

BÄCKER, Carsten y BAUFELD, Stefan (eds.), *Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Cuaderno núm. 103, 2005, 212 pp.*

Este volumen recoge buena parte de los trabajos presentados a las undécimas y duodécimas jornadas del *Forum* joven de Filosofía del Derecho de la IVR celebradas en Kiel y Hagen respectivamente. El tema del primer encuentro, que tuvo lugar los días 22 y 23 de septiembre de 2004, fue la objetividad en el Derecho y el del segundo, los días 21 y 22 de abril de 2005, la flexibilidad en el Derecho. Los autores son catorce jóvenes investigadores que han desarrollado su labor total o fundamentalmente en Alemania y total o parcialmente en la filosofía del Derecho. Fiel a su título, el libro está dividido en dos partes que se corresponden con los temas tratados en cada una de las reuniones.

En las notas introductorias que nos ofrecen los compiladores (pp. 11 ss. y 89 ss.) para cada una de estas partes hallamos una síntesis *seriatim* de los contenidos del libro. Esto me exime de examinar con exhaustividad uniforme cada una de las contribuciones. A cambio les prestaré una atención proporcional a la que creo merecerían por parte de un filósofo del Derecho español estándar (en la medida en que tal cosa sea siquiera imaginable).

La primera parte, como nos indica el compilador Carsten Bäcker, gira en torno a tres conceptos clave: *objetividad, Derecho y verdad* a los que Bäcker suma otros conexos como *corrección, racionalidad, legitimación, interpretación, conocimiento, decisión y argumentación*. Probablemente los dos trabajos más atractivos de la primera parte sean los de Jochen Bung y Peng-Hsiang Wang.

El interesante trabajo de Jochen Bung se titula «*Objektivität im Recht als Wahrheitsbezug*». Bung trabaja en Francfort del Meno bajo la supervisión de Klaus Günther. En su artículo Bung se ocupa del problema de la objetividad en el Derecho en dos ámbitos de relevancia jurídica que pone en conexión: el de los hechos y el de las normas. En el primer ámbito el problema es la verdad de enunciados como «A ha matado a B». En el segundo se trata de la objetividad de enunciados como «Se debe castigar el homicidio». Por tanto, la objetividad presenta en cada ámbito una fractura o quiebra (*Kluft*). Tenemos, pues, según Bung, una quiebra epistémica y otra deóntica. La epistémica surge de la posibilidad de error, de modo que aquí lo objetivo se opone a lo subjetivo. La quiebra deóntica surge de la dificultad de fundamentación, de modo que aquí lo objetivo se opone a lo normativo.

Bung rechaza dos aspectos bien influyentes de la teoría de Habermas: por un lado la conocida analogía entre verdad y corrección que establece Habermas cuando afirma que la corrección de una norma es análoga a la verdad de una aseveración, en cuanto que la pretensión de corrección y la pretensión de verdad son condiciones de validez de cada uno de esos actos de habla. Recordemos lo que esto quiere decir. Cuando profiero el enunciado «el gato está sobre el cojín», este acto de habla constatativo será válido si observo una pretensión de verdad (y por tanto inválido si añado a mi afirmación: «pero no lo creo»). Análogamente, cuando digo «A debe ayudar a B», este acto de

habla normativo será válido si observo una pretensión de corrección (y por tanto será inválido si añadiera, por ejemplo, «pero es algo absolutamente injusto»). Por otra parte Bung rechaza la estrategia de Habermas de distinguir tres mundos: un mundo objetivo, natural, un mundo social y un mundo de interacciones normativas entre los agentes de ese mundo social. En términos contundentes, Bung afirma que esta concepción de los tres mundos que defiende Habermas «puede que suene bien, pero no aclara nada» (p. 18) para añadir que «la discusión sobre la analogía de la verdad es innecesaria, circunstancial, y al igual que el concepto de los tres mundos, redundante» (ibid.).

