

aquellos hitos históricos que facilitan hoy la comprensión del tratamiento actual del tema objeto de estudio (la venganza de sangre, el Talión y la Composición, el período romano, el proceso germánico y el Fuero Juzgo, el Fuero Real, Las Partidas, el movimiento Recopilador, y la Codificación hasta el nacimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

El *Capítulo II. Construcción dogmática*, está dedicado íntegramente al estudio del concepto y clases de los delitos privados y semipúblicos o semiprivados, su naturaleza jurídica penal, procesal o mixta, y al fundamento jurídico de su propia existencia.

Y en fin, el *Capítulo III: Las especialidades procesales*, se centra en el análisis de la denuncia privada, la querrela, el acto de conciliación, la licencia privada del Juez o Tribunal y el perdón.

Pero como el autor no puede prescindir de su especialización en Derecho procesal, máxime cuando es motivo de enseñanza en las Universidades, completa la obra con dos capítulos de especial interés práctico:

El *Capítulo IV* dedicado al *juicio de faltas: privatización de su persecución* —concepto, fundamento, fuentes, órganos jurisdiccionales competentes, objeto, principio acusatorio, el perdón del ofendido o perjudicado, el valor de las diligencias de prevención y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 3/1989—, en el que el profesor IBÁÑEZ tiene particularmente en cuenta la doctrina crítica sentada por el Tribunal Constitucional, entendida como correctora de las deficiencias legislativas. Y el *Capítulo V. Especialidades del proceso por delito de injurias y calumnias contra particulares* —fuentes legales, competencia, objeto, legitimación, iniciación, especialidades de la instrucción según los tipos de calumnias o injurias, la *exceptio veritatis* y el perdón del ofendido—, que tiene la virtud de marcar de forma precisa las peculiaridades diferenciadoras de este procedimiento especial respecto al proceso común ordinario.

Sólo con un conocimiento profundo de los múltiples y diversos temas y cuestiones jurídicas que a lo largo de la obra son objeto de estudio, se puede haber llegado a una visión de conjunto tan completa y precisa como a la que llega el profesor IBÁÑEZ en esta obra.

PEDRO PABLO MIRALLES SANGRO

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio:
La imaginación jurídica. Debate.
Madrid, 1992.

El curioso título que encabeza a este libro bien pudiera hacer pensar, a quien se acerca a él por primera vez, que se trata de algún ejercicio de originalidad, incluso de frivolidad, por parte de su autor. No es habitual encontrar volúmenes con semejante título en las estanterías de una biblioteca jurídica, ni siquiera especializada en Filosofía del Derecho. Sin embargo, cuando se entra a examinar el contenido del libro, la idea inicial cambia por completo; sin duda, motivado por la gran altura de la reflexión que se esconde detrás de tan sugestivo título. Efectivamente, el presente trabajo constituye un profundo análisis sobre Teoría del Derecho y Epistemología jurídica. A ello contribuyen en buena medida dos motivos importantes: el trabajo fue presentado por su autor como ejercicio de cátedra en la oposición a catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Cantabria, celebrada en julio de 1991 (y que el autor felizmente consiguió), hecho siempre significativo de la calidad científica de un trabajo; y además, el deslumbrante aparato bibliográfico que lo avala, con los más importantes trabajos que se han llevado a cabo sobre la materia. La acertada conjunción de ambos factores hacen del libro una inevitable referencia para todo trabajo sobre Epistemología jurídica que se precie.

El trabajo pretende poner de manifiesto el papel activo del Derecho como configurador de la realidad a través del recurso a la invención y el artificio, en contra de las concepciones tradicionales que lo conciben y presentan como algo pasivo, regulador de situaciones dadas de antemano, y que evoluciona siempre por detrás de la sociedad. Así, se hace hincapié en el enorme despliegue imaginativo que a tal efecto realiza el Derecho, creando una lógica propia y diferenciada y sirviéndose de un complejo ejercicio de *imaginación jurídica* realizado por el jurista en la construcción de la realidad. Tal tarea se afronta desde una perspectiva constructivista, concretamente a partir de lo que se ha venido denominando como *constructivismo radical*. Sin duda alguna, el constructivismo ha gozado de un gran predicamento durante los últimos años (CARNAP, BOURDIEU, ESCUELA DE ERLANGEN, el último RAWLS, etc.) experimentando un gran desarrollo en una apreciable cantidad de disciplinas de estudio (Lógica, Psicología, Sociología, Historia, Derecho...). Los constructivistas parten de que no existe una realidad dada ya de antemano, independiente del sujeto que observa o actúa, sino que hay un conglomerado de múltiples realidades, un «... multiversum policéntrico y polivalente» (p. 21), en palabras del autor. En consecuencia, se abandona la distinción tradicional *sujeto-objeto*, y se piensa que uno está inmerso en el otro sin que exista una separación clara y tajante en una relación de circularidad que significa una continua y constante remodelación de la realidad en la que ambos se encuentran confundidos. Una consideración epistemológica de esta índole significa pensar que el conocimiento tiene un carácter activo y dinámico, *productor* de la realidad conocida por él. Como dice el autor, el conocimiento es una operación activa «... y no un mero descubrimiento de las cualidades y propiedades que ya tenían los objetos antes de ser experimentados» (p. 25). Si se relega la diferenciación epistemológica tradicional entre sujeto y objeto y se le da un protagonismo activo al conocimiento en la configuración de la realidad

