la fuerza, es una elemental cuestión de plazo (Searle, 1995: 92). Cuando los hechos institucionales son mantenidos tan sólo mediante la costumbre irreflexiva o la fuerza, y no mediante procesos comunicativos, corren el riesgo de desmoronarse. Aunque sólo por razones prácticas (conservación del poder, maximización de la utilidad), incluso un dictador se vería obligado a publicar con carácter general las normas jurídicas. Hasta el dictador más sanguinario sabe que la violencia es costosa y que el orden que ésta genera es, como poco, inestable (Alexy, 1996: 349). En ámbitos jurídicos parece dominar un estado que podríamos definir como de «publicidad general». En circunstancias normales, quien quiere producir normas jurídicas se preocupa, antes de nada, de que éstas sean publicadas y resulten accesibles para la colectividad (Fuller, 1969: 39).

Para aplicar con éxito un criterio definitorio establecido en torno a la publicidad, debe añadirse un ulterior elemento, de modo que permita excluir del concepto de derecho las normas resultantes de una autorización como N4 (perjuicio mortal de los ganaderos). Este elemento de cierre ha de tomar en cuenta el criterio definitorio de la justicia. Porque la publicidad y la justicia, como señalara Kant, mantienen una relación necesaria que se proyecta sobre el concepto de derecho. De ahí que, para clarificar el vínculo que media entre derecho y publicidad, sea preciso introducir elementos valorativos supra-legales (*übergesetzlich*, en la Fórmula de Radbruch) del lado de la norma de autorización. Como veremos más tarde, esta precisión del

¹⁸ La expresión latina *in vulgo* equivale a la española «en público».

¹⁹ Recordemos que, siendo las normas jurídicas hechos sociales institucionales, sólo pueden existir si la comunidad afectada por ellas conviene precisamente en su existencia. Por ello, en general, deben poder ser pensadas y transmitidas mediante un código público de comunicación (SEARLE, 1995: 77).

argumento de la justicia consiste en la posibilidad de justificación racional de la norma de autorización.

9. JUSTIFICABILIDAD

Antes de abordar el último tramo de nuestro recorrido conviene volver sobre el deslinde entre argumentos conceptuales normativos y analíticos. Hasta ahora, han sido aportados argumentos del segundo tipo. De propósito, hemos evitado la utilización de argumentos normativos. El derecho ha sido considerado como un conjunto de normas jurídicas promulgadas formalmente. Pero la discusión por medio de argumentos conceptuales analíticos es siempre muy lenta y conduce a veces hacia lugares sin retorno. Por eso, en lo que sigue, haré uso de argumentos conceptuales de tipo normativo, si bien entiendo que su *aspiración normativa* es muy limitada.

En mi última tesis confluyen todos los argumentos aducidos. Se trata, pues, de una *combinación múltiple de criterios*. Esta variante ampliada anuda el carácter de generalidad reconocido a la publicidad con las tesis de la justicia, en la versión de Radbruch, y con la idea positivista de la legalidad. Junto a estos elementos, entra en juego ahora el de la justificabilidad (*Begründbarkeit*). Gracias a esta combinación múltiple podremos enunciar con precisión las condiciones de posibilidad de una norma jurídica secreta. Pues bien, a partir de este momento, hemos de admitir la existencia de normas jurídicas secretas siempre y cuando satisfagan estas tres condiciones: positividad o legalidad, carácter excepcional y justificabilidad de su correspondiente autorización.

Como quedó expuesto al estudiar el vértice de la legalidad, sólo pueden existir como jurídicas aquellas normas secretas que cuenten con el respaldo de una autorización legislativa (NA). Pero esto no basta, como también vimos, para asignar naturaleza jurídica a cualquier norma secreta. Una norma no goza de naturaleza jurídica por el simple hecho de ser expresión de un acto de voluntad o de autoridad revestido de norma positiva y garantizado por la sanción. El derecho es un «fenómeno multifacético del cual el material jurídico dotado de autoridad constituye sólo un nivel superficial» (Tuori, 1991: 176). Para vadear una concepción meramente «decisionista», es preciso sentar normativamente un requisito adicional a la decisión de autoridad: la norma secreta tendrá naturaleza jurídica sólo mientras exista la posibilidad de justificar su correspondiente norma de autorización.