Bung se apoya entonces en Donald Davidson para sostener que existe un solo mundo y no tres. A él pertenecen «piedras, árboles, rinocerontes y normas» (p. 25). Ello permite a Bung proponer una respuesta tanto a la quiebra epistémica como a la deóntica mediante una argumentación en dos pasos. La solución al problema de la quiebra epistémica pasa por la asunción de que las convicciones son intrínsecamente verdaderas dado que no pueden escapar de nuestros esquemas conceptuales de interpretación a los que queda vinculada la verdad. En segundo lugar, por lo que se refiere a la quiebra deóntica, dado que las normas se hallan en el mismo mundo, son un subcaso al que se extiende la solución de la quiebra epistémica (lo cual comporta, por cierto, el rechazo explícito de una distinción tan fundamental como la que separa normas y proposiciones normativas (*Normsätze*) (p. 23).

Peng-Hsiang Wang, de Taiwan, nos propone una interesante incursión en el problema clásico de la objetividad del concepto de Derecho en su trabajo «*Recht, Semantik und Objektivität*». Frente al «aguijón semántico» que, en la célebre expresión de Dworkin, aqueja a las teorías positivistas y no positivistas, Wang aboga con el profesor norteamericano por una concepción interpretativa y argumentativa del Derecho. El positivismo jurídico había basado la objetividad de su concepto de Derecho en el convencionalismo, es decir, en la idea de que el Derecho es un conjunto de normas identificadas por un criterio socialmente aceptado como la regla de reconocimiento hartiana, lo cual implica la imposibilidad de errores colectivos en torno a lo que el Derecho es. Dworkin puso de relieve, por el contrario, que son posibles los desacuerdos sobre lo que sea el Derecho, precisamente porque el Derecho es una práctica interpretativa intrínsecamente controvertida en cuanto a su contenido. Pero si admitimos que esto sea así, que el contenido del Derecho depende de teorías (y, como todos sabemos, toda teoría es verdadera en relación consigo misma), ¿cómo es posible hablar de objetividad acerca de lo que es el Derecho? Para responder a esta cuestión Wang recurre a una analogía basada en la nueva teoría de la referencia de Kripke y Putnam. Del mismo modo que el común de las personas pueden reconocer lo que es el oro, también es cierto que existe la posibilidad de cometer errores en cuanto a lo que sea el oro pues ello depende del desarrollo científico de las teorías. Seguramente el conjunto de propiedades que definían lo que era oro en la Grecia clásica era distinto del que un químico actual indicaría. Desde este punto de vista, el concepto de oro sería derrotable, pues el conjunto de propiedades que determinan su intensidad es revisable y, en ese sentido, popperianamente provisional. Sin embargo, estas discrepancias teóricas y la consecuente provisionalidad del conocimiento no impiden hablar de objetividad en torno a lo que el oro sea. Falibilidad y objetividad, convención social y naturaleza, teoría y objeto independiente de ella, no son pues pares de opuestos cuando describimos el mundo y prácticas sociales como el Derecho. Desde este punto de vista, para

Wang, «Derecho es un término transteórico» (p. 70). La sucesión de teorías en cuanto a lo que el Derecho sea no impide mantener que existe el Derecho con independencia de las teorías (interpretaciones) sobre él. Esta «tesis de la independencia» convenientemente debilitada por Wang contribuye a fundar posiciones antipositivistas como la del argumento de la injusticia de Radbruch o Alexy (p. 69) que entienden que los errores y los desacuerdos acerca de lo que es Derecho son posibles.