que pretende conocer, se llega a una conclusión ciertamente difícil de aceptar para el pensamiento tradicional: el abandono de la idea de verdad como acuerdo o concordancia con el mundo exterior ya dado. Así pues, el constructivismo concibe la verdad, no como algo que se descubre, sino como algo que se confecciona desde un determinado universo teórico; de ahí que haya que sustituir el concepto de *verdad* por el de *viabilidad*: «Frente a todo fixismo esencialista y racionalista se sostiene que la verdad no es más que un expediente práctico de carácter instrumental para poder operar con éxito en la realidad» (p. 30).

Para una perspectiva constructivista, el mundo social no es una realidad objetiva, sino que es el resultado de un proceso de selección y exclusión realizado a través de las llamadas *Ciencias sociales*. No hay más realidad que aquella que se actualiza de forma concreta por medio de una determinada sensibilidad: la de las *Ciencias sociales*. De esta suerte, la realidad social es una construcción simbólica realizada por medio de un lenguaje que la enuncia, y que al enunciarla la construye. Si tenemos en cuenta que el Derecho constituye un amplio sector de las *Ciencias sociales*, hay que caracterizarlo básicamente como un aparato que construye su propia realidad, como «... ingeniería constructora dotada de gran poder y autonomía» (p. 20) que decide en todo momento cuál es la realidad que existe jurídicamente: «el derecho es incapaz de operar en una realidad contingente y caótica y necesita fabricarse una realidad propia simple y unívoca, una realidad artificial a la medida de sus necesidades» (p. 34). En definitiva, el Derecho como activo constructor de la realidad, como inventor de su propia realidad y de sí mismo.

Tradicionalmente se ha pensado que el mundo se compone de hechos y que la ciencia aspira a describirlos. En el caso del Derecho, a lo largo de la Historia de la Ciencia jurídica, se ha prestado escasísima atención a los hechos centrándose toda la atención en la norma. La consideración

de lo fáctico como algo extrínseco al Derecho ha supuesto (salvo algunas excepciones como los cultivadores de la Sociología jurídica, o la Escuela de Derecho Libre, entre otros) que apenas se problematice sobre ellos. El constructivismo, sin embargo, ha puesto de manifiesto la relación existente entre hecho y Derecho. Desde un punto de vista constructivista, lo fáctico en el Derecho no deja de ser una construcción del propio Derecho. Los hechos están ya tipificados de antemano en la norma jurídica (*supuesto de hecho*) de forma que la aplicación de ésta no significa una *subsunción* del hecho en su esquema constitutivo, sino que el aparentemente neutral y extrínseco hecho ha sido *fabricado* por la propia norma jurídica. Ya KELSEN lo advirtió en su *Teoría pura del Derecho*: «el derecho se asemeja al rey Midas: (...) así como todo lo que aquél tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere toma carácter jurídico» (p. 46 de la trad. de R. J. VERNENGO. UNAM. México, 1983). Efectivamente, el Derecho nunca puede entrar en colisión con los hechos por exigencias de la propia validez jurídica de la norma: una norma jurídica nunca puede ser quebrantada por un hecho. Así, lo fáctico adquiere un carácter meramente retórico en el Derecho; son simples instrumentos y puntos de referencia en la argumentación jurídica construidos por el propio Derecho para dar coherencia y eficacia a su discurso.

Una cuestión importante que se plantea en el trabajo es la idea de circularidad y autorreferencialidad en el Derecho. La tradicional Lógica jurídica ha rechazado de plano esta idea: el razonamiento jurídico es resultado del mecanismo de causa-efecto; la linealidad, la dicotomía y la jerarquía son los pilares sobre los que se asienta la racionalidad jurídica. Por el contrario, las doctrinas antiformalistas (Realismo jurídico norteamericano y escandinavo, por ejemplo) sustituyeron lo lineal por lo circular en el Derecho, aunque debido más a un propósito crítico de lo establecido que a una proclamación de la circularidad como elemento esencial de la racionalidad jurídica. Como señala

el autor, hay otras teorías que, siendo conscientes de la circularidad y la autorreferencialidad en el Derecho, tratan de superar la tradicional reducción de lo complejo a esquematismos simples y discursos lineales simplificados. De ellas destaca dos: la *Semiótica estructural* de GREIMAS y los *Sistemas autopoéticos autorreferenciales* de LUHMANN.