En efecto, la oportunidad de excluir formalmente el carácter jurídico de un secreto desaparece cuando dicho secreto tiene carácter excepcional y existe para él la oportuna autorización positiva. En tal caso, deberá analizarse el contenido concreto de la norma de autorización y evaluar su grado de justificabilidad. La carga de la justificación

recae sobre la norma de autorización (NA) y no sobre la norma secreta, cuyo contenido permanece apartado en todo tiempo del proceso de análisis. De esta suerte, el criterio combinado de comunicación se mantiene como un criterio formal y no resulta superfluo frente a un criterio material de justicia.

Esta tesis presenta el inconveniente de la debilidad de su «aspiración normativa». La necesidad conceptual de justificación –que es una exigencia normativamente establecida– no resultaría difícil de admitir para un positivista. Éste siempre puede aducir que cualquier norma de autorización es susceptible de ser justificada; que hasta las necesidades más intolerables pueden justificarse; en otras palabras, que la justificabilidad de la norma de autorización es un criterio absolutamente contingente. Aun desde el punto de vista normativo sería un criterio demasiado débil que no entorpecería las posiciones positivistas. Para salir de este brete podemos tomar dos caminos. O bien fortalecemos el argumento normativo, con lo que el concepto de derecho podría perder virtualidad definitoria; o bien admitimos la debilidad de su aspiración normativa y concedemos que esta tesis no aporta nada relevante respecto de la argumentación positivista basada en la legalidad.

Si queremos enervar esta crítica habremos de introducir una descripción más exacta de las condiciones en las que debe producirse la justificación exigida para una norma de autorización. Estas condiciones no son irrelevantes. Ante todo, la justificación de los secretos jurídicos demanda adoptar un punto de vista muy concreto, que Alexy, (1992: 48-49), reconstruyendo la idea hartiana del «punto de vista interno» (Hart, 1990: 70-72), denomina «perspectiva del participante». Por oposición a la «perspectiva del observador», quien adopta la del participante argumenta y razona, dentro de un sistema jurídico dado, acerca de lo que dentro de ese sistema está ordenado, prohibido o permitido. Desde la perspectiva del observador, en cambio, el sujeto no se pregunta por la corrección de las decisiones tomadas en el seno de un sistema jurídico, sino tan sólo por cómo se decide de hecho.

Sin embargo, los participantes en un sistema jurídico están interesados en la corrección material de las normas jurídicas. Esta circunstancia muestra un ejemplo de la «contingencia reflexiva» del derecho (Alexy, 1995b: 104). Junto a la relatividad o contingencia espacio-temporal, existe en todo derecho un componente reflexivo que persigue alcanzar la idea de corrección (Alexy, 1995b: 110). Por ello, los participantes rechazarán las justificaciones falsas o aparentes (*Scheingründungen*), y también exigirán u ofrecerán fundamentaciones racionales para las normas jurídicas. Bajo este haz de condiciones teóricas, al menos un elemento que queda fuera de toda fundamentación posible: el derecho extremadamente injusto.

La importancia de las condiciones en que deba articularse la justificación de la norma de autorización es obvia. Que algo sea extremadamente injusto implica que lo es para todos y lo es, además, de manera evidente. «Extrema injusticia» es aquello que, abiertamente y

sin duda alguna, aparece como tal para cualquiera (Neufelder/Trautmann, 1994: 129). Una evidencia semejante sólo puede ser el resultado de un proceso discursivo racional basado en las fundamentaciones. A no ser que sometamos una «evidencia» a un examen discursivo racional, no podremos presentarla como criterio para definir que algo sea o no extremadamente injusto (Alexy, 1995b: 107; 2000: 227).

10. EL DERECHO SECRETO Y LA FÓRMULA DE RADBRUCH

Tras un afanoso rodeo, hete aquí que topamos de nuevo con el argumento de la extrema injusticia o del derecho extremadamente injusto. En relación con la publicidad del derecho y las normas jurídicas secretas, podemos reformular (RF) el argumento de Radbruch como sigue:

RF No son jurídicas aquellas normas secretas que resultan de una autorización injustificable, por ser ésta extremadamente injusta o permitir la producción de normas extremadamente injustas.

Esta nueva formulación demanda un par de aclaraciones. En primer orden, puede decirse que no aporta demasiado a la configuración tradicional del argumento del derecho extremadamente injusto. El contenido potencial de extrema injusticia de la norma secreta queda presupuesto o, por mejor decir, se actualiza. Esta objeción debe ser aceptada. Aquí se trata más bien de una posibilidad de aplicación concreta o de extensión del argumento del derecho injusto (*Unrechtsargument*). En cualquier caso, en tanto que esta nueva variante permite excluir del concepto de derecho determinadas normas jurídicas, sin acudir para ello al enjuiciamiento de su contenido particular, sirve como complemento de la Fórmula de Radbruch. La nueva fórmula opera, como digo, *anticipadamente*, y es ahí donde estriba su utilidad.

La reformulación consta de dos partes bien diferenciadas. No parece polémico, por cuanto hace a la primera, que de normas de autorización extremadamente injustas sólo puedan resultar normas extremadamente injustas. Y esto debe predicarse tanto para las normas secretas como para las normas públicas o publicadas. Cierto es que las normas de autorización no contienen, por hipótesis, elementos materiales, de donde resultaría conflictivo asignarles caracteres de extrema injusticia. Sin embargo, una norma de autorización que delimite un marco de producción de normas en el que sólo quepan resultados de extrema injusticia, es extremadamente injusta. Por ejemplo:

N5 La Asamblea adoptará y mantendrá en secreto las decisiones que favorezcan la aniquilación sistemática de los carniceros.

Mucho menos pacífico parece admitir la última parte de la fórmula (RF), según la cual una norma secreta carece de naturaleza jurídica cuando su correspondiente norma de autorización está construida con tal amplitud, que abarca la producción de derecho extremadamente injusto. Esta parte de la fórmula podría llamarse tesis del «contagio» (*Ansteckungsthese*) o «de la infección» (*Infektionsthese*), porque el vicio que soporta la norma de autorización infecta la norma (secreta) autorizada (Oliver, 2001: 551). Contra la idea de la infección cabe argüir la posibilidad de concebir normas jurídicas secretas que no son ni serán nunca extremadamente injustas, a pesar de que según su contenido puedan calificarse como arbitrarias, defectuosas o insensatas:

N6 La Asamblea ordena reducir los impuestos de todos los consumidores de hortalizas.

Tal norma puede ser insólita y hasta simpática, pero no injusta. Ocurre, sin embargo, que quien argumenta de esta forma realiza una valoración concreta del contenido de justicia de la norma secreta. Y tan lejos no hemos llegado. Si todo se redujera al contenido normativo de la norma secreta, hubiéramos podido ahorrarnos el afanoso camino que en varias páginas venimos haciendo en torno al *Unrechtsargument*. A lo que entiendo, el contenido de extrema injusticia se esconde en la forma o el procedimiento por el que la norma secreta se produce y autoriza. También la forma y el procedimiento pertenecen a la esencia del derecho: no siempre hace falta juzgar los contenidos concretos. Como diría Fuller, existe un aspecto formal de justicia ínsito en el concepto del derecho.

Admitido lo anterior, resta por dilucidar cuándo una norma de autorización traspasa el umbral del derecho extremadamente injusto. Resulta indiscutible que la mera ausencia de publicidad, por muy arbitraria que pueda ser, no conduce necesariamente a una situación de extrema injusticia. Ahondando en esta línea de argumentos, podemos imaginar una norma de autorización muy arbitraria que no abarque la producción de normas secretas extremadamente injustas:

N7 La Asamblea asume la competencia de adoptar y mantener en secreto todas las decisiones que afecten a la situación impositiva de los carniceros.

Esta norma de autorización no puede incluirse en la categoría de derecho extremadamente injusto y tampoco las normas por ella autorizadas. El régimen impositivo difícilmente puede afectar al núcleo fundamental de derechos y principios jurídicos que ampara la Fórmula de Radbruch. Es más que probable que las normas resultantes sean normas jurídicas deficitarias o imperfectas, sobre todo desde un punto de vista moral o de justificación externa, pero son al cabo normas jurídicas. Esta última consideración no daña mi argumento. El

verdadero problema radica en el alcance o la amplitud de la norma de autorización. Recordemos nuestro primer ejemplo:

N1 La Asamblea tiene la competencia de tomar y mantener todas sus decisiones vinculantes en secreto.

La amplitud de esta autorización incluye la producción de todo tipo de normas, cualesquiera que sean sus contenidos. Esto significa que resultan autorizados desde los mandatos más ingenuos y altruistas, hasta los que ordenan genocidios y violaciones de los derechos humanos. A diferencia de la autorización antes referida (N5), esta norma admite la creación de normas secretas de extrema injustas, y es exactamente en este sentido en el que debe enjuiciarse. Cuando exista una norma de autorización tal, que por causa de la generalidad de su alcance, abarque la producción de derecho extremadamente injusto, las normas autorizadas por ella *deberán calificarse* también como extremadamente injustas y, en definitiva, como no jurídicas. Y es que, como vengo señalando, la extrema injusticia se desenvuelve en una faceta material y en otra formal, que sería la que entra en consideración ahora. La fórmula propuesta no hace extremadamente injusta a una autorización que no lo sea (segunda parte de RF). Lo que deviene extremadamente injusto son las normas resultantes de la autorización, con independencia de que ésta sea o no, a su vez, extremadamente injusta.

Tres argumentos nos permiten sustentar esta tesis. El primero concierne a la peculiar naturaleza de las normas secretas. Ocurre que éstas, por simple definición, no pueden ser aprehendidas por los miembros de una comunidad jurídica hasta el momento de su aplicación, de modo que su enjuiciamiento debe producirse con anterioridad a ésta: por así decir, con antelación. Esto no sucede, por el contrario, con las normas jurídicas que sí deben ser publicadas. Todavía, llegado el caso de que exista para éstas una autorización tan amplia que admita la producción de derecho extremadamente injusto, la cuestión del carácter de extrema injusticia de las normas autorizadas debería resolverse en función de su contenido concreto y con independencia de la norma autorizante; lo cual, como digo, no es posible en el supuesto de las normas jurídicas secretas.

También podemos apoyarnos en el socorrido argumento del *worst case*, e imaginar que las normas secretas producidas a partir de una norma de autorización de tal amplitud que ampare contenidos de extrema injusticia serán en efecto normas extremadamente injustas. La mera sospecha de que se producirá una norma extremadamente injusta bastaría, así, para excluir estas normas secretas del concepto de derecho. Una razón histórica o de habitualidad sirve a mayor abundamiento: la experiencia enseña que los actos de poder más brutales e injustos son pergeñados y ejecutados gracias a «órdenes más o menos secretas» (Alexy, 1992: 85).

Volvamos, en último término, al epicentro de nuestro problema: la justificabilidad. Por definición, una norma de autorización que abarque la producción de normas extremadamente injustas no puede fundamentarse racionalmente o, cuando menos, no en su totalidad. Esto se debe a que, como hemos dicho, la extrema injusticia no es susceptible de fundamentación bajo las condiciones de contingencia reflexiva normativamente establecidas. Aplicando reformulación del Argumento de Radbruch, se infiere entonces que las normas resultantes de una autorización semejante no son ni pueden ser jurídicas.

En resumen, puede decirse que un alejamiento excesivo de la regla general de comunicación privará a una norma secreta de su carácter jurídico. Mediante esta formulación queda reconocida la naturaleza excepcional y extraordinaria del secreto. Asimismo, con la exigencia normativa de justificabilidad de la norma de autorización, se consolida la renuncia al derecho extremadamente injusto de parte de la norma secreta autorizada. La fórmula propuesta opera, por ende, tal como la máxima kantiana de publicidad, a modo de criterio preventivo y formal de publicidad, toda vez que el contenido de la norma secreta permanece en todo momento fuera de consideración, siendo irrelevante para la utilización de la fórmula. Ahí reside el valor del criterio combinado de la publicidad, merced al cual cabe declarar como *no jurídicas* las normas que no sean publicadas o carezcan de autorización justificable desde la perspectiva del participante.

11. RECAPITULACIÓN: PUBLICIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO

El valor de la comunicación para la delimitación del concepto de derecho reside en las múltiples conexiones analíticas de las que puede formar parte. En general, su potencial definitorio puede ser admitido tanto desde posturas teóricas no positivistas como desde posiciones positivistas no radicales. Como hemos visto, la comunicación, en la forma de publicidad, viene presupuesta por el concepto de derecho mediante un doble requisito: la positividad y la corrección o justificabilidad.

Para satisfacer el primero de ambos, toda norma jurídica secreta debe estar prevista legalmente. Los secretos no autorizados por una norma pública positiva no pueden ser derecho. Pero la capacidad definitoria de conceptos jurídicos positivistas termina exactamente allí donde desaparecen el derecho positivo. Por ello, en la medida en que estos conceptos se revelen insuficientes o deficitarios, conviene su integración mediante elementos «extrapositivos». No obstante, incluso casos extremos e insólitos de normas secretas, como el de la Orden de la eutanasia, podrían ser resueltos por aplicación del requisito de la positividad.

Para completar el criterio positivista hemos recurrido a un criterio débil de justicia material, con lo que renunciamos a un criterio meramente formal de justicia (la tesis de la excepcionalidad). Según nuestra modalidad de criterio combinado de justicia y publicidad, para que sea posible la existencia de normas jurídicas no publicadas, éstas deben estar legalmente autorizadas y ser fundamentables. Que una norma secreta sea o no definible como jurídica depende de la posibilidad de justificación racional de su correspondiente norma de autorización. Esta justificación ha de verificarse desde la perspectiva del participante, entendida ésta en términos de contingencia refleja. En tales condiciones, el derecho extremadamente injusto escapa a la posibilidad de fundamentación racional. Por tanto, una norma secreta para la que no exista previsión legal pública o justificación posible (por admitir su norma de autorización la producción de normas de extrema injusticia) no puede recibir la calificación de norma jurídica y, en definitiva, no es derecho.

La introducción de un elemento supralegal en el concepto de derecho es inevitablemente audaz. Al punto surge la tentación de enarbolar el apabullante arsenal de argumentos que obra en poder del positivismo jurídico. Casi por principio, cualquier afirmación sobre el concepto de derecho resulta discutible. Sin embargo, aun rechazando la tesis de la vinculación conceptual débil entre derecho y moral, puede todavía ser conveniente utilizar la comunicación como elemento definitorio del derecho. Siempre quedaría a salvo su dimensión cualificante. Incluso el positivista podría hallar provecho en el empleo del criterio comunicativo de la publicidad. Como hemos visto, este parámetro encuentra difícil acomodo en la argumentación analítica. Pero no ocurre lo mismo en un plano normativo. Según he defendido aquí, la comunicación *debe* encadenarse normativamente al *concepto* de derecho. Sería, a lo que parece, adelanto muy cabal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (1992): *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Alber.
- (1995a): «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt.
 - (1995b): «Law, Discourse and Time», *ARSP*, Beiheft 64 (1995): pp. 101-110.
 - (1996): «Grundgesetz und Diskurstheorie», en W. Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden Baden, Nomos, pp. 343-360.
 - (2000): «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal», *DOXA*, 23 (2001), pp. 197-230.
- ARNDT, A. (1960): «Strafrechtliche Verantwortlichkeit ehemaliger Richter an Sondergerichten», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 25 (1960); pp. 1140-1141.

- BENTHAM, J. (1977): *The Collected Works of Jeremy Bentham: A Comment on The Commentaries and A Fragment of Government*, London, University of London/The Athlone Press.
- BERMEJO, J. (1998): *Derecho Administrativo Básico. Parte general*, Zaragoza, Egido.
- BIGLINO, P. (1993): *La publicación de la ley*, Madrid, Tecnos.
- BRIESKORN, N. (1993): *Filosofía del derecho*, trad. C. Gancho, Barcelona, Herder.
- DAVIDSON, D. (1995): *De la verdad y de la interpretación*, trad. G. Filippi, Barcelona, Gedisa.
- DE LUCAS, J. (1990a): «Über das Verhältnis von Politik und Moral: Das Publizitätsprinzip im Werk Immanuel Kants», en E. Garzón Valdés (Hrsg.), *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlin, Dunker & Humblot, 1990, pp. 265-278.
- (1990b): «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho* VII (1990), pp. 131-145.
- (1990c): «Die Institutionalisierung des Öffentlichkeitsprinzips bei Bentham und in der französischen Kodifizierung», *Rechtstheorie* 21 (1990), pp. 283-296.
- FOUCAULT, M. (1989): *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Madrid, Siglo XXI.
- FULLER, L. (1969): *The Morality of Law*, New Haven/London, Yale U.P. (2nd ed).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R. (1987): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1998): «Derecho y Moral» en R. Vázquez (ed.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 19-55.
- HABERMAS, J. (1984): *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp.
- HART, H. L. A. (1990): *El concepto de derecho* (1961), trad. G. Carrió, México, Editora Nacional.
- (1962): «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64.
- HEGEL, G. W. F. (1996): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp.
- HÖLSCHER, L. (1979): *Öffentlichkeit und Geheimnis. Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Öffentlichkeit in der frühen Neuzeit*, Stuttgart, Klett-Cotta.
- KANT, I. (1784): «Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?», en *Ausgewählte kleine Schriften*, Hamburg, Felix Meiner, 1965, pp. 1-9.
- (1793): «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», in *Kleine Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Hamburg, Felix Meiner, 1964, pp. 67-114.
- (1795): *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, en *Kleine Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Hamburg, Felix Meiner, 1964, pp. 115-170.
- (1797): *La Metafísica de las Costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989.
- KAUFMANN, A. (1997): *Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck.

- KELSEN, H. (1960): *Reine Rechtslehre*, Wien, F. Deuticke.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1979): *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch.
- LUHMANN, N. (1983): *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdt. Verlag.
- (1995): «Was ist Kommunikation?», *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdt. Verlag, 1995, 113-124.
- MERTEN, K. (1977): *Kommunikation. Eine Begriffs- und Prozeßanalyse*, Opladen, Westdeutscher Verlag.
- NEUFELDER, M., y TRAUTMANN, W. (1994): *Kennzeichen Unrecht: eine pragmatische Rechtsphilosophie*, Frankfurt, R. G. Fischer.
- OLIVER, D. (2001): «Die kommunikative Bedingtheit des Rechts», *ARSP*, 87 (2001), pp. 542-553.
- OTT, W. (1991): «Die Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September 1939 im Lichte der rechtspositivistischen Theorien», en H. Mayer (Hrsg.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis. FS Robert Walter zum 60. Geburtstag*, Wien, Manz, 1991, pp. 519-533.
- (1992): *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin, Dunker & Humblot.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1994): *La seguridad jurídica*, Madrid, Ariel, 21997.
- PUTNAM, H. (1994): *Cómo renovar la filosofía*, trad. C. Laguna, Madrid, Cátedra, 1994.
- RADBRUCH, G. (1990): «Fünf Minuten Rechtsphilosophie» (1946), en *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* (Band 3: Recht und Gerechtigkeit), Heidelberg, C. F. Müller.
- RAPSCH, A. (1985): «Gesetzgebung unter nationalsozialistischer Gewaltherrschaft», en P. Salje (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster, Regensburg & Bierman, 1985, pp. 138-147.
- ROBLES, G. (1998): *El Derecho como texto*, Madrid, Civitas.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, J. (1987): *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Madrid, Tecnos.
- SALVADOR CODERCH, P. (1989): «La publicación de las leyes», en GRETTEL, *Curso de técnica legislativa*, Madrid, CEC, 1989, pp. 201-230.
- SEARLE, J. R. (1995): *The Construction of Social Reality*, London, Allen Lane/The Penguin Press.
- STRAWSON, P. F. (1997): *Análisis y metafísica*, trad. N. Guasch, Barcelona, Paidós/UAB.
- SUETONIO, C. (1994): *Los doce césares*, Barcelona, Iberia.
- TUORI, K. (1991): «Validez, Legitimidad y Revolución», en A. Aarnio et. al. (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 161-188.
- WARTOFSKY, M. (1973): *Introducción a la filosofía de la ciencia*, Madrid, Alianza, vol. I.
- ZIPPELIUS, R. (1991): *Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie*, München, C. H. Beck, 21991.