El artículo de Andreas Funke, de la Universidad de Colonia, se pregunta en el título de su ponencia si cabe fundar objetividad jurídica sobre una teoría general del Derecho, una pregunta que tiene particular sentido se plantee un especialista como él en Derecho comparado: «*Lässt sich juristische Objektivität auf eine «Allgemeine Rechtslehre» gründen?*» Funke analiza los que considera los dos «garantes de objetividad» (*Objektivitätsgaranten* es la expresión de Funke) de la teoría general del Derecho. El primero es la separación de teoría del Derecho y filosofía del Derecho. El segundo lo que denomina normativismo constructivo (*konstruktiver Normativismus*). El primer garante de objetividad supone la separación de descripción y evaluación del Derecho, que Funke estudia a través de las obras de Félix Somló y Rudolf Bierling. El segundo garante supone la primacía del análisis estructural y la búsqueda de categorías universales para el Derecho. En cualquier caso, el postulado es la «irrelevancia de la filosofía del Derecho para la ciencia jurídica» (p. 30). Según Funke ambos garantes fracasan cuando se enfrentan a la aplicación del Derecho, con su «inevitable impronta subjetiva» (p. 35). La conclusión de Funke es que la teoría del Derecho como teoría general no puede aspirar a garantizar una objetividad en grado absoluto, sino sólo a incrementar el grado de objetividad.

Del célebre velo de ignorancia rawlsiano orientado a decidir los principios de justicia de una sociedad bien ordenada se ocupan los trabajos de Vanessa Heinz («*Schleier des Nichtwissens und Gesetzgebung*») y Christian Schmid («*Der Schleier des Nichtwissens*»). Ciertamente la oportunidad de este estudio dentro del volumen es obvia: la imparcialidad que pretende garantizar el velo de ignorancia contribuye a la búsqueda de la objetividad. El punto de partida de Heinz es la actualidad que ha cobrado la noción de velo de ignorancia a través de su recepción en la jurisprudencia constitucional alemana (BVerGE 101, 158, 218) ante una controversia sobre la igualdad de financiación entre Estados en la República Federal. Heinz examina la evolución del concepto en Rawls y su virtualidad jurídica y concluye que el velo de ignorancia es una figura de la ética cuya recepción en el sistema jurídico real sólo puede tener lugar de forma debilitada (p. 50). Sin embargo, la cuestión no es sólo si la ignorancia de los legisladores es posible. Schmid comienza sus reflexiones señalando que la información es precisamente un elemento esencial para la toma de decisiones en la tradición utilitarista (p. 51). La filosofía práctica de Rawls en cambio busca la imparcialidad a través de la ocultación de información. Schmid pone de relieve que la regulación descentralizada de la producción y distribución de bienes incrementa la utilidad general si la comparamos con una regulación centralizada en un «dictador utilitarista». Es en esa regulación descentralizada en donde cobran sentido los acuerdos cuya puesta en práctica requiere a su vez alguna instancia centralizada. Adquiere sentido entonces la aplicación de un velo de ignorancia que corrija las desviaciones que puedan dar lugar a discriminaciones por parte de esa instancia central.

La primera parte del libro concluye con el trabajo de Steffen Wesche, «*Objektive Bedingungen für relative Normen*». Wesche propone una perspectiva metodológicamente integradora de disciplinas como la economía, la teoría de los juegos, la antropología jurídica y la biología evolutiva junto a la psicología y la sociología jurídica. A juicio de este autor, «si colocamos el objeto de nuestra actividad científica en el campo del *Sollen* puro, nos hemos separado del camino a la realidad» (p. 85). Wesche busca fundar la objetividad de ciertas normas jurídicas en su funcionalidad social y biológica, lo que explicaría un sustrato común de las normas, que Wesche expresa a través de ocho tesis del tenor: «no existe norma sin conflicto», no «existe norma sin comportamiento» o «no existe norma sin sanción» (p. 73).

Desde la perspectiva de la filosofía jurídica española, quizá los dos trabajos más interesantes de la segunda parte del volumen sean obra de los dos alexyanos del grupo. Me refiero a Carsten Bäcker y Nils Teifke. El pulcro trabajo de Carsten Bäcker, «*Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht*», sirve de punto de partida a la segunda parte del volumen (*Flexibilität im Recht*) como una bisagra que pretende articular los dos temas del volumen: «La necesidad de la flexibilidad en el Derecho no significa empero, y aquí cabe la recíproca armonización de los temas aparentemente irreconciliables de las jornadas de Kiel y Hagen, el final de la objetividad en el Derecho» (p. 109). Bäcker, discípulo de Robert Alexy en Kiel, argumenta contra la tesis de la única respuesta correcta y se apoya sobre la tesis alexyana de que existe un espectro de posibilidad discursiva dentro del que caben diversas respuestas correctas. Esta pluralidad de respuestas queda vinculada así a la contingencia de las circunstancias bajo las cuales se desarrollan los discursos reales, que Bäcker contrasta cuidadosamente con las reglas del discurso propuestas por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*. El carácter meramente aproximativo del cumplimiento de las reglas del discurso ideal por parte del discurso real queda además vinculado a otro elemento central del pensamiento alexyano: la distinción entre principios y reglas. Los principios a los que queda vinculado el discurso en cuanto mandatos de optimización marcan ideales que deben ser cumplidos *en lo posible (möglichst)*. Bäcker propone un modelo de discurso práctico en tres planos: el del discurso ideal, el del discurso real y el del discurso de hecho o fáctico (*tatsächlich*). Esta estructuración en tres planos presenta como ventaja más importante para Bäcker que «la medida de satisfacción de los principios del discurso no es ya un ideal inalcanzable, sino un óptimo alcanzable» (p. 103). El trabajo de Bäcker, que sigue cauteloso la ingente obra de su maestro, suscribe el modelo procedimental de Derecho estructurado en cuatro gradas de Alexy quien, como es sabido, concibe el discurso jurídico como un caso especial del razonamiento práctico general (*Sonderfallthese*). Las cuatro gradas de mayor a menor grado de generalidad son las siguientes: el discurso práctico general, el discurso del procedimiento legislativo, el discurso jurídico y el procedimiento judicial. De acuerdo con Alexy, el Derecho es ya de por sí un medio que procura la realización de la razón práctica, pero Bäcker pone de relieve que, con independencia de este presupuesto, el discurso del Derecho es tan sólo un discurso fáctico que sólo puede aspirar a una «corrección relativa» (p. 109).

El estimable artículo de Nils Teifke, de la Universidad de Kiel, se plantea el problema del carácter absoluto de la inviolabilidad (*Unantastbarkeit*) de la dignidad humana en el artículo 1.1, primera frase, de la *Grundgesetz*. Como destaca Teifke, en Alemania constituye un tabú no sólo rechazar el carácter

absoluto de este principio (en otras palabras, reconocer su flexibilidad), sino simplemente discutir sobre ello (p. 142, nota 1). Sin embargo, bajo la teoría de Alexy los derechos fundamentales en principio se caracterizan por su carácter no absoluto que se deriva de su ponderabilidad, esto es, de su carácter de principio (por oposición al carácter de regla). En su célebre *Teoría de los derechos fundamentales* (CEPC, Madrid, 1993, pp. 105 ss.), Robert Alexy responde a esta cuestión afirmando que el artículo 1.1 GG en su primera frase contiene un principio y una regla. En el nivel de los principios la inviolabilidad de la dignidad puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, pero en el nivel de las reglas (que surge de la efectiva colisión de principios) se define el concreto campo de aplicación en el que hallaría carácter absoluto. Teifke examina las críticas que la dogmática alemana ha dirigido a esta teoría del doble carácter (regla/principio) del artículo 1.1 frase 1 GG cuyo riesgo más grave quizá sea incurrir en una tautología: el principio de inviolabilidad es absoluto sólo por la parte en que es absoluto. Por eso Teifke reconoce en el máximo peso abstracto de la dignidad frente a otros principios la propia posibilidad de que pueda ser ponderado. Teifke concluye que la condición iusfundamental de la dignidad humana no debe ser un obstáculo para evitar su devaluación a través de su trivialización y su uso inflacionario (p. 156).

El resto de trabajos presenta un indudable interés para diversos especialistas más allá de la propia filosofía jurídica. Por ejemplo, la necesidad de armonizar objetividad y flexibilidad a la que se refería Bäcker presenta problemas políticos. El trabajo de Verena Klappstein se ocupa precisamente del problema clásico del déficit democrático y los límites de la labor del aplicador del Derecho. Klappstein asume la necesidad de flexibilidad en el Derecho para poder garantizar el «pluralismo del proceso de producción jurídica» (p. 119) en el que intervienen legislador y aplicador y examina los diversos mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico alemán a esos efectos.

Más específico se presenta el trabajo de Sascha Ziemann, colaborador de Ulfried Neuman en Francfort del Meno, quien problematiza la vigencia del principio de la cosa juzgada (*Rechtskraft*) en el ámbito penal mediante un examen del recurso de revisión (*Wiederaufnahmeverfahren*) en Alemania. Ziemann acude a la célebre teoría de Radbruch para referirse a la vieja tensión entre seguridad jurídica y justicia que se renueva en estos casos.

En el campo del arbitraje se sitúa la reflexión de Sebastián Kneisel acerca de la flexibilidad del Derecho. Kneisel, del Instituto Max Plank de historia del Derecho Europeo, recorre los hitos más importantes del arbitraje entre Estados y luego entre multinacionales, analizando con ayuda de la teoría de los sistemas de Luhmann el proceso de *desestatalización* (*Entstaatlichung*) paralelo a la transnacionalización de las relaciones comerciales y al impulso de la *lex mercatoria*. La posibilidad de que las partes se conviertan en los «señores del proceso» exige flexibilidad.

Anusheh Rafi, de la Universidad Humboldt de Berlín, explora las dificultades que el Derecho con su búsqueda de certeza plantea a la aceptación del caos en su propio seno. Rafi pone al descubierto el fundamentalismo del Derecho al subrayar que el ordenamiento jurídico carece a su vez de un ordenamiento que indique cómo interpretarlo y aboga por rescatar conceptos como *juicio* o *experiencia* (*Erfahrung*) a la hora de su aplicación. El particularismo jurídico por el que Rafi toma partido presenta un carácter normativo: su verificación debe conducir a la asunción de responsabilidad por parte de los aplicadores (p. 182).

Si Rafi nos insta a convivir con el caos, el compilador Baufeld nos exhorta por su parte a aceptar las limitaciones de la lógica en el Derecho. Bien revelador es el subtítulo de su trabajo: «Por qué la lógica contribuye poco a la solución de problemas jurídicos y por qué la retórica tópica puede hacerlo» (p. 181). Hace ya algún tiempo que Ota Weinberger declaraba que la tópica estaba muerta. Sin embargo el de Baufeld no parece un caso aislado de recuperación de la tópica de Viehweg y la retórica aristotélica ante las insuficiencias de los planteamientos logicistas para dar cuenta de cuestiones interpretativas y pragmáticas fundamentales. Todo parece indicar que esta dirección bien podría salir reforzada por los próximos desarrollos de la teoría del Derecho.

Finalmente, el estudio de Bernhard Jakl cierra el volumen considerando una contradicción performativa de los cultivadores de la ciencia jurídica positivista: «reivindican una flexibilidad del Derecho, pero sólo ofrecen una flexibilidad en el Derecho, que a su vez presupone una flexibilidad del Derecho» (p. 201). Jakl considera que es necesaria una concepción del Derecho como *ordo ordinans* y no como *ordo ordinatus* y reclama una filosofía del Derecho «filosófica» que amplíe los límites de la filosofía jurídica más allá de lo meramente positivo tomando como referente la filosofía jurídica kantiana.

El resultado final de *Flexibilität und Objektivität im Recht* es en su conjunto muy satisfactorio y es de justicia felicitar a los compiladores Bäcker y Baufeld por él. Se trata de una compilación de trabajos serios, escritos desde perspectivas distintas, por especialistas en diversas materias que exploran puntos de contactos entre ellos. Quizá sea este rasgo el más sobresaliente y que confiere mayor valor al volumen: su firme voluntad de reunir a jóvenes estudiosos del Derecho de la dogmática jurídica y la filosofía del Derecho, pero también juristas prácticos.

Hasta aquí los contenidos del volumen. Corresponde al lector entrar a enjuiciar con detenimiento sus tesis. Aquí quizá sólo sea ya posible formular algunas ideas muy generales sobre el significado del libro para un lector español. Por ejemplo: ¿Sería posible actualmente un libro como éste en España? Desde luego sería posible un libro semejante. Buena prueba de ello es que está a punto de aparecer en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales *Racionalidad y Derecho*, una compilación de trabajos cuyos autores son en su mayoría profesores titulares españoles. Sin embargo, si contrastamos ambos libros podremos comprender algunos aspectos relevantes (a veces preocupantes) del desarrollo de nuestra disciplina en España.

En primer lugar, ambos volúmenes son obra de autores jóvenes. Sin embargo, la juventud es más pronunciada en el caso del libro alemán. En su mayor parte se trata de becarios de investigación, doctorandos, investigadores de diversos institutos o jóvenes doctores. Los trabajos presentan por lo general un rigor y una calidad notables, que nos anuncian ya una de las sendas por las que puede discurrir la filosofía jurídica en lengua alemana del futuro. En nuestras universidades, tras años de expansión, la entrada de nuevos investigadores españoles resulta cada vez más difícil y muchas veces los miembros de las áreas de filosofía del Derecho están condenados a envejecer juntos sin reemplazo a la vista. A lo sumo, investigadores iberoamericanos llenan con sus estancias temporales ese vacío de renovación que comienza a aquejar a nuestro sistema.

Segundo, en su mayoría los autores de *Objektivität und Flexibilität im Recht* no son filósofos del Derecho *puros* (con dedicación exclusiva a la filosofía jurídica como es el caso de los autores de *Racionalidad y Derecho*), sino estudiosos de Derecho comparado, europeo, público, administrativo,

procesal o provienen de institutos de criminología o historia del Derecho o incluso, como en el caso de Steffen Wesche, se dedican a la aplicación del Derecho desde el *Landgericht* de Karlsruhe. En nuestro país, donde la interdisciplinariedad es tan anhelada como poco practicada, esta circunstancia quizá merezca una reflexión ligada a la primera enunciada: Una vía de renovación de nuestra disciplina podría consistir en su mayor apertura al resto de disciplinas jurídicas.

Tercero, los estudios de *Objektivität und Flexibilität im Recht* se inscriben en la tradición de la ciencia jurídica alemana, pero al mismo tiempo buscan nuevos horizontes particularmente en la cultura jurídica angloamericana, como nos indica Carsten Bäcker (p. 14), quien ve en este indicio la esperanza de que las nuevas generaciones de la filosofía jurídica en lengua alemana puedan contribuir a la intensificación del intercambio de ideas entre las culturas jurídicas angloamericana y continental. En este punto quizá no estén de más dos observaciones. La primera consiste en recordar por una cuestión de justicia que, al menos en los orígenes de la tradición analítica y por más que ésta suele ser considerada un producto angloamericano, la vinculación entre el pensamiento de las áreas geográficas marcadas respectivamente por la lengua inglesa y la alemana ha sido tan intenso que hay quien prefiere hablar de una tradición *austroangloamericana*. La segunda, que se impone cierto realismo: esta voluntad de intercambio con la filosofía jurídica en lengua inglesa es una pretensión en la que también se halla la filosofía jurídica de otras áreas que raramente se ha visto correspondida. En este sentido el optimismo de Bäcker no parece hoy por hoy todo lo fundado que querríamos.

Alfonso GARCÍA FIGUEROA
Universidad de Castilla-La Mancha