1. SEMIÓTICA ESTRUCTURAL

Se trata de una teoría no referencial del significado, frente a las referenciales en las que el objeto al que el signo se refiere se denomina referente, y el signo es el instrumento que permite la remisión a una realidad con una entidad ontológica propia. Así, para GREIMAS el significado no depende de una relación con el mundo exterior, sino que se trata de relaciones dentro de un determinado sistema de significación. De esta manera, hay que desestimar la posibilidad de una *realidad a priori* o anterior que garantice la obtención de significado, debiendo aceptar una *realidad maleable*, donde se produce una incesante producción e intercambio de significaciones. Los discursos lingüísticos constituyen su propio referente sin apelar a realidades extralingüísticas, de forma que el objeto es una construcción del propio discurso. Es así como se llega a la desaparición del isomorfismo entre palabras y cosas, y a la constatación de una poderosa actividad creadora por parte del lenguaje. Como señala el autor, el lenguaje «... es a la vez el lugar del que se habla y el lugar en el interior del cual se habla»; así pues, «... el problema de la verdad se sitúa en el interior del discurso, lejos de las teorías de la verificación y de la falsación» (p. 73). Lo que aparece como verdad no es un soporte empírico exterior, sino una forma de consolidación del discurso, de toma de posición del sujeto que enuncia con respecto a lo enunciado por él. La verdad es, pues, un problema de *veridicción*; es, en definitiva, una forma de autorreferencia en aras de una progre-

sión coherente del discurso. Si trasladamos lo anterior al ámbito jurídico, vemos que el Derecho se constituye en «... un complejo de discursos, instrumentos y prácticas regidos por ciertas reglas explícitas o implícitas que aspira a regular las relaciones sociales formando un ámbito dotado de significado, un universo de sentido que emerge dentro de la comunicación» (p. 76). El Derecho es un registro particular que selecciona sus propias referencias de una forma característica y peculiar. Dentro de él encontramos dos niveles: el de las normas (discurso legislativo) y el de los hechos (discurso referencial). No existe isomorfismo entre ambos, sino que aquél es anterior a éste y se halla presupuesto, a su vez, por éste. Entonces, la práctica jurídica supone la producción de significaciones jurídicas nuevas y simultáneamente, «... un procedimiento recurrente de verificación de la validez del lenguaje jurídico instituido» (p. 77). La circularidad como característica fundamental del Derecho. Este *procedimiento recurrente* se presenta como una *traducción* de los enunciados no jurídicos a enunciados jurídicos a través de la gramática jurídica (absolutamente arbitraria) que ofrece las reglas para que eso ocurra. Así pues, los hechos del Derecho son *relatados*, vertidos al lenguaje jurídico, según su gramática y su léxico; no tienen nada que ver con una realidad exterior y objetiva: los *relatos jurídicos* no deben ser equiparados con la realidad misma, estableciéndose en ellos una relación de similitud e interdiscursividad entre Derecho y hechos, y no de jerarquía en la cual el hecho se subsume en la norma. Coherencia narrativa frente a correspondencia factual. En conclusión, para GREIMAS el Derecho construye así una *realidad* dotada de sentido jurídico.

2. SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS AUTORREFERENCIALES

LUHMANN parte de dos presupuestos en la elaboración de su teoría: aban-

dono de la distinción *sujeto-objeto*, y la consideración de los sistemas autopoéticos y autorreferenciales como estructuras compuestas de elementos que se autorreproducen en todas sus operaciones, sin necesidad de acudir a referencias externas. Sobre esta base hay que entender el Derecho como sistema autopoético en la medida en que una modificación del mismo sólo es posible a través de otras normas jurídicas y no por medio del poder, la influencia... El Derecho es, de esta suerte, un sistema complejo de circuitos cerrados, redundantes y circulares. Estos circuitos autorreferenciales funcionan a través de un «... código de lógica binaria que sólo tiene sentido para el mismo sistema y le sirve para articularse (...), constituido por los calificativos de jurídico-antijurídico, o sus equivalentes válido-ínválido, lícito-ilícito, legal-ilegal, que son símbolos que se pueden aplicar universalmente, conectar y, al ser reversibles, variar a discreción» (p. 87). Se produce así la *captación* (que no la reproducción) de la realidad por parte del Derecho, llevando a cabo después una construcción de ésta, ya en su propio terreno. Según esto, el Derecho no puede dar normas jurídicas al entorno, ni tampoco las normas jurídicas pueden ser importadas por el Derecho al entorno social. Sus criterios de legitimación le son siempre internos (provienen de una norma jurídica); nunca le pueden venir dados desde afuera. En conclusión, para LUHMANN el Derecho construye su propia realidad. Selecciona determinadas cuestiones como *jurídicamente relevantes*, y establece una serie de términos y les da un tratamiento peculiar, creando un «... sistema de comunicación especializada» (p. 93). Todo ello sobre la base de la autorreferencialidad y la circularidad en sus operaciones.

Otro tema de interés es el de la ficción jurídica. La consideración de la actividad jurídica como producto de un proceso imaginativo, desde la lógica del Derecho es el resultado del uso de la ficción. Así pues, la metáfora y la retórica se convierten en un importante instrumento que el jurista utiliza en su discurso (ape-

lación a la *voluntas legislatoris*, al *espíritu de la ley*...). El autor reivindica la imaginación como elemento protagonista en los procesos cognoscitivos, frente al carácter secundario que tradicionalmente se le ha asignado en la Epistemología jurídica. La tradición ha considerado siempre ficción como sinónimo de mentira; sin embargo, la diferencia es clara: la ficción no pretende engañar, sino que es un modo de construir y relacionar la realidad jurídica. A través de la ficción, en palabras del autor, las cosas se ven de forma «... oblicua» (p. 107) sobre la base de «... una lógica del como-si, que es intrínsecamente metafórica» (p. 112). Como ya dijo VAIHINGER, se impone una transformación del valor técnico de la ficción en Derecho, de suerte que pase a tener el carácter de auténtico expediente gnoseológico. Muestra de las ficciones del Derecho es el concepto de libertad en sentido jurídico. La libertad es un invento, una construcción del Derecho a pesar de que éste aparezca como guardián o protector de aquella, es un medio que tiene el Derecho de «... entenderse a sí mismo» (p. 140), en palabras de LUHMANN.

Por último, el autor expone la consideración de la representación política y de las teorías contractualistas desde una perspectiva constructivista. La representación política en las democracias representativas no es manifestación de los grandes valores proclamados por el pensamiento europeo; es (en palabras de LUHMANN) un simple modo de «... diferenciación social» (p. 144); es una ficción creada por el Derecho (el representante actúa como-si fuese el representado; no existe identidad entre ellos, sino diferencia) que produce la creación de un ámbito abstracto y autónomo para los representantes *diferenciado* de los problemas e intereses concretos de los representados. El mecanismo de diferenciación social es el *voto*, y el *consenso* no es más que una ficción del Derecho previa a la democracia, constituyéndose la representación en el «... garante *simbólico* de un consenso *supuesto*» (p. 159). Así pues, con LUHMANN «... la democracia ya no aparece

como mentira [NIETZSCHE], ni únicamente como ficción [KELSEN]. Surge la democracia como metáfora» (p. 167). Finalmente, y con respecto al contractualismo, hay que poner de relieve el carácter metafórico del contrato, su función como vehículo que hace posible el pensamiento, como modo de argumentar. Las teorías contractualistas contienen un fuerte componente narrativo: «cuando a un contractualista se le pregunta por las razones del derecho responde contando una historia» (p. 179), dice el autor de forma ilustrativa. Así, el contrato social ha de considerarse como forma de narración o género literario con unas determinadas reglas y artificios para operar. Los ingredientes (imaginarios) de esta forma narrativa son de carácter temporal (existencia de un desarrollo cronológico sobre la base de una estructura que se configura como un *antes-ahora-después, planteamiento-desenlace*...), espacial [«... el contrato aspira a realizar una mise en scène, con sus correspondientes trucos y artificios» (p. 180): diversidad de planos y lugares de argumentación...] y dramático (existencia de unos personajes interpuestos por el autor que supuestamente gozan de lógica y autonomía en su actuación a través de los cuales piensa el autor). De este modo la literatura contractualista se basa en esquemas narrativos sobre los que se configura la trama (*estado de la naturaleza*, como punto de partida; *contrato social*, como punto medio de paso, y *estado civil*, como punto de llegada), cuyos presupuestos son tan amplios que permiten una gran variedad de sujetos y situaciones. En fin, «... con su poderosa carga de irrealidad el contrato social hace patente que la legitimación no es tanto una tarea de descubrimiento como de invención» (p. 191), pura fábula donde gobierna la ficción.

Las sugestivas propuestas y el acertado tratamiento que les otorga el autor hacen de este trabajo uno de los más interesantes que se han publicado en los últimos años sobre Epistemología jurídica en España.

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA