

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

NUEVA EPOCA

TOMO III



MADRID

1986

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Director

JUAN JOSE GIL CREMADES
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Zaragoza

Secretarios

JOSE MANUEL ROMERO MORENO
Profesor titular de Filosofía del Derecho
en la Universidad Complutense de Madrid

ANTONIO SERRANO GONZALEZ
Profesor ayudante de Filosofía del Derecho
en la Universidad de Zaragoza

Consejo de Redacción

JOSE DELGADO PINTO
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Salamanca

JUAN RAMON CAPELLA HERNANDEZ
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Barcelona

NICOLAS M.^a LOPEZ GALERA
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Granada

GREGORIO ROBLES MORCHON
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Palma de Mallorca

ELIAS DIAZ GARCIA
Catedrático de Filosofía del Derecho
en la Universidad Autónoma de Madrid

JESUS AYLLON DIAZ
Profesor de Filosofía del Derecho
en la Universidad Complutense
de Madrid

CORRESPONDENCIA

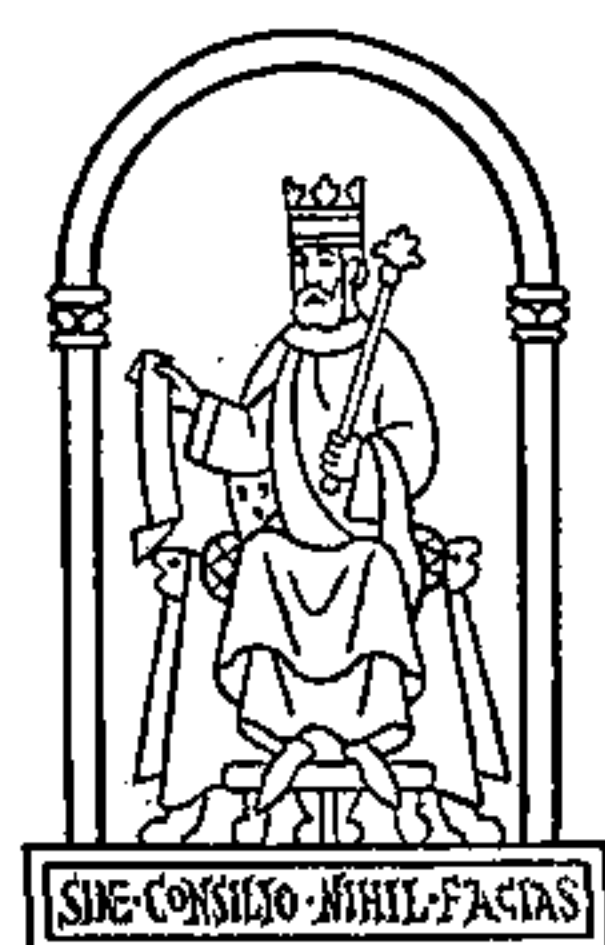
DISTRIBUCION, SUSCRIPCION, SEPARATAS: Servicio de
Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
C/. Duque de Medinaceli, 8. 28014 - MADRID
(Teléf. 429 25 51)

REDACCION, ENTREGA DE ORIGINALES: Departamento de
Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho.
50009 - ZARAGOZA (Teléf. 45 59 80)

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

I. S. S. N. 84-500-1565-0
DEPOSITO LEGAL: M. 11.151.—1958

**NUEVA EPOCA
TOMO III**



**M A D R I D
1 9 8 6**

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 4

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

INDICE

	<u>Páginas</u>
I. METODOLOGIA JURIDICA	
KARL ENGISCH, <i>Sentido y alcance de la sistemática jurídica</i>	7
JOSEF ESSER, <i>La interpretación</i>	41
ALBERT CALSAMIGLIA, <i>Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia</i>	75
MANUEL CALVO GARCÍA, <i>Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador</i>	101
FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GAMUZAS, <i>El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional</i>	133
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>Del método jurídico a las teorías de la argumentación</i>	151
RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>Métodos jurídicos</i>	183
ANTÓNIO M. HESPANHA, <i>A historiografia jurídico-institucional e a «morte do Estado»</i>	191
FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ, <i>Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional</i>	229
II. ESTUDIOS	
FELIPE GONZÁLEZ VICEN, <i>El neokantismo jurídico axiológico</i>	249
JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, <i>La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español</i>	281
FRANCISCO CARPINTERO, <i>Naturrecht y Rechtsphilosophie</i>	343
ANGELES LÓPEZ, <i>Consideraciones históricas del kantismo en España</i>	399
RAMÓN SORIANO, <i>La oposición a la Ilustración: Fréron y L'Année Littéraire.</i>	417
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS Y SASTRE, <i>Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística</i>	433
III. NOTAS	
NORBERTO ALVAREZ, <i>La función de la Filosofía del Derecho como disciplina académica</i>	451
LUCIANO BARCIA MARTÍN, <i>Moral, derecho y libertad. Paz</i>	459
JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO, <i>La filosofía española de los siglos XVI y XVII y el proceso emancipador hispanoamericano: La figura de Francisco Suárez</i>	469
MONTSE NEBREDÁ, <i>Nota sobre el Darwinismo social</i>	479
ANTONIO PÉREZ LASHERAS, <i>Góngora y el Derecho</i>	501
JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, <i>En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)</i>	517

IV. INFORMACIONES

<i>Seminarios de teoría del Derecho en Italia</i>	529
<i>Congreso Mundial de Sociología del Derecho</i>	535
<i>Symposium italo-español sobre «Crisis de legitimidad y desarrollo constitucional»</i>	537
<i>VIII Jornadas de Profesores de Filosofía Jurídica y Social</i>	542

V. CRITICA BIBLIOGRAFICA

MIGUEL ANGEL RODILLA, <i>El derecho y los juegos. Utilidad y límites de una analogía</i>	547
GREGORIO ROBLES, <i>La comparación entre el derecho y los juegos</i>	579
JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, <i>La recepción de Rawls en España</i>	609
MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, <i>El derecho como sistema de reglas</i>	633
MANUEL ATIENZA, <i>Entre la pesadilla y el sueño</i>	639
JUAN RAMÓN CAPELLA, <i>Un comentario a la lectura de «Entre Sueños», por M. Atienza</i>	649
MANUEL ATIENZA, <i>Sobre incomprensiones. Comentario al comentario de un comentario</i>	655

VI. RECENSIONES

NORBERTO BOBBIO, GIULIANO PONTARA, SALVATORE VECA, <i>Crisis de la democracia</i> .	
NORBERTO BOBBIO, <i>El futuro de la democracia</i> (José Calvo González) ...	659
SERGIO COTTA, <i>Il diritto nel' esistenza</i> (Ismael Peidró Pastor)	668
RONALD DWORKIN, <i>Los derechos en serio</i> (Ismael Peidró Pastor)	673
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, <i>Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho</i> (Víctor Quesada)	677
HANS KELSEN, <i>Teoría generale delle norme</i> (Rafael Hernández Marín) ...	682
KARL LARENZ, <i>Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica</i> (Manuel Segura Ortega)	685
ANDRÉS OLLERO, <i>Interpretación del derecho y positivismo legalista</i> (August Monzón Arazo)	687
FRANCESCA PUIGPELAT, <i>Derecho del Ser y Estado del Juez. La filosofía jurídica de René Marcic</i> (Manuel Segura Ortega)	689
THEODOR SCHRAMM, <i>Recht und Gerechtigkeit. Aspekte und Dimensionen im Verhältnis zwischen Bürger und Staat</i> (Manuel Segura Ortega) ...	692
CARLO VIOLI (ed.): <i>Norberto Bobbio: 50 anni di studi. Bibliografia degli scritti 1934-1983</i> (J. Calvo González)	693
OTA WEINBERGER/DONALD NEIL MACCORMICK, <i>Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus</i> (Juan Antonio García Amado)	695
FREDERICK WHELAM, <i>Order and Artifice in Hume's Political Philosophy Princeton</i> (José Martínez de Pisón Caverro)	699
JERZY WROBLEWSKI, <i>Constitución y teoría general de la interpretación jurídica</i> (M. ^a Victoria Iturralde)	701

I

METODOLOGIA JURIDICA

Sentido y alcance de la sistemática jurídica

Por KARL ENGISCH

Munich

Traducción de MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

NOTA PRELIMINAR

Dentro de la abundante y excelente producción jurídico-científica de K. Engisch, su estudio titulado Sinn und Tragweite juristischer Systematik (Sentido y alcance de la sistemática jurídica) ocupa un lugar destacado. Fue publicado por primera vez en la conocida Revista «Studium Generale», 10 (1957) 173-190, siendo reeditado ahora, con otros estudios suyos, en la colección que lleva por título Beiträge zur Rechtstheorie (Frankfurt, V. Klostermann, 1984, pp. 88-125) a cargo de P. Bockelmann, A. Kaufmann y U. Klug.

Se trata de un estudio que pertenece por tanto a la etapa de madurez científica del autor, etapa adornada ya de gran fama y prestigio internacional como penalista y como teórico del Derecho. Pues cuando Engisch publica este interesantísimo estudio sobre el sentido y alcance de la sistemática jurídica, habían salido ya de su especializada pluma obras tan importantes como La unidad del orden jurídico (Heidelberg 1935), Estudios lógicos sobre la aplicación de la ley (Heidelberg 1943), La idea de la concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales (Heidelberg 1953) e Introducción al pensamiento jurídico (Stuttgart 1956), además de interesantísimos artículos sobre temas claves del Derecho penal, de la Lógica y de la Teoría del Derecho y también de Derecho médico, especialidad esta última que constituye una constante de su pensamiento y que le convierte en uno de los pioneros de su estudio unitario en la misma literatura jurídica alemana.

El objeto del presente estudio de K. Engisch es el amplio tema del sistema y de la sistematización en el Derecho, que él enfoca desde una perspectiva peculiar. En efecto, Engisch parte aquí del análisis de algunos conceptos y procedimientos lógicos centrados en el concepto de sistema lógico-deductivo, para mostrar luego de qué modo es o no es aplicable al Derecho el concepto de sistema, primero entendido el Derecho en sentido genérico y luego en cada

una de las principales ramas jurídicas, singularmente el Derecho civil, el Derecho penal y el Derecho procesal. Estimamos que su lectura producirá sin duda un gran placer intelectual a todos los especialistas de estas ramas del Derecho y en particular a quienes entre ellos se interesen por el inabarcable tema del sistema y la sistematización en el Derecho, de tan rabiosa y viva actualidad hoy en día.

No he encontrado mayores dificultades en la traducción de la hermosa y cuidada prosa científico-jurídica de K. Engisch en este artículo. Únicamente quisiera dejar constancia de haber puesto en ello el máximo esmero, procurando dar siempre con el término adecuado, tanto tratándose de la terminología lógica como de la jurídica, ya sea ésta teórica ya sea práctica; y, como siempre, me he esforzado en reproducir en lo posible el impecable estilo y modo de expresarse del autor. Me lleva a ello la convicción, aprendida de excelentes maestros de nuestro idioma, de que la nuestra no es una lengua cualquiera, no es una lengua mediocre o en vías de formación, sino sumamente rica y perfeccionada, por lo que, con el debido trabajo y la huída de la pereza, del conformismo y de la fácil presunción, es posible reproducir en ella el pensamiento expresado en otra lengua maestra, aunque sea ésta de estructura tan distinta como la germana y aunque se trate de un pensamiento científico elevado y que utiliza varios juegos de lenguaje muy especializados.

He de reconocer que pocas veces he hallado tanta satisfacción en mi labor como en esta ocasión; el mérito que pudiera tener su resultado quiero ofrecerlo desde aquí al ya anciano maestro, el Prof. K. Engisch, cuya enseñanza tuve la suerte de recibir en el ya lejano semestre de verano de 1963 en la Universidad de Munich; también al Prof. J. J. Gil Cremades, gran conocedor y divulgador de la obra de Engisch, por haberme confiado esta para mí tan grata labor. M. R. M.

I

A la Jurisprudencia es a la que con más frecuencia le ha sido denegado el carácter de ciencia. Para devolver a los juristas la fe en su especialidad, se ha procurado salvar la Ciencia del Derecho como ciencia fijando como criterios de estricta científicidad la metodología y la sistemática e indicando que ambos están presentes en la Jurisprudencia moderna. Así Julius Binder, en un artículo en los «Kantstudien» (1) y posteriormente en su Filosofía del Derecho (2), ha examinado exhaustivamente los ataques de Von

(1) J. BINDER, *Der Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft*, Kantstudien, 25 (1920), p. 32 ss.

(2) J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, 1925.

Kirchmann y de otros contra la Jurisprudencia y ha rehabilitado a ésta como ciencia apelando a su naturaleza sistemática. «Entendemos por ciencia, como es reconocido, un sistema de conocimientos objetivamente ciertos, homogéneos en su contenido y lógicamente ordenados», más brevemente: un «sistema de conocimientos» (3). «La esencia del sistema consiste en ser un cosmos... de conceptos» (4). «Por tanto la Ciencia del Derecho será ciencia si intenta obtener y construir un sistema de conocimientos objetivamente válidos de su material, las normas jurídicas, que le son dadas en estado de aislamiento» (5). «En este sentido debemos considerar también como ciencia a la Ciencia del Derecho; pues aspira a lograr un sistema de conocimientos y juicios de validez objetiva» (6). En igual sentido dice W. Sauer: «El sistema es la última gran meta de todas las... ciencias... Todo conocimiento es conocimiento sistemático» (7).

II

Suscrita la rectitud básica de esta tesis de Binder, la próxima cuestión se refiere a la índole y modo de la sistemática científico-jurídica. Es sabido que dentro de la Lógica y de la Teoría de la Ciencia modernas ha sido puesto de relieve un ideal sistemático que se denomina *método axiomático*. A este ideal difícilmente puede ajustarse la Ciencia del Derecho. El método axiomático consiste, según H. Weyl, en «reunir íntegramente todos los conceptos y hechos fundamentales de los que puedan derivarse por definición, o bien por deducción, todos los conceptos y proposiciones de una Ciencia» (8). David Hilbert debe ser considerado como uno de los más destacados pioneros de este método en nuestro tiempo. De él proceden las tan citadas palabras: «Todo lo que puede ser objeto en absoluto de pensamiento científico, en tanto es apto para construir una teoría, incide en el método axiomático y, con ello, mediatamente en la Matemática. Bajo el signo del método axiomático, la Matemática aparece llamada a tener un papel prominente en la Ciencia en general» (9). Hilbert aplicó el método axiomático sucesivamente a la Geometría, a la Aritmética y a la Lógica teórica. De la mano de los «Elementos de Lógica teórica», compuestos por él juntamente con W. Ackermann, se puede lograr una buena imagen de ese método y ante todo cierta-

(3) J. BINDER, *Philos.*, p. 838 s.

(4) J. BINDER, *Philos.*, p. 840.

(5) J. BINDER, *Philos.*, p. 841.

(6) J. BINDER, *Philos.*, p. 843.

(7) W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1940, § 22, p. 171.

(8) H. WEYL, *Philosophie der Mathematik und Naturwissenschaft*, 1927, p. 16; cfr. además CARNAP, *Abriß der Logistik*, 1929, p. 70 s.; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, p. 54 s.

(9) Citado según A. FRAENKEL, *Einleitung in die Mengenlehre*, 3.ª ed., 1928, p. 339.

mente en primer lugar respecto a la sistemática de proposiciones. Así el denominado «cálculo de enunciados», como sistema de todas las «combinaciones de enunciados siempre exactos», es presentado en forma axiomática, de tal modo que «entre las combinaciones de enunciados siempre exactos, se hace una selección y luego se dan reglas formales, según las cuales pueden derivarse de aquéllas todas las restantes fórmulas siempre exactas» (10). Aquí hemos de distinguir tres cosas:

1. Las fórmulas fundamentales (axiomas), de las que han de derivarse todas las demás fórmulas siempre exactas y de las cuales fueron establecidas cuatro por Hilbert-Ackermann en el cálculo de enunciados.

2. Las fórmulas derivadas de esos axiomas.

3. Las reglas conforme a las cuales procede la derivación, y de las cuales fueron establecidas dos por Hilbert-Ackermann en el cálculo de enunciados: la regla de sustitución y el esquema de inferencia.

Ausencia de contradicción, independencia e integridad son las exigencias que se plantean al propio sistema de axiomas y que aparecen cumplidas en el cálculo de enunciados. Lo esencial y digno de atención para los juristas me parece ser que la derivación de las «demás fórmulas siempre exactas» se efectúa en cierto modo mecánicamente de los axiomas mediante las reglas de derivación. No son necesarios actos cognitivos complementarios, es más, tales actos contradicen los principios. Carnap lo expresa así —él denomina al respecto «teoremas» a las fórmulas derivadas—: «Según la concepción moderna, la derivación de teoremas debe ser una pura deducción lógica. En ella no se debe, por tanto, hacer referencia, por ejemplo, a la intuición..., y no debe ser utilizado ningún conocimiento de los objetos de la teoría fuera del que está expresado en los axiomas» (11).

Por lo que atañe a los *conceptos* (los «conceptos fundamentales» y los conceptos derivados) utilizados en el sistema, a los que hace referencia la formulación de Weyl, hay que decir que, o están definidos «implícitamente» por los axiomas, o están desarrollados como en el sistema de proposiciones (de enunciados, de fórmulas) en un sistema de conceptos axiomáticamente construido. Dentro de este sistema hay que distinguir, como elementos lógicos, conceptos fundamentales, conceptos derivados y definiciones. «Ciertos conceptos, los "conceptos fundamentales", han de ser puestos al principio sin definir. Todos los demás conceptos serán definidos a partir de estos conceptos fundamentales como conceptos derivados en un desarrollo paso a paso ("definiciones en cadena")». Los conceptos fundamentales tienen que ser sufi-

(10) D. HILBERT - W. ACKERMANN, *Grundzüge der theoretischen Logik*, 2.^a ed., p. 23.

(11) CARNAP, *Symbolische Logik*, 1954, p. 147.

cientes para definir los restantes conceptos, las definiciones tienen que evitar contradicciones y, además, los conceptos fundamentales no deben ser definibles separadamente (12).

Recientemente se habla también de un «sistema constitutivo de términos». Con respecto a este último expone Bochenski (13): «Un sistema axiomático moderno no sólo contiene axiomas, reglas de inferencia y enunciados derivados, sino también —y ante todo— un denominado sistema constitutivo, que puede ser considerado como un sistema axiomático de términos». También aquí es posible distinguir tres clases de elementos lógicos:

1. Los términos fundamentales indefinidos.
2. Los nuevos términos formados a partir de aquellos términos fundamentales por medio de las reglas de definición y de transformación.
3. Las propias reglas de definición y de transformación, mediante las cuales se formarán los nuevos términos a partir de los términos fundamentales.

Sin tener que entrar ahora en una más amplia discusión lógica de estos diferentes aspectos de la Axiomática y su relación mutua, podemos decir que el ideal científico que aquí se propone no es posible realizarlo en la Jurisprudencia, o en todo caso lo es sólo muy parcialmente. Por lo que se refiere a este último extremo, Carnap ha formulado de todos modos un sistema axiomático para la doctrina jurídica del parentesco (14). ¿Cuáles son las peculiaridades de la Jurisprudencia que se oponen a una aplicación con éxito del método axiomático?

1. Si queremos contestar a esta pregunta, me parece oportuno ante todo y en primer lugar contemplar los *conceptos* jurídicos y las posibilidades de su «constitución». A este respecto es obvio dirigir de inmediato la mirada a los conceptos fundamentales del Derecho y derivar de ellos otros conceptos. De esta manera procedió Stammler. Siguiendo las huellas de Kant, buscó «categorías» del Derecho como «modos formales unitarios de ordenar» la masa de los fenómenos jurídicos individuales como condiciones de la posibilidad de la Jurisprudencia como ciencia. «Un tratamiento científico del Derecho sólo puede consistir en que la tan dispersa y variada materia de las cuestiones jurídicas es asumida y comprendida de un modo y manera absolutamente unitarios. Para ello es necesario aquel método unitario de consideración recapituladora como lo es el de los conceptos jurídicos fundamentales. Sólo bajo su condición puede suceder..., que se explique cómo una cuestión particular se integra en sentido unitario en el conjunto de la consideración del Derecho» (15). En la búsqueda

(12) CARNAP, *Abriß*, p. 70 s.

(13) BOCHENSKI, *Die zeitgenössischen Denkmethode*, 1954, p. 81 s.

(14) CARNAP, *Symb. Log.*, p. 191 ss.

(15) STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, § 109.

de estos conceptos fundamentales, Stammler no procede, sin embargo, analíticamente: «No es suficiente analizar meramente en su peculiaridad una materia jurídica limitada para obtener las categorías del Derecho de validez general» (16); más bien lo que hace es desarrollar los conceptos fundamentales del Derecho a partir de los atributos del concepto de Derecho, que él por su parte ha mostrado por medio de la «reflexión crítica» sobre el «método unitariamente ordenador» y que resume en la conocida definición: «El Derecho es el querer vinculante, autocrático e inviolable» (17). De «las cuatro direcciones básicas de ideas»: querer, vincular, autocracia, invulnerabilidad, resultan las categorías jurídicas sujeto de Derecho, objeto de Derecho, fundamento jurídico, relación jurídica, soberanía del Derecho, sometimiento al Derecho, juridicidad y antijuridicidad. Si se enlazan entre sí «estos conceptos fundamentales del Derecho simples», resultan conceptos fundamentales compuestos, como vinculación jurídica (compuesto de fundamento jurídico y sujeto de Derecho), disponibilidad jurídica (compuesto de fundamento jurídico y objeto de Derecho), establecimiento del Derecho (compuesto de soberanía del Derecho y sujeto de Derecho), competencia jurídica (juridicidad + sujeto de Derecho), deber jurídico (juridicidad + objeto de Derecho), culpabilidad jurídica (antijuridicidad + sujeto de Derecho), validez jurídica (juridicidad + fundamento jurídico), precepto jurídico (juridicidad + soberanía del Derecho), etc. En total resultan veinticuatro «conceptos fundamentales del Derecho obtenidos por contracción». A ellos se añaden aún todavía los conceptos fundamentales «puestos en serie», que están llamados a ordenar temporal o lógicamente cada querer jurídico particular, como, por ejemplo, comienzo del Derecho, modificación del Derecho, disolución del Derecho, certeza jurídica, diversidad jurídica.

No vamos a discutir más ampliamente esta tabla de conceptos fundamentales. Como el mismo Stammler subraya, tanto con los conceptos fundamentales simples como con los derivados, no conseguimos llegar más allá de los «modos metódicos de la determinación ordenadora», es decir, de las formas de pensar puramente jurídicas (18). La constitución de un sistema de conceptos jurídicos, material y prácticamente utilizables, correspondiente a un determinado orden jurídico «concreto», no es así posible ni se pretende. Hay que caer en la cuenta de que aquí no aparecen ni una sola vez conceptos relativamente generales, tales como acción jurídica, declaración de voluntad, negocio jurídico, contrato, delito, pena, acto administrativo. Obviamente en tales conceptos entra ya tanta «materia», que ya no pueden ser derivados de los conceptos fundamentales. ¿De dónde proviene esta materia? ¿Cómo podremos adueñarnos de ella mentalmente?

(16) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 110.

(17) STAMMLER, *Lehrbuch*, §§ 5, 22 ss., 47.

(18) STAMMLER, *Lehrbuch*, §§ 109, 112.

Dado que es absolutamente conforme a la esencia del «método axiomático» partir del «estado histórico de una ciencia», para indagar, mediante el análisis lógico de los conceptos, métodos y pruebas en ella contenidos, los principios exigibles para su fundamentación y derivar de ellos deductivamente la ciencia (19), es recomendable seguir de momento una vía opuesta al método stammleriano y partir de un concepto jurídico relativamente concreto, como el concepto de «contrato», para examinar si puede ser útil, y hasta qué punto, reducirlo a «conceptos fundamentales», mediante los cuales pudiera ser constituido. El concepto de contrato es definido para el Derecho civil alemán más o menos como un negocio jurídico que contiene declaraciones de voluntad, recíprocas y concordantes, de dos o más partes (20). Cada atributo utilizado aquí en la definición es él mismo un concepto que precisa ser definido. Así el concepto de «declaración de voluntad». Podría ser definido como una «exteriorización de la voluntad privada dirigida a producir una consecuencia jurídica» (21). La «exteriorización de la voluntad» es, a su vez, un modo específico de acción jurídica. «Acción», por su parte, es «causar un resultado externo querido o previsible» (22). Así nos aproximamos más y más a ciertos conceptos generales, como «querer», «prever», «resultado», «causar», que ciertamente no son definibles, pero cuya definición no sólo conduce a «conceptos fundamentales puros» a la manera stammleriana (entre los cuales podrían contarse en todo caso los de «fundamento jurídico», «sujeto de Derecho»), sino también y preferentemente a los últimos elementos empíricos de representación conceptual pertenecientes a la «imagen socio-natural del mundo» (23). Es fácil darse cuenta que estos últimos elementos empíricos de representación conceptual, a los que recurren las definiciones, no constituyen en conjunto un grupo dominable a simple vista y en sí concluso, como los conceptos fundamentales de una disciplina matemática o como los «conceptos fundamentales puros» de Stammler, sino que aquéllos, a los que nosotros apenas nos atrevemos en absoluto a llamar «conceptos fundamentales», son tan numerosos como los aspectos que el mundo socio-natural nos ofrece. Con ello se demuestra lo inútil de un esfuerzo tendente a ordenar los conceptos de un sistema jurídico concreto de tal modo que los conceptos fundamentales sean puestos indefinidos al principio y los demás conceptos se definan a partir de estos conceptos fundamentales como conceptos derivados en un desarrollo paso a paso. En cada nuevo concepto jurídico se aglutina nueva materia, que no puede ser determinada por medio del resultado conceptual preexistente. En todo

(19) Así FRAENKEL, *Mengenlehre*, p. 268.

(20) Así, por ej., ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 1928, § 137, II.

(21) ENNECCERUS, *Lehrbuch*, § 128, III, 1, § 136, II A.

(22) ENNECCERUS, *Lehrbuch*, § 128 I.

(23) Cfr. sobre ello ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 1950.

caso es posible coordinar esta materia con un *grupo* de elementos de representación conceptual, por ejemplo, con el grupo «persona jurídica», o «capacidad de obrar», o «acción jurídica» o «consecuencia jurídica». Con lo cual se tendría ciertamente un punto de apoyo para la sistematización. Pero con ello el ideal científico del método axiomático-deductivo no se habría realizado.

2. Si pasamos ahora al otro aspecto del método axiomático: la construcción de un sistema de *enunciados*, dentro del cual ciertos enunciados (los axiomas) son puestos al principio como indemostrables y los demás son deducidos de ellos, me viene a la memoria la observación de un antiguo oyente, con quien conversé sobre la relación entre Jurisprudencia y Matemática, y que muy agudamente observó: la diferencia entre ambas disciplinas consiste en que en la Matemática se deriva mucho de pocos principios, mientras que, sin embargo, en la Jurisprudencia se deriva poco de muchos principios. Ahora bien, pudiera ser ciertamente que lo decisivo no fueran la cantidad de axiomas y la abundancia de lo derivable, si bien la ventaja de un sistema construido axiomáticamente en la Matemática y en la Lógica podría consistir, en no escasa medida, en que de un pequeño grupo, fuertemente limitado y previsible, de proposiciones iniciales, puede derivarse una multitud imprevisible de otras proposiciones. (Hasta qué punto juegan aquí un papel «razones estéticas» tiene que quedar en suspenso) (24). Será y seguirá siendo decisivo lo que ocurra con el rigor de la deducción en cuanto tal y hasta qué punto los principios establecidos cumplen los postulados de integridad, ausencia de contradicción e independencia.

Ahora bien, por lo que se refiere ante todo a la derivación como tal, ésta puede ser en su estructura lógica exactamente tan intachable en la Jurisprudencia como en cualquier otra disciplina que opere deductivamente. Pero, mientras que en una disciplina matemática, tratada axiomático-deductivamente, la deducción formal es casi la cosa misma, en la Jurisprudencia sólo aparece más bien como un andamio de las ideas. Pues aquí ha de dominarse tanta materia en cada paso lógico, que lo puramente deductivo pasa a segundo plano en relación con los actos cognitivos exigibles. Si un principio jurídico (por mí: un «axioma») dice por ejemplo «pacta sunt servanda», al añadirse la premisa menor que entre dos personas se ha concluido un contrato, podría seguirse forzosamente, según las reglas de la deducción lógica, que también este contrato tiene que ser mantenido y cumplido. Pero la premisa menor añadida, que afirma la conclusión del contrato concreto, exige tantas constataciones fácticas, cargadas de dudas, y subsunciones jurídicas, que el modo y manera lógicos del silogismo, llámase «modus barbara» o «modus ponens» o preséntese en figura logística,

(24) Cfr. sobre ello BOCHENSKI, *Denkmethoden*, p. 80 s.

sólo aparece como marco, pero no como portador de la derivación (25).

Pero, además de esto, aquel principio lacónico-exacto de la vinculatoriedad de los contratos, aunque también sin declararlo, presupone por su parte tantas condiciones aclaratorias y restrictivas inexactas, a saber, condiciones de «validez» del contrato, que con ello deviene muy cuestionable su aptitud para ser «axioma» o premisa de derivación lógica. También aquí se infiltra adicionalmente conocimiento material en la deducción. Ahora se puede decir también: los principios jurídicos, de los que aparentemente se deduce, son anulados y restringidos por otros principios jurídicos, de modo que ya no es posible un simple derivar, sino que tienen que sobrevenir decisiones que dictaminen qué principio precede en rango a los otros. Así el principio de fidelidad al contrato es desplazado por el principio que dice que los negocios jurídicos, que se han concluido por fuerza o con engaño, no pueden ser vinculantes. Sólo es entonces posible pensar en un deducir si se pudiera fijar en un axioma el propio orden jerárquico de los diferentes principios. Esto también es posible hasta un cierto grado. Pero es completamente imposible que el orden jerárquico resulte a veces únicamente de la situación concreta, para la cual la decisión sólo en apariencia será hallada deductivamente. Si, por ejemplo, el principio de fidelidad al contrato es restringido por el principio de que el obligado por el contrato no debe ser constreñido a prestaciones completamente «inexigibles», esto depende totalmente de las «circunstancias especiales» (26). Es una deducción aparente si yo establezco un axioma con este contenido: «El deudor contractual está obligado a la prestación estipulada contractualmente en tanto la prestación no sea inexigible según las circunstancias especiales», y si luego derivó de este principio que el deudor contractual *in concreto* está obligado, o respectivamente, no está obligado, según que las *circunstancias especiales* permitan que la prestación aparezca como exigible o inexigible. Por ello me parece también una formulación demasiado optimista la de Esser (27), cuando habla de una tendencia de los principios jurídicos a un esquema de supraordenación y subordinación lógicas, por medio del cual «la materia se funde en un mínimo de axiomas, utilizables en todas partes y objetivamente fecundos, así como de conceptos capaces de derivación». No obstante, la tendencia como tal no puede ser discutida.

Nos contentamos con estas observaciones críticas para mostrar que el ideal del método axiomático-deductivo no puede ser realizado en la Jurisprudencia. Con más precisión ha investigado

(25) Cfr. sobre ello mis *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1943. Además BRUSIIN, *Über das juristische Denken*, 1951, p. 104 s. y VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, p. 60 s.

(26) Cfr. sobre ello por ej. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 1953, p. 83 ss.

(27) *Grundsatz und Norm*, 1956, p. 7.

Viehweg recientemente, en su interesante trabajo «Tópica y Jurisprudencia», el alcance de la Axiomática para la Jurisprudencia (28). En parte con otros argumentos, él llega igualmente a la conclusión de que las conexiones lógicas de fundamentación en el campo de la Ciencia del Derecho «no satisfacen ni por aproximación las pretensiones actuales deductivo-sistemáticas». En especial hace referencia a la selección «lógico-arbitraria» de los principios con contenido objetivo y de los conceptos fundamentales al establecer un sistema jurídico, así como a la incontabilidad de las derivaciones lógicas, en tanto éstas utilicen un «modo de expresión genuino», y también a la necesaria intervención de interpretaciones «tópicas» para suprimir contradicciones, rellenar lagunas y aplicar el Derecho al hecho vital concreto.

III

¿Hemos de considerar este resultado como un fracaso de la idea de sistema y resignarnos? No creo que esto sea necesario. Puede que el método axiomático sea un método científico ideal, pero no es «el único que salva» entre los métodos de sistematización científica. El papel preeminente que Hilbert creía deber reivindicar para la Matemática bajo el signo del método axiomático, sólo le corresponde en un reducido ámbito. Hemos comprobado con suficiente frecuencia que las buenas experiencias científicas que se han hecho con un método en un determinado campo han conducido a una sobreestimación de la importancia general de ese método y con ello también a una desnaturalización de tal método por forzados intentos de trasladarlo a todos los campos imaginables. No nos dejemos pues desconcertar por una tal fascinación. ¡Guardémonos también de «complejos de inferioridad»! Toda Ciencia está, parodiando la famosa frase de Ranke, «igualmente cercana a Dios». Preguntemos más bien con toda confianza de qué modo el jurista debe sistematizar con plenitud de sentido, si es que el método axiomático-deductivo le está vedado (29).

Para llegar a una respuesta más precisa, es necesario ante todo distinguir dos dimensiones de pensamiento jurídico que nosotros hasta ahora no hemos separado todavía, porque no se exigía incondicionalmente, a saber, la dimensión de establecer un orden jurídico y la del conocimiento de un orden jurídico previamente dado (30). Por lo que se refiere *al sistema dentro del orden jurídico como tal*, pensemos ahora solamente en el establecimiento de un sistema jurídico *concreto*, o de una parte de él, mediante la *legislación*.

(28) VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, § 7.

(29) Cfr. también las explicaciones de H. Coing sobre el concepto estricto y amplio de sistema en *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden, 1956, p. 26 s.

(30) Cfr. la similar distinción en VIEHWEG, *Topik*, p. 54.

Se ha dicho con frecuencia que el legislador, al elaborar un código, tiene que proceder sistemáticamente. Pero, ¿en qué sentido puede valer este requerimiento y en qué medida es capaz de ser cumplido? Por cierto que con ello sin más no se consigue que el legislador evite «contradicciones de normas», por tanto que prohíba y permita o prohíba y preceptúe a la vez una cierta manera de comportamiento. Además de ello el orden jurídico debe presentar un sistema armónico de valoraciones fieles a los principios. ¿Qué quiere decir esto y qué significa? En mi libro, aparecido en 1935, *La unidad del orden jurídico*, traté de explicar diferentes referencias «sistemáticas» dentro de un orden jurídico. Ahora quisiera considerar el problema bajo otros aspectos más concretos, para no ser demasiado prolijo y tampoco demasiado abstracto.

El ya fallecido agudo criminalista L. Zimmerl ha dedicado, al comienzo de los años treinta, dos extensos trabajos especialmente al *problema del método sistemático en la legislación penal*: uno sobre la «construcción del sistema jurídico penal», del año 1930, y otro sobre el «método de trabajo jurídico-penal de *lege ferenda*», del año 1931. Zimmerl parte aquí de este postulado: «El orden jurídico penal debe ser un orden y no un desorden, tiene que ser un todo unitario, sin contradicciones internas, un cosmos y no un caos» (31). Esto supone «que el sistema jurídico-penal tiene que basarse en una o algunas ideas fundamentales, que no estén en contradicción mutua y lógicamente consecuentes». La elección de las ideas fundamentales se efectúa «según puras consideraciones finalistas», según puntos de vista «de política criminal». Pero la «construcción posterior» está luego «predecidida» en amplia medida por la elección de los fundamentos. Sólo en tanto esto no ocurra, «pueden ser invocados nuevamente puntos de vista de política criminal para la decisión». En cambio en cuanto se encuentre una «predecisión sistemática» mediante la elección de los fundamentos, tienen que ser evitadas las «contradicciones del sistema». Tales contradicciones del sistema existen cuando en una obra del espíritu, que ha sido erigida sobre una determinada idea fundamental, se introduce posteriormente una idea fundamental opuesta; si, por ejemplo, dentro de un sistema jurídico-penal, que se ha decidido por la idea fundamental de que se debe expiar la culpa, surge alguna vez la idea de que la clase de pena y la cuantía de la pena se deben determinar según la peligrosidad del autor para la generalidad. De esta clase de «contradicciones del sistema» inadmisibles distingue Zimmerl las «desviaciones del sistema» admisibles, como, por ejemplo, la renuncia a la pena en caso de muy pequeña culpabilidad, a pesar de que se mantenga el principio de que el Derecho penal debe expiar la culpa. Mientras que las contradicciones del sistema generan problemas jurídicos apa-

(31) L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, p. 2.

rentes, las desviaciones del sistema no causan perturbaciones. Ahora bien, por lo que se refiere a la decisión político-criminal en favor de una idea fundamental, el legislador penal puede, según Zimmerl, elegir entre cuatro sistemas. Según que elija como fundamento primario el principio de penalización del hecho individual o el de penalización de la personalidad, y como fundamento secundario el principio de penalización de la culpabilidad o el de la penalización de la peligrosidad, consigue un Derecho penal del hecho individual-culpabilidad o un Derecho penal del hecho individual-peligrosidad, etc. El sistema tradicional, y según Zimmerl el recomendable para el futuro, es el mencionado en primer lugar; el mencionado en segundo lugar sirvió de base al famoso proyecto del modernista italiano E. Ferri, del año 1921 (los otros sistemas sólo son propiamente construcciones doctrinales). Por lo que atañe al Derecho penal tradicional del hecho individual-culpabilidad, existen de nuevo varias posibilidades de configuración, que obligan a predecisiones sistemáticas. El legislador puede, en efecto, hacer que la penalización dependa del presupuesto de un injusto externo («sistema objetivo») o meramente del presupuesto de una decisión volitiva defectuosa («sistema subjetivo»). En el último caso toda tentativa inidónea, por ejemplo la tentativa de abortar el fruto de la concepción con un medio absolutamente inidóneo, es digna de pena y punible, mientras que la penalización de una tentativa de esta índole en el marco de un «sistema objetivo» constituye una auténtica contradicción del sistema. Nos llevaría demasiado lejos si quisiéramos adoptar una postura crítica más concreta sobre estas ideas (32). Lo que nos parece instructivo en las investigaciones de Zimmerl es que, por un lado aparece posible una sistemática en el sentido de que el legislador establece ciertas ideas fundamentales (principios), que tiene presentes al establecer las normas jurídicas individuales, y que, por otro lado, sin embargo, esta sistemática no obliga a ninguna consecuencia absolutamente vinculante. Puede ciertamente ser deseable que el legislador, al elaborar un conjunto de normas jurídico-penales, se oriente por un complejo de principios, como el que se contiene en el Derecho penal «en sentido objetivo» del hecho individual-culpabilidad, en el que, por tanto, la pena aparezca de una vez por todas como expiación por lesión culpable concreta o puesta en peligro de bienes jurídicos (vida, cuerpo, libertad, honor, propiedad, etc.). Pero hay «desviaciones en el sistema», e incluso las contradicciones del sistema no están en absoluto excluidas, por más que puedan actuar tan extraña y moleestamente. Siguiendo con el ejemplo de la tentativa inidónea, dentro de un Derecho penal retributivo objetivamente orientado por el esquema hecho individual-culpabilidad, tal tentativa puede tener el aspecto de

(32) Séame permitido referirme aquí a dos recensiones que han salido de mi pluma en el *Monatsschrift für Kriminalpsychologie*, t. 22, 1931, p. 375 ss. y en el *Kritische Vierteljahresschrift*, 3. serie, t. 27, p. 223 ss.

una construcción aneja contraria al estilo, pero, sin embargo, su penalización es lícita y viable. Asimismo el § 20 de nuestro Código penal, que amenaza al «delincuente habitual peligroso» con una pena elevada, pudiera también ser difícilmente compatible con la estructura del Derecho penal del hecho individual-culpabilidad. Mas su normatividad y aplicabilidad no ofrecen duda alguna. Por consiguiente, nuestras explicaciones sobre los límites de la deducción lógica en el ámbito jurídico se refuerzan de nuevo. La deducibilidad axiológica, tal como ésta se nos ofrece, para nuestra satisfacción, en un sistema jurídico fiel a los principios, no es absoluta. «Contradicciones de normas», en el sentido exacto antes indicado, son ciertamente insostenibles. Pueden ser tan inaceptables como son insostenibles para el lógico los juicios contradictoriamente opuestos. En cambio otras clases de contradicciones del sistema son ciertamente incómodas, pero no por eso afectan en general a la obligatoriedad de las regulaciones respectivas (33). La idea de sistema se muestra aquí, hasta un cierto grado, como un mero postulado.

Todavía hemos de dedicar una atención especial a una clase de sistema jurídico, a saber, al sistema *teleológico*. Precisamente ya en la sistemática del Derecho penal antes tratada se observan impactos teleológicos. En efecto, en tanto las «ideas fundamentales» para el sistema jurídico-penal sean elegidas según puntos de vista de finalidad —lo que, sin embargo, sólo ocurre parcialmente, puesto que en el Derecho penal juegan también un papel los puntos de vista morales y las consideraciones de justicia—, las normas jurídicas que se refieren a esas ideas fundamentales están determinadas teleológicamente. A esto se añade que las normas están armonizadas entre sí como un sistema de medios para la realización de los fines supremos del Derecho penal. Esto se observa, por ejemplo, en la regulación del sistema de penas, cuando una clase de pena complementa a otra (por ejemplo, una pena adicional, como la pérdida de los derechos cívicos, a la pena principal de privación de libertad, o también una pena pecuniaria a la pena de privación de libertad); o cuando la lucha contra una peligrosidad específica, que no es compatible con el principio de retribución por culpa, se logra con medidas especiales de seguridad (internamiento preventivo para delincuentes habituales peligrosos, o establecimientos de curación y cuidado para delincuentes con trastornos mentales). Las diferentes clases de penas, de marco penal y de medidas, no constituyen en Derecho penal un agregado arbitrario, sino un sistema teleológico. Lo mismo puede decirse del sistema de los tipos de delito, que recíprocamente se complementan en orden a un sistema, pleno de sentido, de protección de los bienes jurídicos.

(33) Sobre ello más concretamente mi *Einheit der Rechtsordnung*, 1935, p. 41 ss., y mi *Einführung in das juristische Denken*, 1956, p. 156 ss.

Mas ahora hemos de considerar todavía otro sistema jurídico parcial de carácter teológico, siendo mérito de Fritz v. Hippel haberlo analizado más de cerca. En su artículo «Sobre la legalidad de la sistematización jurídica» (34), aparecido en 1930, V. Hippel ve al legislador civil colocado ante una decisión básica, de modo similar a como Zimmerl veía al legislador penal, a saber, la de contestar a la pregunta: «¿Deben las relaciones recíprocas de los miembros que componen la comunidad jurídica ser establecidas por el Estado de modo continuo y definitivo, o debe quedar al arbitrio de aquéllos la elección de las nuevas máximas adecuadas de comportamiento que determinen su conducta recíproca futura?». ¿Deben, por tanto, los miembros de la comunidad jurídica estar sujetos a una planificación y dirección estatal universal, o debe concederse un campo a la «autonomía privada»? En el primer caso «se llega a la idea de una comunidad jurídica, en la que toda la vida social de los miembros que la componen es ordenada de oficio permanentemente, por ejemplo, los órganos competentes deciden de modo definitivo sobre la división del trabajo y de la renta, sobre la celebración y disolución del matrimonio y sobre todas las demás relaciones sociales de los miembros de la comunidad jurídica» (35). Podemos vislumbrar, en base a diversas experiencias parciales, el aparato burocrático y procedimental que tendría que ser establecido y mantenido para poner en práctica este sistema. Ciertamente aún así se trataría de un sistema teleológico. Más interesante es, no obstante, el sistema basado en la autonomía privada. A la elección de este sistema va unida una «obligación de respuesta positiva a las preguntas inmanentes y permanentes, sólo con cuya regulación se... realiza una tal organización». Dos ámbitos de cuestiones se perfilan de inmediato: el del negocio jurídico y el de la obstaculización del tráfico negocial. Cada ámbito de cuestiones comprende a su vez varios problemas, que «se hallan entre sí en una relación constructiva estable» (36). Así particularmente, por lo que se refiere a la regulación del negocio jurídico, qué posiciones jurídicas previas deben someterse a una disposición privada; quien tiene capacidad de disposición; bajo qué presupuestos y con qué formas pueden hacerse las disposiciones. Con respecto a la «obstaculización del tráfico negocial» se trata de intervenir jurídicamente cuando la inacción, el modo inadecuado de expresarse, el error, la coacción y cosas semejantes, ponen en peligro el desenlace sin obstáculos del tráfico jurídico-privado. Al contestar a estas preguntas el legislador dispone de un amplio margen de actuación. Pero lo cierto

(34) Sobre él véase también ahora ESSER, *Grundsatz und Norm*, 1956, p. 5 s.; cfr. también W. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, 1936, p. 170 ss., en especial 178 ss., recapitulando p. 224 s.

(35) FRITZ v. HIPPEL, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*, 1930, p. 5.

(36) FRITZ v. HIPPEL, *Jur. Systembildung*, p. 7.

es que el legislador tiene que contestar a ellas y que deben ser convenientemente contestadas. Por tanto, un legislador prudente se esforzará también aquí por conseguir un sistema teleológico. Todo orden jurídico-privado positivo debe interpretarse y valorarse como una respuesta histórica a las «preguntas inmanentes y permanentes» que están planteadas por la decisión en relación con la autonomía privada.

Si echamos todavía una mirada al *Derecho procesal*, vemos que ya Radbruch y Hegler han indicado que aquí impera un sistema teleológico, en cuanto que ciertas disposiciones de procedimiento deben esclarecerse partiendo de principios que están al servicio del fin específico del proceso, como, por ejemplo, el principio dispositivo en el Derecho procesal civil y el principio inquisitivo en el Derecho procesal penal (37). Precisamente con respecto al Derecho procesal expone Hegler: «El fin sólo revela el sentido y el contenido de las normas jurídicas y el contexto del fin el significado de cada norma individual...» (38). Mas el fin del Derecho procesal, y al mismo tiempo el «punto de partida y de unidad del sistema», es la «protección jurídica», «la salvaguardia del Derecho material» (39). Con este fin supremo se plantea otra vez una serie de cuestiones sobre los órganos permanentes de protección jurídica, sobre los medios y formas de protección jurídica, sobre el «modus procedendi», sobre la manera y modo de incoación del proceso (¿principio de denuncia, procedimiento de oficio?). En su regulación concreta existe una vez más una cierta libertad.

Precisamente sobre este último punto quisiéramos haber llamado especialmente la atención con respecto a todo sistema teleológico. Un tal sistema, en efecto, como muestran claramente los trabajos mencionados, ha de estar dotado de una cierta deducibilidad interna, en cuanto que, en efecto, si ha de alcanzarse el fin, tienen que ser solucionados jurídicamente ciertos problemas; pero, por otro lado, el sistema es también a la vez elástico, en cuanto que el modo y manera de la solución de los problemas queda en gran medida a discreción legislativa —si bien, no de su voluntad, sino de su razón— (40).

IV

Las consideraciones del punto III estuvieron dedicadas al denominado sistema «*interno*» del Derecho, que con frecuencia no se presenta accesible en todas sus partes, sino que sólo por medio

(37) RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, Frank-Festgabe, I, 1930, p. 159; HEGLER, *Tübinger Festgabe*, 1931, p. 216 ss.

(38) HEGLER, *Tüb. Festgabe*, p. 231.

(39) HEGLER, *Tüb. Festgabe*, p. 234 ss.

(40) Cfr. sobre el conjunto también W. BURCKHARDT, *Methode*, p. 121 ss., en especial p. 130 s.

del conocimiento científico es posible elevarlo al plano consciente. Pero el Derecho se nos presenta también en los Códigos modernos con un sistema «externo», es decir, con una participación visible de un complejo de preceptos jurídicos en la forma de una división en «libros», «partes», «secciones», «títulos», que en cada caso comprenden grupos mayores o menores de normas congéneres y que, incluso en el orden en que aparecen, revelan algún tipo de relación, por ejemplo, la de la «vecindad más cercana». El sistema externo reflejará hasta un cierto grado al sistema interno (41). Pero precisamente porque el sistema interno no se manifiesta en parte a la mirada que se queda en la superficie, el sistema externo las más de las veces sólo puede hacer patentes aspectos particulares de la sistemática interna, probablemente hasta puede estar configurado según puntos de vista que poco tienen que ver con esta sistemática interna. Esto último podría decirse, por ejemplo, de la tan corriente división externa de los Códigos en Parte general y especial. Ciertamente esta división puede servir también para expresar la diferencia esencial entre ideas fundamentales generales e ideas jurídicas especiales subordinadas. Pero en parte esa división sólo sirve a propósitos técnico-legales. Habrá elementos comunes a muchos preceptos jurídicos que, como dice la frase estereotipada, estarán «cogidos con pinzas» y seguirán regulados en la Parte general. El sentido y alcance de esta clase de disposiciones generales sólo se obtienen en conexión con otros preceptos, especialmente con los de la Parte especial. De tal clase son, por ejemplo, los preceptos sobre los plazos y términos en el BGB y los relativos a la prestación de caución en la Ley procesal civil (ZPO); pero probablemente también los preceptos sobre capacidad negocial en el BGB y sobre la imputabilidad en el Código penal. Esto no excluye que también aquí se manifiesten partes del sistema interno, como, por ejemplo, en la regulación de la imputabilidad momentos de la idea general de culpabilidad. Pero el aislamiento de estos momentos en la Parte general oscurece la sistemática interna en vez de hacerla visible.

Mas si nos atenemos a aquella sistemática externa, que responde a la interna, podríamos constatarla por ejemplo —si bien cargada de defectos y vicios de índole diversa— dentro de la Parte especial del Derecho civil de obligaciones y dentro del Código penal. Coing indica que, por ejemplo, la reunión de los preceptos sobre el contrato de compraventa en un título especial del BGB, depende de que «estas disposiciones se refieran a un desarrollo determinado de la vida social» (42).

Pero si ahora se me permite detenerme en el ejemplo que me cae más cercano, el del Código penal, es bien sabido que, para

(41) Véase sobre ello por ej. BAUMGARTEN, *Die Wissenschaft vom Recht*, I, 1920, p. 344 s.; PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, § 13 s., espec. p. 142 s., 151 s., 164 s., 176 s.; G. DULCKEIT, *Deutsche Rechtswissenschaft*, IV, 1939, p. 352 s.

(42) COING, *Systemgedanke*, p. 27.

reunir figuras delictivas junto con sus respectivas conminaciones punitivas en «secciones» especiales, es básica la idea de bien jurídico (43). Serán tratadas juntamente aquellas acciones punibles que se oponen al mismo bien jurídico o a bienes jurídicos afines, por ejemplo, los delitos contra el honor en la sección 14, los delitos «contra la vida» en la sección 16, los delitos contra la «integridad corporal» en la sección 17, etc. Dejamos de lado por ahora las quiebras del principio. Por lo que se refiere al orden sucesivo de las secciones, también aquí juega un papel decisivo la idea jurídica, en cuanto que el orden sucesivo de las secciones se orienta por la afinidad interna de los bienes jurídicos atacados. Así se suceden inmediatamente uno tras otro la alta tradición, los delitos contra la seguridad del Estado y la traición a la patria, porque en total se dirigen igualmente contra la existencia del Estado. Las declaraciones falsas y la denuncia falsa se encuentran próximas, porque tanto allí como aquí se trata de delitos contra la «administración de justicia». Los delitos contra la vida y contra el cuerpo se alinean juntos como delitos contra el cuerpo de la persona individual. Dejamos las cosas como están por lo que respecta a las deficiencias de diversa índole en la puesta en práctica del principio de protección de bienes jurídicos. Por ahora es suficiente con haber mostrado cómo una idea pertinente al sistema interno determina en general al mismo tiempo la sistemática externa.

V

Ahora bien, la advertencia sobre las imperfecciones de la sistemática externa de las leyes puede trasladarse a la propia sistemática *científica*, puesto que ésta en parte tiende a sustituir la sistemática legal por una sistemática jurídica llevada a cabo consecuentemente (44). Apelando a que la exposición científico-sistemática de la Parte especial del Código penal no está vinculada al «orden legal», Maurach, por ejemplo, lleva a cabo una sistemática, orientada por la idea de bien jurídico, más exacta y consecuentemente que la ley. Así una gran parte de las «infracciones» que, a causa de su escasa gravedad, son colocadas por el legislador en una sección especial a modo de apéndice y que luego sólo pueden ser consideradas como ataques a un bien jurídico especialmente tipificado, si se acepta —como hace, por ejemplo, Frank— un bien jurídico de «bienestar general y de buen orden», las trata él en aquellas secciones de su exposición científica de la Parte especial, a la que pertenecen si se las considera como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que pueden también ser atacados por

(43) Cfr. sobre ello por todos R. MAURACH, *Strafrecht*, Parte especial, 1956, p. 6 ss. con indicación de la literatura.

(44) BAUMGARTEN, *Wiss. vom Recht*, p. 435.

un delito grave o por un delito menos grave. Como la mayoría de los tratadistas de Derecho penal, Maurach coloca además, en el sistema de su Tratado, cada clase de delito de modo distinto al del legislador en la ley. Así el allanamiento de morada, junto con la violación del secreto, entre los «delitos contra los bienes jurídicos personales», en lugar de entre los «delitos contra el orden público», o bien entre los delitos de «provecho propio punible». Así también el daño material junto con el hurto, la apropiación indebida y el robo, los coloca entre los «delitos contra la propiedad», en lugar de en una sección especial. Así también el chantaje, la usura y la receptación entre los «delitos contra el patrimonio en general», en lugar de, como hace la ley, en parte unidos con el robo (¡chantaje!), en parte unidos con el «provecho propio punible» (¡la usura!), en parte unidos con el encubrimiento (¡receptación!). Por otro lado aquí en el Tratado se ordenan el enriquecimiento, que ha sido separado de la receptación, junto con los delitos de falso testimonio y de denuncia falsa, entre los «delitos contra la administración de justicia», de los cuales están separados en la ley a gran distancia.

K. Binding ha dicho respecto a la sistemática jurídico-científica: cuando la ley se equivoca, aquélla tiene que «mostrar lo igual como igual..., unir lo separado indebidamente..., separar lo indebidamente unido» (45).

Siguiendo el paradigma de Binding, primeramente Liszt-Schmidt y ahora también Maurach han dejado de lado el orden legal, en cuanto tratan de las acciones punibles contra los individuos antes de las acciones punibles contra la generalidad y contra el Estado.

Pero todavía es defendible una mayor emancipación de la sistemática externa de la ley, como la hallamos, por ejemplo, recientemente en el sistema de Derecho penal de Sauer (46), quien, desviándose totalmente de la ley, divide la materia de la Parte especial de Derecho penal según puntos de vista sociológicos y ético-sociológicos en «delitos de lucro y de necesidad» (delitos de apropiación: hurto, robo, apropiación indebida; delitos de enriquecimiento: estafa, chantaje, infidelidad; delitos de explotación: usura y receptación; delitos de falsificación: falsificación de documentos y falsificación de moneda); luego «delitos de ataque» (delitos de violación y de brutalidad: causar la muerte, lesiones corporales, privación de libertad, daño material [!], etc.; delitos de exteriorización: injuria, violación, ataques a la moralidad sexual [!]; delitos político-estatales: alta traición, traición a la patria, etc.; delitos culturales y sociopolíticos: delitos contra la religión, ataques al matrimonio y a la familia); delitos de «motivación instintiva y de debilidad» (deshonestidad, adulterio, haraganería, mendicidad y similares). Es evidente que aquí se ha hecho uso de modo espe-

(45) *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts*, Parte especial, I, 1902, p. 5.

(46) W. SAUER, *System des Strafrechts*, Parte especial, 1954.

cialmente osado de la libertad del científico frente a la ley. Al científico le está permitido sentirse plenamente libre cuando no le ha sido delineada en absoluto una sistemática externa por la ley; por ejemplo, cuando una materia, que en sí constituye una unidad, está desperdigada en muchas leyes, que las más de las veces han aparecido en tiempo diferente, con frecuencia también en diferentes marcos, que están desvinculadas entre sí y que, en el mejor de los casos, obedeciendo a un proceso interno de las ideas, se tienen en cuenta unas a otras. En esta situación se encuentra, por ejemplo, el Derecho laboral (47), grandes partes del Derecho administrativo, el Derecho Internacional público y el Derecho eclesiástico evangélico, mientras que la Iglesia católica nos ofrece un imponente sistema jurídico legal en el *Codex iuris canonici*. Sobre todo cuando se trata de dominar sistemáticamente un orden jurídico estatal concreto en su totalidad, el científico del Derecho se ve libre de trabas.

Pero, ¿cómo es posible planear y llevar a cabo sistemas puramente científicos, que deben dominar una materia jurídica amplia y en sí conclusa de tal modo, «que a cada parte se asigne metódicamente un puesto determinado» y se ordenen exhaustivamente «todas las posibilidades pensables»? (48). Bien entendido que pensamos sólo en un orden jurídico estatal concreto, sin querer ciertamente negar que, al lado de esto, existe también la posibilidad de Teorías del Derecho «generales» o «puras», que se ocupan de lo común a muchos o a todos los Derechos, o bien de lo esencial de cada Derecho. Así Stammler construyó como un sistema sus «conceptos fundamentales» del Derecho (49). Así también han presentado Kelsen una «Teoría pura del Derecho» sistemática (50) y H. Nawiasky una «Teoría general del Derecho como sistema de conceptos jurídicos fundamentales» (51). No obstante, la problemática específica de la sistematización jurídica se manifiesta cuando se trata de un orden jurídico particular y no de una Teoría del Derecho abstracta. A este respecto ahora sólo pensamos en el sistema jurídico de un Estado particular, ni siquiera en un «sistema de Derecho mundial» —si bien material—, que «sirva de marco a los órdenes jurídicos de todo el mundo civilizado, independientemente de las codificaciones nacionales» (52).

(47) Cfr. la visión general sobre las fuentes del Derecho en HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6. ed., I, p. 32 s.

(48) Así STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, p. 364 s.; otras definiciones del concepto de sistema en EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 4. ed., 1930, t. III.

(49) Cfr. la tabla en el *Lehrbuch*, § 112.

(50) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1934.

(51) H. NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffen*, 2.ª ed., 1948.

(52) COING, *Systemgedanken*, p. 41.

VI

Si no perdemos de vista la meta que acabamos de describir, resulta que un esqueleto de conceptos fundamentales puros, como el que hemos observado en Stammler, no puede por sí solo llevar a cabo la tarea fijada. Pues los conceptos fundamentales «puros» stammlerianos, en tanto sean realmente «puros», es decir, liberados de todo contenido material especial, y en este sentido «formales», son demasiado abstractos para conseguir para sí un sistema jurídico concreto. Esto radica en cierto modo en la «naturaleza de la cosa». Cuando Stammler dice: «Conforme a estas categorías de validez general del pensamiento jurídico... es posible ordenar y dividir de acuerdo con ello todo querer jurídico especial de validez general...» (53), se decide a la vez que los conceptos fundamentales puros pueden ser introducidos sin distinción en toda clase especial de materia jurídica como instrumentos del pensamiento. Yo puedo considerar normas del Derecho penal, lo mismo que normas del Derecho tributario, o del Derecho civil, o del Derecho de propiedad intelectual, o del Derecho Internacional público, bajo puntos de vista de que aquí entren en juego sujetos de Derecho y objetos de Derecho, fundamentos jurídicos y relaciones jurídicas, que un determinado comportamiento aparezca como jurídico o antijurídico. Puede ser que tampoco exista diferencia alguna en que se trate de un orden jurídico de un Estado totalitario o de un Estado liberal. El sistema de conceptos fundamentales puros es siempre el mismo. No experimenta como tal ninguna modificación por el carácter material del orden jurídico. Sólo son diferentes los resultados a que llegamos al efectuar las operaciones puras de pensamiento. Así en un orden jurídico puede aparecer como jurídico un acto coactivo, que en otro es antijurídico. Con otras palabras: el sistema de los conceptos fundamentales puros sigue implicado en sí mismo, no posibilita de por sí ninguna sistematización de una materia jurídica concreta.

Pero podría ser posible elaborar un sistema jurídico concreto en el que este o aquel concepto fundamental, o también un complejo de varios conceptos fundamentales, *se conecte* con puntos de vista o principios materiales. Esta pudiera ser también la propia opinión de Stammler cuando afirma: «La división y exposición de un Derecho históricamente dado, se efectúa por medio de una supraordenación y subordinación... Los conceptos genéricos supraordenados tienen que conectar con las posibilidades que existen en las divisiones puras del Derecho» (54). La distinción de Derecho público y Derecho privado, en modo alguno válida *a priori*, pero considerada las más de las veces fundamental para nuestro sistema jurídico continental, puede determinarse por medio del concepto jurídico fundamental puro de deber jurídico, si este con-

(53) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 133.

(54) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 135.

cepto fundamental se conecta con la idea material de que la base de un deber se puede hacer radicar, bien en el mandato de una autoridad estatal o similar, bien en la autovinculación voluntaria, en especial la jurídico-negocial; o si se conecta con la idea material de que «un deber jurídico-privado... se impone a una persona privada frente a otra persona», mientras que «un deber jurídico público... se impone a una persona privada frente al Estado u otra comunidad en él incluida a la cual están confiadas tareas comunitarias» (55). El mismo Stammler quiere conectar el fraccionamiento de un orden jurídico en Derecho público y Derecho civil «con el modo condicionante de pensar del Derecho general y del Derecho objetivo» (56). «El Derecho público se refiere a las instituciones del Derecho que tienen por meta posibilitar y mantener el orden jurídico; el Derecho civil comprende la regulación de las relaciones jurídicas subordinadas a ese orden» (57). Stammler precisa que los límites entre ambas zonas jurídicas tienen que ser trazados diferentemente por cada orden jurídico (58). No existe un «sistema absolutamente válido en tanto se tengan en cuenta las peculiaridades del contenido histórico del Derecho» (59).

De este modo la distinción sistemática de Derecho público y Derecho privado es también sólo un ejemplo, y por lo demás altamente problemático, pues hoy frecuentemente se consideran esenciales otras distinciones. W. Burckhardt (60) y Nawiasky (61) han dividido de otra manera las normas jurídicas desde el ángulo visual de la fundamentación del deber, a saber: en normas organizativas y obligatorias, o en normas de «Derecho constitucional» y de «Derecho del comportamiento» (62). Las normas obligatorias del Derecho del comportamiento son después subdivididas, según el destino de las normas, en aquéllas que obligan al Estado y aquéllas que obligan a los sujetos subordinados (particularmente a los individuos).

En esta sistematización básica se presupone que son precisamente las *normas* las que deben ser divididas (63). También el concepto de deber, que se convierte en punto cardinal, está orientado al concepto de norma. Pero se podría también dotar de contenido material a otras «categorías» y luego construir la sistemática. Nawiasky estima que también se podría partir de las relaciones jurídicas en lugar de partir de las normas jurídicas. Además

(55) Así NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 299.

(56) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 135.

(57) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 134.

(58) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 135.

(59) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 135.

(60) W. BURCKHARDT, *Methode*, p. 121 ss., espec. p. 132 ss.

(61) NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 264 ss.

(62) Cfr. por lo demás ya A. BAUMGARTEN, *Wiss. vom Recht*, p. 346 s.

(63) W. SAUER, *System der Rechts- und Sozialphilosophie*, 2.^a ed., 1949, p. 254, dice también: «El sistema se compone de una multitud de proposiciones jurídicas, normas y sentencias...».

de ello se podría partir de los derechos subjetivos, de los poderes, en lugar de partir de los deberes. La primera cuestión de todas las que se plantean al sistemático es por cierto la de si quiere construir un sistema de *normas jurídicas*, o respectivamente de *conocimientos jurídicos*, o un sistema de *conceptos jurídicos*. A favor de lo primero parece estar el hecho de que, en último término, un sistema científico tiene que ser un sistema de enunciados, de «juicios» en el sentido lógico, es decir, de proposiciones, que pueden ser verdaderas o falsas. ¿No tiene que ser también el sistema jurídico-científico un sistema de enunciados? Pero pudiera ser que los enunciados sean precisamente fáciles de llevar a un sistema, porque se les agrupa en torno a conceptos, que juegan un papel directivo dentro de ellos. Hay que tener en cuenta que la doctrina de la «partición», de la «división» y de la «clasificación» de los conceptos, está bien desarrollada lógicamente. Conduciría ciertamente demasiado lejos tratar aquí de la lógica de división de los conceptos en su aplicación a la Jurisprudencia. Sólo quisiera indicar que precisamente aquí la Lógica tradicional prelogística todavía tiene mucho que ofrecer a los juristas (64). Si se tiene en cuenta todo esto, no debe sorprendernos que, por ejemplo, J. Binder, en su *Filosofía del Derecho* (65), caracterice el sistema jurídico como un sistema de «conceptos generales empíricos» (66). Lo que es todavía más importante: observamos que en los tratados jurídicos al menos *partes* del sistema se orientan por la división conceptual. Así la exposición de la Parte general del *Derecho civil* de Enneccerus, en estrecho contacto con el BGB, parte de los conceptos de «sujeto de Derecho», «objeto de Derecho», «derecho subjetivo» y de las divisiones científicas de estos conceptos, para exponer, en conexión con ellos, qué enunciados jurídicos han de hacerse cada vez en relación con este o aquel concepto jurídico. De acuerdo con esto, el primero de los modos de plantear la cuestión sistemáticamente rezaría: ¿Qué vale para los sujetos de Derecho en general, qué para los sujetos de Derecho naturales, qué para los sujetos de Derecho jurídicos (las «personas» naturales y las jurídicas), qué vale para los objetos de Derecho, qué en particular para las «cosas», qué para el «patrimonio»? Además, ¿qué vale para los derechos subjetivos, para su nacimiento, su extinción y su modificación; qué para los «negocios jurídicos», que actúan especialmente en el nacimiento, modificación y extinción de los derechos subjetivos? Precisamente los «conceptos típicos», como el concepto de negocio jurídico, y además el concepto de «acción ilícita» con sus diversas clases y subclases, son muy apropiados para ofrecer puntos de contacto para la sistemática. Y esto tanto más,

(64) Algo pertinente a esto se encuentra en mi *Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, capítulo VI.

(65) J. BINDER, *Philos.*, p. 923 s.

(66) Cfr. también p. 928.

cuanto que en cierta medida han sido formados «funcionalmente», es decir, que han sido formados con vistas a que deben actuar como portadores de enunciados acerca de contenidos jurídicos. Son, modificando conforme al sentido la famosa frase de Kant sobre el concepto como «predicado de juicios posibles», conceptos del sujeto de juicios posibles. Su división se lleva a cabo esencialmente con miras a un tratamiento jurídico distinto y a los enunciados que al respecto hay que hacer.

En el *Derecho penal* no ocurre otra cosa. La sistemática no se atiene tanto a la norma jurídico-penal completa, cuanto más bien a sus elementos conceptuales: al «supuesto de hecho», que circunscribe la acción punible, por un lado, y a la «consecuencia jurídica», que anuncia la «conminación de pena», por otro lado. Especialmente el concepto de supuesto de hecho de la acción punible (del «delito» en sentido amplio) con sus características y sus subclases, será el punto cardinal de la sistemática de los delitos. La acción punible, el delito, se subdivide en las características: acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etc., y estas características serán tratadas justamente por este orden. Pero las acciones punibles se dividen también en acciones activas y omisiones, hechos punibles previsibles e imprevisibles, y en base a estas divisiones se sistematiza la materia jurídica exponible (67).

Detengámonos todavía un momento en la sistemática del Derecho penal, para estudiar, en base a este ejemplo concreto, el modo y manera del tratamiento sistemático de una materia jurídica en sí relativamente delimitada. G. Radbruch ha dedicado a la sistemática de los delitos investigaciones básicamente importantes, ya en su trabajo de habilitación sobre el «concepto de acción», y posteriormente en el Homenaje a Frank, t. I, 1930 (68). En el lugar últimamente citado distingue como clases de posible sistemática: la sistemática de la deducción, como la presenta la Ética de Spinoza; la sistemática de la clasificación, que se puede encontrar en el sistema botánico de Linneo; la sistemática categorial que, con su distinción de forma y materia, se puede hallar ya en las Críticas de Kant; y, finalmente, la sistemática teleológica como «un orden según los fines y los medios», como la que sirve de base al sistema ferroviario de Lists. Una «sistemática didáctica», mencionada además por Radbruch al lado de las cuatro clases antes citadas, no tiene ningún significado original; sólo sirve para facilitar la comprensión; por eso la dejamos de lado. Si preguntamos qué clase de sistemática hay que tener en cuenta en primer lugar para el Derecho penal, podríamos además apartar a un lado de inmediato, después de lo expuesto antes, la sistemática deductiva. La sistemática de la *clasificación*, que «de conceptos genéricos por adición de atributos diferenciadores desciende a con-

(67) Así, por ej., WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 5.ª ed., 1956.

(68) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, y del mismo *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, cit.

ceptos específicos y cada vez a conceptos específicos más reducidos» (69), sirve obviamente como modelo a la exposición sistemática de la Teoría del delito, en tanto aquí se tome como punto de partida el concepto de «acción» como «genus proximum» y, en conexión con esto, al poner de relieve las características diferenciadoras de «tipicidad», «antijuridicidad» y «culpabilidad», se determine paso a paso el delito como concepto específico situado en lugar inferior. Teniendo en cuenta la relatividad de «genus proximum» y de «differentia specifica», se puede también considerar la acción antijurídica culpable como «genus proximum», del que se deriva como clase específica el delito en virtud de su «tipicidad». Radbruch mismo, en su trabajo de habilitación sobre el concepto de acción (70), consideró todavía digna de ser puesta como modelo esta sistemática clasificadora. En el Homenaje a Frank, en cambio, la calificó de «lógico-formal» y de «inconveniente reducción del campo visual». Ahora prefiere hablar de una construcción «clasificatorio-categorial» de la Teoría del delito, «si el concepto unitario de injusto de la Teoría general del Derecho es restringido mediante una determinación progresiva más concreta al concepto de injusto punible, de delito». «La sistemática categorial del delito ha de partir del concepto supremo de injusto delictivo: el concepto de acción» (71). Ha sido List quien, como «el gran arquitecto de la sistemática del Derecho penal todavía hoy dominante», ha elaborado de este modo un «sistema categorial». Para ello tuvo muy presente precisamente como *genus proximum* un concepto del *delito* (es decir, del injusto culpable) común al Derecho civil y al Derecho penal, del cual ha sido desarrollado el concepto específico de delito poniendo de relieve las características del delito *punible*, cuyas características de punibilidad calificó posteriormente Beling como «características del tipo». El concepto de *acción en general*, que está situado todavía más alto que el concepto de acción *delictiva*, es aquí a ojos vista un concepto superior más lejano, no un «genus proximum». Como quiera que se piense aún hoy sobre la consistencia de este sistema —de hecho sigue ocupando un segundo plano en nuestra Teoría del delito—, hay una cosa que no me convence, y es que Radbruch habla ahora, refiriéndose a la suya, de una sistemática «categorial». También Hegler (72) había lanzado ya la pregunta de «en qué, pues, ha de consistir la diferencia de la sistemática "categorial", en relación con la clasificación sistemática». Quizá se pueda decir una cosa: en la Teoría del delito se *presupone*, hasta un cierto punto, la clasificación sistemática de las acciones, en cuanto que esta clasificación, hasta llegar al «delito», no parece ser el objeto propio de la Teoría del delito, sino que parece que ésta

(69) RADBRUCH, *Systematik*, p. 158.

(70) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*.

(71) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, p. 160.

(72) HEGLER, Tüb. Festgabe, p. 218.

tiene que ser constituida sólo en relación con el concepto específico de delito *punible*. Pero, en realidad, es posible no aceptar ninguna Teoría del delito, investigar también más concretamente el concepto genérico de «acción en general», y además tratar también exhaustivamente las características delictivas de la antijuricidad y de la culpabilidad. El sistemático más importante en los primeros decenios de este siglo, a saber, Ernst Beling, ya al final del todo, todavía ha desarrollado su Teoría del delito de modo tal, que ha dejado resurgir la «acción punible» sucesivamente de las características de acción, antijuricidad, culpabilidad y tipicidad (en especial la conformidad con el supuesto de hecho) (73). Entretanto ese concepto genérico superior de «acción», con su elemento paralelo la «omisión», se ha convertido en el objeto capital de la discusión lógico-sistemática y de la discusión de la dogmática jurídico-penal (74).

Mas, ¿en qué sentido podría hablarse de una sistemática «teleológica» en la Ciencia del Derecho penal? Radbruch opina que una sistemática teleológica ha aparecido mano a mano con la sistemática categorial-clasificatoria, puesto que las características del delito han sido derivadas del fin de la pena. Sorprendentemente, no obstante, no demuestra más en concreto ese paso. La tesis sólo parece evidente si, o bien se destierra del Derecho penal la idea de expiación, o bien si se toma tan ampliamente el concepto de fin que también la expiación y la retribución aparezcan como «fin» de la pena. Entonces se pueden ciertamente relacionar en cada caso cada una de las características del delito con el «fin» de la pena y así determinarlas. Pero, ¿surge de esto una *sistemática* específica?

La idea de una sistemática teleológica se percibirá antes con la exposición del sistema de penas y de medidas de seguridad y de corrección. Pues aquí se trata de medios relacionados entre sí y que recíprocamente se complementan con el fin de luchar contra el delito. Lo que no aporta una reacción, lo aporta la otra. Aquí de hecho está todo minuciosamente examinado bajo el prisma «final», en cuanto que la retribución justa por la culpa se engloba en la teleología. Esta teleología puede luego reflejarse también en los «supuestos de hecho» como presupuestos de cada una de las reacciones, de tal modo que también esos supuestos de hecho puedan efectivamente ordenarse bajo el ángulo visual de la referencia al fin y conseguir una sistemática teleológica de la Teoría del delito, en especial mediante la división de las características del delito en características de culpabilidad y características de peligrosidad, según que se trate de los presupuestos de la pena o de los de la seguridad y corrección. Las características de la

(73) BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.^a ed., 1930, p. 11 ss.

(74) Cfr. sobre ello particularmente WELZEL, *Strafrecht*, con indicaciones de literatura, p. 32 y 35.

culpabilidad por un lado y las de la peligrosidad por otro posibilitan otras divisiones.

Si ahora echamos todavía brevemente una mirada fugaz al *Derecho procesal*, vemos que aquí precisamente ha presentado Hegler una fructífera zona de asentamiento de la sistemática teleológica. Ciertamente que aquí, como expone Hegler, aparecen también de nuevo otras clases de sistemática: los sistemas clasificatorios y los sistemas «constructivos», de los que ahora no podemos ocuparnos. La idea de fin aparece muy extendida. Le hay que dar preferencia frente a todos los demás puntos de vista sistematizadores, «porque en las normas jurídicas se trata de una forma de actuación efectiva y el fin sólo manifiesta el sentido de la actuación efectiva y en cuanto conexión de fines el significado de cada uno de los actos de la acción» (75). El fin principal del proceso y de su regulación jurídica es la «protección jurídica» (76). A este fin están ordenadas todas las cuestiones del Derecho procesal, que «al mismo tiempo que puntos de vista directivos, proporcionan el armazón para la sistemática del Derecho procesal». Así, en especial, la cuestión sobre los órganos de protección jurídica, especialmente sobre los tribunales y sobre la estructura de su organización; además la cuestión acerca de las formas de protección jurídica y las condiciones de su intervención; finalmente la cuestión acerca de la configuración del procedimiento, acerca del *modus procedendi*. Del trasfondo de estas cuestiones emerge un Derecho procesal teleológico, que Hegler esboza para el Derecho procesal civil (77). Sólo se necesita citar títulos sistemáticos como «los órganos de protección jurídica», «los sujetos que reclaman protección jurídica», «las formas de garantía de protección jurídica», «el procedimiento de protección jurídica», para conocer ya en la formulación lingüística la relación teleológica de cada una de las partes con el fin principal.

VII

Después de habernos formado una idea de las diferentes estructuras posibles de sistemática jurídico-científica en el punto VI, pasamos ahora a la cuestión de en qué medida es *realizable* el *ideal* de un sistema jurídico-científico. Aquí conectamos otra vez con Stammler. En su Teoría de la Ciencia del Derecho, define el sistema brevemente como «una unidad dividida exhaustivamente» (78). Con esta definición se expresan tres requisitos:

1. «Todas las particularidades serán coordinadas como miembros de un todo»;

(75) HEGLER, Tüb. Festgabe, p. 231.

(76) HEGLER, Tüb. Festgabe, p. 234.

(77) HEGLER, Tüb. Festgabe, p. 242 ss.

(78) STAMMLER, *Theorie*, p. 364.

2. La materia se divide «de manera que a cada parte se señale metódicamente su puesto determinado».

3. La ordenación tiene que ser realizada de tal modo que «sea adecuada para aceptar todas las posibilidades pensables» (postulado de «integridad») (79).

De modo similar dice Hegler: «Cuanto más estricta es la unidad, producida por ideas estables dominantes, cuanto más preciso es el orden, producido por la integración clara de lo individual en el contexto total, tanto más perfecto formalmente es el sistema» (80). Vamos a examinar ahora la posibilidad de cumplir estos requisitos ideales en las tres direcciones siguientes: ¿Es posible realizar la idea de totalidad mediante un sistema jurídico de tal índole? ¿Es posible asignar metódicamente un puesto determinado a cada fenómeno jurídico? ¿Es posible cumplir el postulado de «integridad»? De nuevo pensamos ahora en un orden jurídico concreto, no en un sistema de una Teoría general del Derecho, ni tampoco en un «sistema de Derecho mundial» (Coing).

1. Por lo que se refiere en primer lugar al ámbito del sistema, en general nos encontramos sólo con tres sistemas jurídicos parciales: sistemas de Derecho penal o respectivamente de la Teoría del delito, sistemas de Derecho civil o de una de las partes del Derecho civil, sistemas de Derecho procesal civil, de Derecho procesal penal, etc. Existen por cierto programas para un *sistema jurídico total*, pero su puesta en práctica en cada caso es impedida por la imponente cantidad de materia. En principio ciertamente no es imposible un sistema jurídico total. Un esquema lo hallamos por ejemplo en Nawiasky, en su Teoría general del Derecho (81). En todo caso aquí tienen asignado su lugar sistemático las principales ramas jurídicas: Derecho constitucional, Derecho Internacional público, Derecho eclesiástico (del Estado), Derecho administrativo, Derecho civil, junto con los respectivos Derechos procesales. Queda luego encomendado al científico de cada rama jurídica construir sistemas parciales dentro del sistema total, en cuya tarea no deben ser negadas naturalmente las ideas fundamentales del sistema total. También en el *Método y Sistema del Derecho* de W. Burckhardt (82) hallamos materiales para construir un sistema jurídico total.

Lo que hemos expuesto sobre los sistemas jurídicos parciales, vale también respectivamente para el sistema jurídico total. Puede ser concebido como sistema de *normas* o como sistema de *conceptos*. En el primer caso entrarían también en liza la doctrina de la construcción gradual del orden jurídico, desarrollada primero por

(79) STAMMLER, *Theorie*, p. 364 s.

(80) HEGLER, *Tüb. Festgabe*, p. 216.

(81) NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, p. 264 ss., v. particularmente el «cuadro completo» en la pág. 272.

(82) BURCKHARDT, *Methode*, p. 121 ss.

Bierling y luego en la Escuela de Kelsen. Los grados del orden jurídico total son más o menos: la Norma básica o Norma fundamental, las normas de la Constitución, las normas legales, los reglamentos, los estatutos autónomos y, finalmente, las normas concretas, que son: las sentencias judiciales, las órdenes administrativas, los negocios jurídicos. En esta graduación sistemática del sistema jurídico total como un sistema de normas, no se trata sólo de una estratificación externa de unas sobre otras, sino de una auténtica estructura con relaciones internas de dependencia, en especial de relaciones de validez. Un reglamento, por ejemplo, *vale* en el marco de una autorización legal. Una ley vale porque ha sido promulgada en consonancia con la regulación jurídico-constitucional; finalmente, «la Norma fundamental del Estado es la condición de validez de la Constitución» (83). Sin embargo, tampoco se debe sobreestimar la doctrina de la construcción gradual en lo que respecta a su idoneidad para presentar el armazón para un sistema jurídico total. La Teoría gradual es un punto de vista unilateral y, hasta un cierto punto, formal (84). Es deseable que en el sistema jurídico total aparezcan también como directivos otros puntos de vista, como ocurre en Burckhardt y Nawiasky. Luego resultan, según las circunstancias, varios sistemas jurídicos juntos e igualmente justificados, en base a diferentes ideas directivas sistematizadoras.

2. A cada parte debe ser asignado un puesto determinado. Cada parte tiene que hallar aquí, y precisamente aquí, su acomodo, porque esto responde a la idea sistemática fundamental y al carácter del objeto clasificable. Para ello es presupuesto lógico que se disponga de un puesto en el sistema, en el que el objeto clasificable pueda encontrar su plaza. Este presupuesto se refiere ya al problema de la integridad, que trataremos en el punto 3. De momento se trata ante todo sólo de la *localización exacta*. Una vez más recordamos aquí el ejemplo de la sistematización de los tipos delictivos en la exposición de la Parte especial del Derecho penal. El chantaje y la receptación sólo encuentran su puesto exacto, según la concepción actual, si se alinean entre los delitos patrimoniales.

Con frecuencia la polémica del dogmático versa sobre el lugar «exacto» en el sistema. Así se discute hoy en la Ciencia jurídico-penal el lugar justo para el concepto de dolo. ¿Pertenece sistemáticamente la discusión de este concepto a la doctrina del tipo de injusto o a la doctrina de la culpabilidad? Apenas se puede creer, pero la cosa es que este problema del sistema constituye hoy el punto central de las discusiones criminalistas —en todo caso es una prueba de cuán seriamente se toman las cuestiones sobre el sis-

(83) NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 34; cfr. sobre todo ello ENGISCH, *Einheit der Rechtsordnung*, p. 7 ss.

(84) Críticamente sobre esta teoría también NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, p. 46 ss.

tema en la Jurisprudencia—. Por lo demás, a mí no me parece imposible que en este caso, como en otros casos, exista una «equivalencia de las construcciones sistemáticas», es decir, que estén justificadas diferentes localizaciones sistemáticas y en todo caso de diferente finalidad (85).

Si todo objeto clasificable debe tener un puesto exacto, o al menos su mejor puesto, en el sistema, es necesario naturalmente dividir el sistema tan ampliamente que se puedan tener en cuenta suficientemente todas las diferencias esenciales. El sistema tiene que estar suficientemente «diferenciado». Así en el Derecho penal se ha llegado a distinguir dentro de las «causas» incoloras «que excluyen la punibilidad», causas de justificación y causas de exculpación, para no arrojar sistemáticamente a un montón cosas que tienen un carácter jurídico muy diferente. De otro lado no se debe diferenciar en tal medida que con ello se pierda el panorama y desaparezcan en el detalle las grandes ideas fundamentales. «Si una división va demasiado lejos, es tan inadmisibile como ninguna división», observa ya Séneca en la epístola 89 a Lucilio. No se debe descomponer en «partículas de polvo». Sólo son recomendables subdivisiones sistemáticas jurídicamente fructíferas. El «tacto» científico juega aquí un papel no pequeño.

Mas en nuestra recapitulación surge todavía la pregunta de si un concepto o un enunciado jurídico, o todo un complejo de enunciados, puede aparecer en el sistema en *varios sitios*. De hecho esto no se debe rechazar de antemano. Existen, por ejemplo, acciones punibles que poseen un carácter doble, es decir, una doble dirección de ataque, las cuales pueden por ello aparecer dos veces en el sistema. La acusación falsa puede considerarse tanto un delito contra la administración de justicia como una clase de afrenta al honor, si bien prepondera la primera dirección de ataque (86). Existe la posibilidad de que este delito pueda aparecer dos veces en el sistema, incluso si sólo en un sitio, y por cierto en el «dominante», se le trata más concretamente y en el otro sitio sólo se le menciona (87).

3. Por lo que atañe finalmente al problema de la «integridad», es decir, el requisito de que la ordenación sistemática tiene que ser «adecuada para aceptar todas las posibilidades pensables», se trata particularmente de que el sistema, con sus divisiones y subdivisiones, no debe ser tan estricto a fin de que no queden a la puerta cualesquiera conceptos jurídicos o proposiciones jurídicas. Las divisiones dentro del sistema tienen que agotar el ámbito del «totum divisum». Este requisito no se cumple si las acciones dignas de tener en cuenta jurídicamente se dividen en jurídicas y antijurídicas, aunque no se alcance el punto ciertamente indiscutible de que hay acciones que interesan jurídica-

(85) Cfr. sobre ello por ej. PH. HECK, *Interessenjurisprudenz*, p. 184, 188 ss.

(86) Cfr. MAURACH, *Strafrecht*, Parte especial, p. 586 s.

(87) Cfr. también HECK, *Interessenjurisprudenz*, p. 181.

mente, que ni son jurídicas ni antijurídicas, sino que en cierto modo son jurídicamente neutrales. Por lo demás, también aquí hay que remitirse a la lógica de la división y de la clasificación.

El postulado de la integridad cuando mejor puede realizarse es si se trata de un material de enunciados y conceptos en sí conclusos. Cuando surgen dificultades es cuando aparecen fenómenos jurídicos nuevos para los que el sistema existente hasta ahora aún no tiene rúbrica. Esto no es raro, debido a que la evolución del sistema jurídico, juntamente con la evolución de las relaciones de vida reguladas, se conciben en continuo fluir. Se podría creer ahora que hay que estar dispuestos a admitir que estamos ante un denominado sistema «abierto». «También un sistema concluso sólo tiene valor como un "sistema en evolución", como un sistema "abierto", que deja margen a nuevos intentos» (88). En un sistema se pueden incluir rúbricas que están dispuestas a aceptar nuevo material. El concepto del sistema «causa de justificación» es de tal índole, que en todo tiempo pueden ser alojadas en él nuevas causas de justificación que no estén registradas en el catálogo actual. Además hay «cláusulas generales sistemáticas». No obstante, el jurista tiene que contar con que el sistema a veces está constituido de tal manera, que en él no pueden encontrar plaza algunos fenómenos jurídicos nuevos. Aquí no siempre es posible proveer. Baste sólo recordar que una materia moderna como el Derecho laboral, con fenómenos tales como el contrato colectivo de trabajo, ha arrojado al montón todas las representaciones sistemáticas anteriores. La pretensión de mantener el sistema «móvil» (89), es seguramente legítima, pero también es sólo afortunada parcialmente, pues no siempre ha de presuponerse hacia dónde va. Por de pronto los cambios revolucionarios, que sacuden todo un sistema jurídico, no pueden ser anticipados mentalmente. Aquí se tiene entonces, según las circunstancias, que volver a construir desde la base. No debe sorprender que, bajo el dominio del nacional-socialismo, se planteara continuamente la exigencia de cambiar de pensamiento sistemáticamente (90).

En total hay que precaverse del excesivo optimismo sobre la sistematización. Emge dice: «Quien eche una ojeada a la Historia de los sistemas..., habrá de atreverse a afirmar que un sistema es siempre una osadía de la "razón", que va demasiado lejos en cuanto al contenido. La razón humana se sobrepasa cuando presenta ciertos sistemas» (91). Particularmente hay que precaverse del prejuicio de que existe un sistema absolutamente válido. Hi-

(88) W. SAUER, *Jur. Methodenlehre*, p. 172.

(89) WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950; sobre ello VIEHWEG, *Topik*, p. 72 ss.

(90) A las cuestiones del sistema en el Derecho civil fue dedicado, por ej., un número de la Revista «Deutsche Rechtswissenschaft», t. I. 1936.

(91) C. A. EMGE, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1955, p. 378.

cimos mención ya de las tesis de Stammler, quien ciertamente no era nada hostil a lo absoluto: «No existe ningún sistema absolutamente válido, en tanto se tengan en cuenta las peculiaridades del contenido histórico del Derecho». La tesis contraria de W. Burckhardt de que «sólo existe un *plano* para construir el Derecho, del mismo modo que sólo existe un método» (92), es atrevida, incluso si con ello se piensa sólo en un plano formal de todo Derecho como tal (93); y es insostenible si se piensa en un orden jurídico concreto. Se dan los fundamentos de división, ángulos visuales y puntos de apoyo más diferentes para construir un sistema jurídico total o un sistema jurídico parcial (94), como, según lo dicho antes, también se pueden dar varias posibilidades a favor y en contra de la clasificación sistemática de un concepto jurídico o de un enunciado jurídico.

VIII

La Ciencia del Derecho es una ciencia práctica. El Derecho y su conocimiento están al servicio de la «vida». También el sistema tiene *valor vital*, no sólo valor expositivo o valor didáctico. El sistema interno aporta una relación, plena de sentido, entre los principios, la armonía de valores y la ausencia de contradicciones entre normas. El sistema externo del orden jurídico sirve de orientación, pero también ayuda a la recta comprensión de cada una de las normas jurídicas. Pues la ordenación sistemática ofrece puntos de apoyo para el sentido de una disposición y aporta algo para su interpretación y para su complemento, restricción o extensión de acuerdo con el sentido. El sistema científico está al servicio de los mismos fines. Al respecto se esfuerza en profundizar, y pone de manifiesto ideas básicas, que en el propio orden jurídico no están a la vista o no lo están claramente. Sin que con ello sea necesario convertirse en un jurista conceptualista, las ideas básicas puestas de relieve pueden ser utilizadas como apoyos del desarrollo del Derecho. Así la aguda distinción entre causas de justificación y causas de exculpación en el Derecho penal, ha prestado los mejores servicios al desarrollo de la doctrina, sumamente importante, del «estado de necesidad suprallegal» (95). Por tanto, una clasificación sistemática bien lograda tiene también las más de las veces significación objetiva. Implica una calificación jurídica. La discusión sobre la colocación sistemática del dolo en el sistema de Derecho penal, es una discusión sobre la «*esencia*» del dolo: ¿es un elemento del tipo de injusto o es un elemento de la culpabilidad? Nada sería por ello más equivocado que la repre-

(92) BURCKHARDT, *Methode*, p. 123.

(93) BURCKHARDT, *Methode*, p. 129 ss.

(94) Cfr. una vez más NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 264.

(95) Cfr. la famosa sentencia RGSt 61, 242.

sentación figurada del sistema como un estuche con muchos cajoncitos en los que se acomodara ordenadamente el material. El material es determinado en su contenido mediante la comprensión sistemática. También los numerosos esfuerzos filosóficos con miras a lograr un sistema total de las ciencias (recuerdo los trabajos de Dilthey, Rickert, Becher, Tillich y Rothacker) han de entenderse como intentos de llegar por este camino a una mejor comprensión del *contenido esencial* de las distintas ciencias. Aquí, como en cada ciencia particular, por tanto también en la sistematización jurídico-científica, puede observarse una acción recíproca: si se quiere sistematizar rectamente, tiene que haberse conocido la naturaleza del objeto clasificable; pero la propia clasificación sistemática facilita la comprensión de cada naturaleza.

Lo que en ningún caso es lícito es arrojar el sistema al Derecho como una red en la que se extinga el movimiento. Con ello llegamos al final a un punto que —por cierto también como consecuencia del contacto más intenso con el ámbito jurídico angloamericano— ha incidido más que antes en el campo visual. La peculiar inclinación al pensamiento sistemático en el ámbito jurídico europeo continental, ¿no está sólo muy condicionalmente justificada? ¿No existe *oposición entre método sistemático y no sistemático* del pensamiento jurídico? En su discurso rectoral en Frankfurt del año 1935, Coing puso de manifiesto esta oposición. Cito algunas frases relevantes: «Los partidarios del sistema presuponen una conexión interna de las normas jurídicas... A este respecto se acepta, por lo general, que entre las normas jurídicas existe una conexión derivativa, que, por tanto, la regla individual procede lógicamente de ciertos otros principios más generales... Frente a esto, los empíricos niegan que exista una tal conexión interna, jurídico-interna, entre las reglas jurídicas individuales, o que sea cognoscible por nosotros. Para ellos el Derecho es más bien una suma de reglas históricas, y esto quiere decir... más o menos casualmente configuradas...». «Si para el sistemático está en primer plano lo general, el empírico persigue ante todo la meta de hacer justicia libérrimamente a lo individual». El sistemático clasifica cada norma jurídica y cada caso individual en el sistema; el empírico enjuicia cada caso según la situación de las circunstancias particulares «en base a su propio sentimiento jurídico». El sistemático aspira a «exponer la totalidad del Derecho en leyes extensas (es decir, codificaciones)»; el empírico aspira a la regulación individual. El sistemático piensa en la «seguridad jurídica» y en la «igualdad jurídica»; el empírico piensa en la resolución justa del caso individual (96).

Hasta qué punto es acertada la caracterización del pensamiento jurídico en las declaraciones de Coing, se deduce de nuestras anteriores argumentos y por ello no necesita una discusión más

(96) COING, *Systemgedanke*, p. 28 s.; cfr. también ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cap. VII.

amplia. Obviamente esas declaraciones se refieren preferentemente al pensamiento sistemático como tal en el orden jurídico. Pero podría ser aconsejable hacer unas pocas observaciones sobre el proceder «empírico». Creo que tampoco aquí se debe pasar por alto la idea de sistema. También un orden jurídico «empírico», que sigue tanteando de caso en caso y de regulación individual en regulación individual, crece según principios inmanentes, que en conjunto originan un sistema interno, que es comprensible y exponible científicamente. Sólo que aquí todo se lleva a cabo menos consciente y racionalmente, más bien en cierto modo «orgánicamente». Por eso mismo es más acertado lo que hace Esser al caracterizar la oposición mencionada por Coing como la de un sistema «axiomático-cerrado» y un sistema «problemático-abierto».

Siempre que hayamos de vérnoslas con un verdadero *orden* jurídico y que hayamos de dominarlo mentalmente, la idea de sistema es irrenunciable. Por eso concluye también Coing su discurso con un reconocimiento del sistema. El dice que no cree «que la Jurisprudencia... pueda abandonar jamás la idea de sistema. No puede tomar las innumerables normas jurídicas individuales simplemente como hechos inderivables; tiene que buscar su conexión interna... Que una estructura racional, captable por el pensamiento, domina el mundo espiritual y material, es la irrenunciable hipótesis fundamental de toda ciencia» (97).

BIBLIOGRAFIA (*)

Para la literatura filosófica remito únicamente a las referencias de EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 4.^a ed., t. III, artículo «System».

Por parte de los juristas anteriormente se tuvieron muy en cuenta en especial las referencias de SIGWART, *Logik*, t. II (4. ed., 1911, § 103, p. 729 ss.).

De las investigaciones jurídico-científicas sobre la idea de sistema son de tener en cuenta especialmente las siguientes:

RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903.

— *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, Frank-Festgabe, I, 1930, p. 158 ss.

LISTZ, F. v., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, p. 214 ss.

STAMMLER, R., *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, p. 364 ss.

— *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, §§ 133 ss.

BAUMGARTEN, A., *Die Wissenschaft vom Recht*, t. I, 1920, p. 344 ss.

BELING, E., *Methodik der Gesetzgebung*, 1922.

(97) COING, *Systemgedanke*, p. 41.

(*) Reproducimos la bibliografía por el mismo orden que la cita Engisch, estimando que se guía por el criterio de la importancia que atribuye a cada obra; ponerla en orden alfabético sería más lógico, pero dejaría a un lado las razones del autor para elegir su orden; tampoco completamos su cita, salvo cuando creemos que es muy incompleta y esto pudiera inducir a error.

- VERDROSS, A., *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, 1923, particularmente p. 47 ss.
- BINDER, J., *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 921 ss.
- ZIMMERL, L., *Der Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.
— *Strafrechtliche Arbeitmethode de lege ferenda*, 1931.
- HIPPEL, F. v., *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*, 1930.
- HEGLER, A., *Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechts*, Tübinger Festgabe, 1931, p. 216 ss.
- HECK, Ph., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, p. 139 ss.
- ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935.
- BURCKHARDT, W., *Methode und System des Rechts*, 1936, p. 121 ss.
- SAUER, W., *Juristische Methodenlehre*, 1940, p. 171 ss.
— *System der Rechts- und Sozialphilosophie*, 2. ed., 1949, p. 254 ss.
- NAWIASKY, H., *Allgemeine Rechtslehre*, 2. ed., 1984, p. 264 ss.
- WILBURG, W., *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950.
- HARLEN, H., *Über die Begründung eines Systems, zum Beispiel des Rechts*, ARSP, 39, 1951, 477 ss.
- VIEHWEG, T., *Topik und Jurisprudenz*, 1953.
- EMGE, A., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1955, p. 378 ss.
- COING, H., *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens*, Frankfurter Universitätsrede, 1956.
- ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, 1956.

Para la historia, además de Coing:

- SCHWARZ, A. B., ZSavignySt. Rom. Abt., 42, 1921, p. 578 ss.
- SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, p. 36. ss.
- EICHLER, H., *Wandlungen im System des Privatrechts*, Deutsche Rechtswissenschaft, I, 1936, núm. 3.
- WIEAKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952 (v. Indice de materias, bajo la voz «sistema»).

La interpretación

Por JOSEF ESSER

Tubinga

Traducción de MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

NOTA PRELIMINAR

El texto de J. Esser sobre la interpretación en el Derecho, que aquí ofrecemos en traducción directa del original alemán, corresponde íntegramente al capítulo V de su libro Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Precomprensión y elección de método en el hallazgo del Derecho aplicable), publicado en 1970 (Frankfurt a. M., Athenäum). Se trata de un libro que fue resultado de un seminario dictado en la Universidad de Tubinga en el semestre de verano de 1969 sobre «el método jurídico de la praxis judicial». Su tema central es, por tanto, la metodología de la praxis judicial, o, como reza el subtítulo del libro, «las garantías de racionalidad de las decisiones judiciales».

En el desarrollo de este tema central Esser trata en los cuatro primeros capítulos, y por este orden: del Derecho como programa ordenador de la vida social, de su conocimiento y del deber de obedecerlo; del objeto correspondiente a la labor de hallazgo del Derecho aplicable; de la aplicación del Derecho y el proceso de subsunción; y de la comprensión de la ley y el hallazgo del Derecho aplicable «a partir de la ley». Después del capítulo dedicado al tema de la interpretación, Esser se ocupa en otros cuatro capítulos de la convicción de rectitud del juez, del camino a seguir para el desarrollo del Derecho, de la libertad y la vinculación del juez en el proceso de hallazgo del Derecho aplicable, y, por último, de la teoría del sistema y la problemática del consenso. Como es obvio, el texto de este capítulo sobre la interpretación no puede ni debe ser separado de este conjunto al que pertenece. Lo cual no implica que no sea un gran acierto de la dirección del «Anuario» haberlo elegido para ser publicado en este número en espera de que algún día se traduzca todo el libro, hecho que prestaría un gran servicio a nuestra práctica judicial, tan necesitada de libros como éste.

Al ser esta obra resultado de un seminario o curso monográfico profesado por el autor ante un público altamente especializado, y preferentemente de un público dedicado, o por lo menos orientado, a la carrera judicial, su redacción no siempre es tan cuidada como la de una obra expresamente preparada y escrita para ser publicada, cual ocurre, por ejemplo, con la obra fundamental de Esser *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Principio y norma en el desarrollo judicial del Derecho privado). Este hecho constituye sin duda la primera dificultad, y por cierto no pequeña, con que se encuentra el traductor, como advierten ya los traductores italianos del libro, quienes además subrayan con razón el complicado léxico utilizado por el autor. Y es que Esser recurre aquí por lo menos a cuatro tipos de lenguaje, que a veces es fácil diferenciar, pero que otras veces no lo es tanto, porque se entrecruzan y mezclan con pasmosa y sinuosa complejidad, pudiendo inducir a equívocos al lector no familiarizado con estos cambios de terminología; esto seguramente no ocurriría con los destinatarios directos del curso monográfico que dio origen al libro, pues se entrevé que esto precisamente pudo haber sido uno de los principales alicientes de su notable éxito. Estos cuatro tipos de lenguaje son, por orden de frecuencia, y si se quiere también de importancia, los siguientes: en primer lugar el lenguaje jurídico tradicional, tanto de la doctrina como de la práctica jurídicas germanas; en segundo lugar el lenguaje de la Sociología, particularmente de la Teoría del conocimiento social, que, como es sabido, constituye una de las preferencias o «debilidades» del jurista Esser; en tercer lugar el lenguaje de la Hermenéutica moderna al estilo de H. G. Gadamer y sus continuadores; y, en cuarto lugar, al lenguaje de la Teoría del sistema en la versión de N. Luhmann, al que cabe añadir el recurso no infrecuente al lenguaje de los «ordenadores», con sus rótulos informatizados. Naturalmente que el traductor, si quiere reproducir en su pureza original el pensamiento del autor, ha de tener muy en cuenta estas peculiaridades y hacer un esfuerzo por mantenerlas en su propio idioma, si éste se lo permite y dispone de términos adecuados para ello, cosa que nadie podrá negar a nuestro idioma.

He tenido muy en cuenta en mi trabajo la traducción italiana, ya mentada, del libro de Esser, hecha por los juristas S. Patti y G. Zaccaria, con el título *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto* (Napoli, 1983), quienes, a pesar de su excelente labor, no siempre parecen advertir los diversos juegos de lenguaje utilizados por el autor, que condicionan radicalmente la elección de los términos.

Sólo algunas indicaciones sobre algún que otro término. La primera y principal se refiere al término clave «*Rechtsfindung*», que, después de no pocas dudas y consultas, traduzco por «hallazgo del Derecho aplicable», como el mismo Esser indica al utilizar

ciertos giros que expresan el mismo concepto u otras palabras que considera sinónimas. Es equivocado traducirlo por «creación del Derecho», como se ha hecho con frecuencia; el mismo Esser, al igual que Larenz y otros más próximos a su postura doctrinal, distingue claramente «Rechtsschöpfung», con su sinónimo «Rechtsschaffung» (creación del Derecho), y «Rechtsfindung»; tampoco me parece acertado traducirlo por «proceso de individualización del Derecho», como hacen los traductores italianos, pues la individualización es un concepto mucho más reducido. En segundo lugar me he decidido a traducir «Rückinformation» por «retroinformación», en vez de por «información previa», como en un principio había optado; en cambio, prefiero traducir «Rückbindung» por «vinculación previa» o «previa vinculación», en vez de por «retrovinculación», que sería más exacto; la razón es que las citadas expresiones cuadran perfectamente en el contexto y son más inteligibles por los juristas, a los que en definitiva va dirigido el texto. Por último traduzco los términos sinónimos «Nachvollziehung» y «Nachvollzug» por «repetición», por ser ésta una palabra que se utiliza en Sociología con traducción ya aceptada y estimo que muy acertada; jurídicamente pudiera parecer más clara la palabra «reproducción» (del hecho, del concepto), pero aquí me parece menos adecuada.

Estos tres ejemplos son una muestra evidente de lo difícil que es a veces traducir fielmente textos alemanes. Desde siempre he tenido presentes las agudas observaciones del ilustre penalista y amigo, cuya memoria y cuyo recuerdo ennoblece a todos los que de su saber se beneficiaron, el prof. A. Quintano Ripollés, quien, refiriéndose a las peculiaridades del idioma alemán, advierte: «Permite éste, y de ello usan y abusan no pocos tratadistas, la construcción de expresiones que, por la añadidura de prefijos y sufijos, pueden ocasionar sustanciales alteraciones en su prístino significado. Los neologismos nacen y mueren en Alemania con una facilidad que desafía todo ensayo de rigurosa catalogación. Por otra parte, y ésta es otra de las prevenciones a tener en cuenta, la terminología científica alemana es frecuentemente objeto de la más dispar apreciación en las diferentes escuelas y aun en los distintos autores». (Cfr. Diccionario de Derecho comparado, alemán-español [Madrid, Rev. Der. Priv., 1951], p. XV). Lo que en modo alguno cabe exigir al traductor es que convierta en fácil un texto cuyo autor eligió la vía difícil al redactarlo, a no ser que se proceda con mala fe, y esto en una parcela del saber tan reducida y necesitada de apoyos como la Filosofía del Derecho. ¡Como si todo lo que se escribe originalmente en el propio idioma fuera tan elegante por lo sencillo como la prosa de Azorín! ¡O como si fuera muy encomiable la pericia de traducir cierta expresión italiana por «aquél de...», «aquéllo de...» o «aquélla de...». Aunque tampoco se debe pedir demasiado a quienes se atreven a censurar como erróneos los juicios del prof. F. González Vicén sobre el

formalismo y positivismo jurídicos decimonónicos, que tantos senderos luminosos mostraron a quienes luego hubimos de transitar por los mismos parajes.

He notado en el texto original algunas erratas, como la de «Naturale» por «Neutrale», amén de otras de mero error gramatical, que he procurado subsanar en la traducción. M. R. M.

1. RACIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD

El campo de fuerzas de la disputa sobre las posibilidades y vías para la racionalización del hallazgo del Derecho aplicable, en el sentido de exteriorización no subjetiva tanto de la opinión como de la voluntad, es la interpretación. Esta, como vía para comprender y hacer comprensibles normas previamente dadas, pero no aplicables mecánicamente, es la esperanza que por doquier se tiene —aunque en direcciones totalmente diferentes— en la posibilidad de hacer transparente y de racionalizar el proceso de aplicación del Derecho. La interpretación es también tema central tanto para aquéllos que consideran que la aplicación es sólo un problema de observancia de las normas y, en todo caso, de concreción con diversas fases, como para aquéllos que propugnan una comprensión menos jerárquica del proceso de hallazgo del Derecho aplicable, para la cual la norma surge conjuntamente del Poder legislativo y del Poder decisorio. En todo caso «la ley», como programación, no es clara o es incompleta en muchos aspectos y dependen de la *retroinformación obtenida del proceso de aplicación*.

En ambas concepciones la dogmática juega un papel clave. El pensamiento aplicativo tiene que poner en primer plano la conceptualidad como garante de la capacidad funcional del sistema. De ella únicamente depende la eficacia de las indicaciones y programaciones legales y, por cierto, no sólo semántica y constructivamente, sino también con miras a la necesaria impermeabilización de las posibilidades de decisión jurídica autónoma frente a expectativas sociales complejas; es decir, mediante el efecto de «absorción» de las expectativas de decisión, que jurídicamente tienen que ser defraudadas por necesidad. Por este motivo Luhmann (1) aboga por una aplicación puramente dogmática de la ley y ofrece la ayuda de la Sociología analítica funcional para una técnica interpretativa de tal índole, que posibilite liberarse de concepciones ligadas a la tradición, en beneficio de nuevas alternativas y de equivalentes funcionales de la

(1) *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AöR 91 (1969), p. 1 ss.

resolución dogmático-jurídica de los conflictos. Pero cabe preguntar si una Sociología, que no parte de presupuestos valorativos, puede en absoluto decir qué cosas pueden ser «equivalentes funcionales» de los intentos de solución hasta ahora existentes. La previa vinculación a metas ordenadoras sistemáticas, a comprensiones predogmáticas de los cometidos, se deja aquí al margen de manera ilógica —ilógica porque la retroinformación que se exige para la autonomía del sistema, no puede ser pensada sin que las concepciones de la «absorción» se hagan también efectivas en la obra legislativa y sin su diferenciación y modificación críticas—.

Para la concepción opuesta, a saber, la de la responsabilidad de la decisión en el proceso de hallar el Derecho aplicable, el sistema, mediante su dogmática, es «autónomo» sólo provisoria y heurísticamente en el sentido de reducción selectiva de la complejidad. El jurista, a quien no están «prohibidas» las miradas entre bastidores» (2) de la decisión político-jurídica, sino que precisamente le están encomendadas, está obligado, por una parte, a aprovechar el alto grado de abstracción de la formación de los conceptos jurídicos y de su dogmática; pero, por otra parte, en su comprensión de la confrontación del caso concreto con la norma, está obligado a no reducirla a lo formal, sino a hacerla valorativamente fecunda. Tampoco para esta concepción de la responsabilidad del hallazgo del Derecho aplicable está excluido el peligro de un pensamiento jurídico instrumental, es decir, en tanto siga siendo ficticia la dirección de aquel control político-jurídico, ya sea por apelar a la «fidelidad a la ley» o por «salvaguardar una razón suprapersonal», ya sea por sumisión ideológica al programa político respectivo. En ambos casos la «interpretación ilimitada» hecha posible por un modo tal de hallazgo del Derecho aplicable, no controlado racionalmente, puede conducir a una deformación de la meta e incluso a una total perversión del Derecho y de sus propios presupuestos como Derecho (3). La utilidad de esta concepción amplificadora de la interpretación depende, en consecuencia, de que se indiquen las vinculaciones racionales de la precomprensión judicial a postulados de justicia no manipulables. En caso contrario, toda teoría que abogue por una interpretación objetiva y no encadenada a la voluntad del legislador, se ganaría el reproche de desencadenar el pensamiento jurídico instrumental.

En el curso de nuestras reflexiones han aparecido testimonios suficientes a favor de la necesidad y de la ubicuidad de un recurso judicial a criterios de justicia compatibles con el sistema, un recurso que está libre de apelar tanto a dogmas supuestamente irrefutables como a un desenvolvimiento histórico del contenido

(2) N. LUHMANN, o. c., p. 17.

(3) Sobre ello BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1968.

del precepto hipotéticamente legitimado por el espíritu de la época. Este punto de vista crítico respecto al enjuiciamiento de la rectitud de una concepción jurídica se fundamenta en la situación mediadora, entre la norma y el conflicto social, de quien aplica el Derecho. La cual postula, frente a ambos horizontes, un acto de interpretación objetiva. El intérprete tiene que hallar el Derecho con la ayuda de modelos de orden, que no son comprensibles como mandatos, sino como encargos de actualización de un fin normativo, sobre todo de un fin normativo que puede estar previamente vinculado a, e incluido en, un sinnúmero de otras referencias regulativas actuales. Con este significado, el objeto propio de los esfuerzos interpretativos lo constituye una *ratio legis*, que quien aplica el Derecho no sólo «comprende mejor» que el legislador histórico, sino que además sólo ella hace racional y comprensible en absoluto el contenido histórico de la norma (4). Por consiguiente, en este hacer comprensible y hacer comprender, entendidos como justificación del contenido normativo, existe un recurso tanto a la racionalidad ahistórica del texto como también al consenso sobre la racionalidad entre las ideas valorativas de quien aplica el Derecho y las de los destinatarios del Derecho.

El recurso a un tal consenso es algo esencial al acto interpretativo, que tiene que hacer convincente el texto y la idea regulativa de él inferida y, por cierto, incluso cuando un tal consenso entre los destinatarios de la norma y el legislador histórico no exista en absoluto hasta entonces. El plano común a los destinatarios de la norma, que, partiendo de máximas de racionalidad reconocida con todos sus prejuicios coetáneos, es responsable de problemas de verdad incluso más allá del círculo histórico y en el marco de un pensamiento valorativo temporalmente condicionado, es el núcleo de la denominada precomprensión. Esta puede ser entendida en principio como completamente no problemática, en el sentido de una manera generalmente accesible de concebir la necesidad de regulación y las alternativas de regulación, pero sobre todo la tendencia de solución legalmente «prevista» de manera clara, la denominada *ratio legis*. Mas tal precomprensión puede devenir problemática tan pronto como la situación del caso muestre el carácter cuestionable de la meta inequívoca fijada y su inclusión en estructuras sistemáticas más amplias de las que originalmente se habían manifestado. Otros elementos de la precomprensión pueden luego surgir, para un planteamiento más diferenciado, de la posibilidad de contemplar todos los elementos lingüísticos y sociológicos, en especial de prestar atención a criterios que sólo tienen relevancia en posibilidades alternativas de solución.

Con esto, sin embargo, no desaparece la necesidad de proceder con energía, trascendiendo la comprensión de la ley, a la com-

(4) Sobre ello *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), p. 257 ss.

preensión del Derecho. La precomprensión técnica deviene problemática si se examina la «utilidad» de la concepción dogmático-jurídica en cualquier situación de duda o de decisión y se guía selectivamente (aunque no directamente de modo finalista) la posibilidad de interpretación en el momento de elegir los criterios de interpretación. En este primer y más importante grado de la tarea interpretativa y constructiva, los conflictos de intereses en modo alguno aparecen ya claramente reducidos a aquellas características de la racionalidad sistemática que en cierto modo, por necesidad y por consecuencia lógica, exigen o al menos posibilitan una «absorción» de las características accesorias (es decir, jurídicamente irrelevantes) del conflicto.

Las expectativas de protección jurídica no son absorbidas en una determinada amplitud por ambos lados por parte de la mera situación legal y por parte de los eventuales precedentes; esto tampoco podría en modo alguno suceder mediante una programación general en modelos de regulación, sino, en todo caso, mediante la estabilidad de una jurisprudencia invariable. Ahora bien, no existe ningún orden de precedentes que no se haya evidenciado como continuamente variable y que precisamente, por aceptar que sus criterios de justicia sean examinados de nuevo a la vista del caso, no deje entrever su variabilidad. El estar dispuesto a relajar de modo razonable la rigidez de un programa de precedentes y del sistema, a acomodarla a la expectativa jurídica mediante una mayor diferenciación y, dado el caso, una mejor comprensión de las metas propuestas, es precisamente la condición de toda confianza en la Justicia. Por esto el control de rectitud, que acompaña al pensamiento constructivo e interpretativo en el hallazgo del Derecho aplicable (aunque sólo sea como prueba de garantía del Derecho del caso), no es algo neutral, sino algo esencial a la interpretación; es más, es su núcleo racional, aunque la interpretación sólo quisiera considerarse a sí misma racional en su parte técnico-dogmática.

La comprobación crítico-objetiva es racional a pesar de que su fundamento, en principio no desvelado, sea la precomprensión, puesto que sólo ella en realidad somete a prueba a la *ratio legis*. No es el denominado método, sino justamente ese control de rectitud quien asegura a la interpretación su rango jurídico-objetivo frente a tentaciones políticas e ideológicas de abuso instrumental de la norma. La finalidad de los actos interpretativos de ningún modo es un puente para la perversión del Derecho; esto lo es más bien la pretendida libertad valorativa de los métodos jurídicos y de la lógica tradicional, que reiteradamente, por cierto, ha jugado con éxito ese papel político. *La presunta libertad valorativa del pensamiento jurídico es necesariamente más proclive a la ideología que la libertad del juez al valorar, la libertad de valoración que tiene que justificar el resultado o hacerlo plausible. A ello se añade la previa vinculación a cuestiones de posibilidades y*

consecuencias lógico-objetivas, a cuestiones de retroactividad en situaciones problemáticas similares; es más, a ideas jurídicas que están muy lejanas, vinculación que hace aquí más eficiente el control que la supuesta deducibilidad lógico-conceptual. El criterio de una potencial regulación futura y la referencia a la «doctrina y práctica probadas», ha sido también reconocido, con razón, por el legislador suizo como la garantía más segura de continuidad y de autocontrol del sistema jurídico.

La consideración atenta del objeto de trabajo, con su necesidad de comprensión, es lo que determina el estar dispuesto a una práctica interpretativa, a orientarse por puntos de vista racionales. Esto no sólo es aplicable a las muy diferentes opiniones sobre lo que es Derecho vigente y que, por tanto, necesita interpretación y es susceptible de interpretación, es decir, lo que en definitiva pertenece o no pertenece al sistema de normas positivas, sino también a la idea que se tiene de los planos en que este Derecho será accesible a la interpretación. En el caso concreto esto puede ser el plano del lenguaje normativo legal, pero también el plano de la dogmática, que determina el lenguaje normativo. En todo caso, el medio en que la interpretación se lleva a cabo es un lenguaje, y esto tiene que ser decisivo para el tratamiento de la precomprensión. El lenguaje jurídico dogmático se proyectará, por cierto, también en el plano del lenguaje convencional, pero calificado conceptualmente de manera que su contenido normativo no se adapta sin actos de valoración a las exigencias del primero y a la idea del entorno. Esto ocurre en el plano de las normas jurídicas fundamentales o en el plano de los precedentes. Aquí la forma de expresión está menos dogmatizada, y ésta es juntamente una de las razones de por qué la jurisprudencia judicial moderna se refiere a *ambos* planos cuando deben ser explicados los controles de rectitud y los argumentos de convicción.

Tampoco el legislador puede dogmatizar su lenguaje sin ninguna consideración y tiene que someterse a la posibilidad de una comprensión congruente en el lenguaje usual. En esto se basa la importancia de los actos de interpretación en el caso de palabras y de conceptos normativamente relevantes para la explicación y comprensión de una norma. En qué medida estas ideas valorativas son introducidas en el Derecho vigente por quien aplica la norma, es algo que sólo puede comprobarse examinando la respectiva conformidad entre el lenguaje legal y el convencional. Pero de aquí depende también que el proceso interpretativo sea transparente y convincente. Incluso cuando, por parte del objeto, se hace necesaria una nueva comprensión que trascienda la mera interpretación, tiene que quedar patente la congruencia de esta nueva comprensión con la intención reguladora que en general sirvió de base a la norma. También esto exige el recurso al lenguaje de los principios, de las máximas y de las ideas generales

del Derecho, que en la forma de pensar dogmática no tienen vigencia plena.

En realidad ninguna interpretación utiliza sólo el lenguaje técnico-jurídico, del mismo modo que tampoco es posible reducir éste al plano del lenguaje legal. La idea de que, tanto la interpretación jurídica como la interpretación filosófica, están restringidas a determinadas relaciones gramaticales, lógicas y sistemáticas del texto legal, sólo ha cundido en un determinado círculo de la dogmática ideológico-legal. No responde a la evolución histórica del pensamiento interpretativo jurídico (5), sino que representa aquella perspectiva de la ideología legal que estaba concentrada en, y reducida a, la «voluntad» del legislador. Sólo ella ha creado la problemática aparente de un juzgar *contra legem* o *praeter legem*, del que no se sabía hasta qué punto debía ser entendido como interpretación o como «desarrollo» del Derecho (6).

Cualquiera que sea la estructura en que se represente el proveer de reglas ordenadoras —la denominada materia jurídica—, se trata siempre de una captación y exposición «comprensivas» de las ideas ordenadoras que cargan de significado normativo esa materia. Se puede al respecto, en un lenguaje ligado al objeto, hablar del «significado» de las directrices expresadas, si sólo se ve que no existen características del significado exentas de valoración; se puede también, con la terminología usual entre nosotros, hablar del sentido de la regulación, si sólo se constata que en el acto de la comprensión no es posible captar el sentido sin dar un sentido. Tampoco partiendo del pensamiento aplicativo puede determinarse lo vinculante de la directriz sin la concepción ordenadora constitutiva de quien aplica el Derecho, para no hablar de una comprensión de la creación normativa en varios grados de decisión.

Esta última imagen esclarece completamente la responsabilidad de quien aplica el Derecho; por aplicación del Derecho no puede entenderse otra cosa que cumplir un encargo regulativo dado por el Derecho, comprendiendo el alcance y la idea regulativa del modelo disponible, pero también teniendo conocimiento de la autonomía que en la vinculación se concede al juez. A su comprensión pertenece, por tanto, no sólo interpretar el contenido del modelo de regulación, sino también comprender el encargo conferido a su rol judicial. Ambas cosas se implican. La pregunta

(5) Sobre ello LUTZ GELDSETZER, o. c. [en su introducción a la edición de THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, 1966], especialmente p. XV ss.; fundamentalmente también ARTHUR KAUFMANN, o. c. [*Analogie und Natur der Sache*, 1965], p. 14.

(6) Cfr. sobre las diferencias no delimitables entre interpretación, integración de lagunas y desarrollo [del Derecho], a lo que volveremos a referirnos posteriormente, LARENZ, o. c. [*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1969], p. 243 s., 260; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, p. 23, y KRIELE, o. c. [*Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 1967], p. 221.

sobre el contenido regulativo de directrices dadas, no puede contestarse sin tener clara la relación mutua de varias directrices, y, con ello, acerca del rol de quien aplica el Derecho en cuanto autorizado a decidir sobre las prioridades y las conexiones.

Esto será aún más claro cuando la responsabilidad se refiere a la relación de varias directrices en su aspecto temporal, cuando sea necesario trasladar regulaciones históricas a situaciones y necesidades que se presentan en forma nueva. La idea de que sólo existe un conocimiento racional de los textos y su significado, que simplemente «cuadra» o «no cuadra» con el conflicto regulativo, es aquí definitivamente reducida «ad absurdum». La comprensión abarca aquí las situaciones de conflicto históricas y actuales, así como la libertad de transformar las ideas de solución de acuerdo con la problemática del momento. Lo que constituye precisamente el objeto del juicio interpretativo es si una solución «cuadra» y por qué precisamente se supone que «cuadra» esa y no otra alternativa, es decir, cuáles son, bajo este o aquel aspecto, los presupuestos de la interpretación. Comprender no es un simple conocer que algo «es así», sino conocer el fundamento y el sentido de este «ser así». Cuando el jurista intenta captar, más allá de la objetividad de las reglas formuladas, el fundamento determinante del ser así, está ya interpretando.

La comprensión comienza aquí con el conocimiento del fundamento de una regla, que pone de manifiesto su significado en el plano histórico, pero que no termina ahí. Pues la existencia y el contenido de una norma no se identifican con aquel fundamento existencial histórico, que refleja lo que viene dado por la conciencia de aquel tiempo o de quien entonces aplicó el Derecho, es decir, no es el significado ordenador en sentido actual. Por tanto, la interpretación de textos regulativos transmitidos históricamente no ha de cargarse al método histórico, que no puede simplemente proporcionar el sentido del encargo ordenador para el presente. En un tal encargo no se trata de la exteriorización histórico-cultural de creaciones en una conciencia histórica, sino de la positivación de un instrumento ordenador para tareas actuales. Pero esta positivación ya no es comprobable en la formulación históricamente establecida, como si ésta pudiera en cierto modo abarcar necesidades ordenadoras futuras (7). El llevar consigo no

(7) Así, sin embargo, EDMUND HUSSERL, en la afirmación citada por LARENZ, *Methodenlehre*, p. 227, la ley acompaña, «por así decirlo, al tiempo». [La cita que hace aquí J. ESSER no corresponde en modo alguno a EDMUND HUSSERL, sino a su hijo GERHART, jurista, en su obra *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays* (Frankfurt a. M. 1964), p. 23, siendo la frase completa: «Die Zeit steht nicht still, und die Rechtsnorm geht sozusagen mit», por mí traducida en la versión de la 4.ª edición de la obra de LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980) así: «El tiempo no está quieto y la norma jurídica, por así decir, le acompaña». Si bien ESSER utiliza la segunda edición de la obra de LARENZ, la cita coincide, aunque ahora haya cambiado de lugar, según hemos comprobado minuciosamente. *Nota del traductor*].

tiene aquí lugar por medio de actos del espíritu de una época histórica, sino por medio del intérprete. La ley depende de estos actos del llevar consigo en la comprensión de la época. La responsabilidad autónoma de quien aplica el Derecho de establecer, más allá de la reconstrucción histórico-cultural, un orden actual en el sentido de encargo regulativo, sólo es ocultado por concepciones organicistas o *idealistas* (8).

La responsabilidad del intérprete comienza con su preenjuiciamiento de la situación de hecho y de Derecho en relación con la *posible* problemática. No debe olvidarse que la propia posición del interrogador ante el texto predetermina ya las posibilidades de la interpretación. Si la interpretación trata de un hacer inteligible lo que sin ella no «está claro», su aportación depende obviamente de lo que el intérprete, conforme a su representación coetánea, considere claro y manifiesto. Pero la posición del interrogador ante el texto está a su vez también prejuzgada por su proximidad al texto, por lo que él espera aquí y por lo que no espera, es decir, por su horizonte histórico-social. Ni siquiera una supuesta interpretación autárquica del texto puede ser realizada aislada de estos elementos hermenéuticos de precomprensión. Esto significa el reconocimiento de anticipaciones de expectativas relativas al proceso de interpretación (9).

Sin embargo, antes de que sean apreciadas todas las posibilidades del proceso de aplicación del Derecho *qua* interpretación, condicionadas por el círculo de «aplicación y precomprensión», que permiten realzar la explicación de la actualización de una *ratio legis* no garantizada por el puro texto (10), es preciso esclarecer de qué modo puede ser dirigida en absoluto, dentro de un sistema jurídico positivo, tal finalidad de interrogar y tener expectativas. Esa dirección puede tener lugar aquí no sólo por medio de preguntas programáticas, como «¿a dónde conduciría si...?»; con otras palabras, puede no consistir sólo en un esclarecimiento convencionalmente accesible de la rectitud jurídico-racional (11). Tampoco pueden jugar un papel sólo consideraciones racionales sobre la regulabilidad o la capacidad de regulabilidad de los criterios de decisión —aunque todas estas reflexiones distinguen al pensamiento jurídico—. Más bien aquí tiene que actuar una previa vinculación a intereses, es decir, a expectativas, y a las correspondientes preguntas al sistema jurídico. El jurista no con-

(8) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 254; también EMILIO BETTI, en *Festschrift für Rabel*, 1954, t. II, espec. p. 79 ss., 112 ss., 138 ss.

(9) Así ya BETTI, l. c.; básicamente su *Teoría generale della interpretazione*, 1955 (en trad. alemana —abreviada!—, Tübingen, 1967), espec. t. II, p. 93 ss.; sobre ello, con nuevo planteamiento de la cuestión, M. KRIELE, o. c., p. 161 s., con apreciación crítica de la Hermenéutica moderna.

(10) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 175.; también H. COING, o. c. [*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2. ed., 1969], p. 328 ss.

(11) Así, sin embargo, M. KRIELE, o. c., con su acentuación de las evidencias racionales últimas.

sulta a su materia ordenadora siguiendo el esquema de un interrogatorio neutral; él comprende ya estas expectativas teniendo en cuenta el índice de los intereses de su época y de su sociedad, que le sirven de compás para la rectitud de su interrogatorio; él tampoco se contenta, en modo alguno, con un interrogatorio filosófico, que en manera alguna satisface ese índice. Pero, a este respecto, tampoco debe ignorarse que él, dentro del proceso interrogatorio, tanto en cuanto al contenido como «lógicamente», es decir, metodológicamente, es guiado por la idea de la autoridad vinculante del Derecho. Esta remite a los factores positivizantes que caracterizan el modelo de regulación: el fin de la regulación, que históricamente se ha depositado aquí, pero que dogmáticamente todavía se puede generalizar, modificar o restringir; y remite también a las autoridades en la doctrina y en la práctica, en la dogmática y en la casuística, determinantes de este proceso de actualización, como fuerzas configuradoras del Derecho «vigente».

En la terminología hoy corriente llamamos a esta preocupación por el sentido por parte de quien aplica el Derecho «interpretación dogmática», en contraposición a un interrogatorio libre de autoridad, en el sentido de un interés interpretativo teórico, metajurídico y científico. También un interés interpretativo metajurídico está sujeto a las legalidades de las perspectivas, del círculo y de los límites hermenéuticos. Tampoco aquí será relevante la investigación de los motivos, sino la averiguación del sentido en base a la obra objetivada. Y esta formulación muestra ya que, sin una anticipación de posibilidades de sentido y, por tanto, sin la experiencia social, técnica, histórica, en una palabra, actual, del intérprete, no es pensable desvelar el sentido. En esta dificultad del interrogatorio a una creación, y no a un creador, respecto a los fines propuestos, *hic et nunc* comprensibles, la Hermenéutica investigadora («zetética») se encuentra con la Hermenéutica dogmática. Aquélla comparte también con ésta la dificultad de un interrogatorio histórico como enjuiciamiento de un horizonte extraño, presuntamente no influenciado por la situación del interrogador y, por tanto, objetivo. Para el historiador del Derecho está contenido aquí todo el círculo hermenéutico de la comprensión histórica, que está tentado a trasladar la «función» de instituciones jurídicas pretéritas a una perspectiva racional, la cual otorga enfoques más modernos al proceso históricamente real.

Hay, sin embargo, otras dificultades con las que se encuentra la interpretación *dogmática*. Se trata aquí de la tarea de dirección de acuerdo con un modelo de decisión y de acción, tarea que en modo alguno es determinada por intereses teóricos de investigación, sino por intereses de acción y de decisión valorativamente responsables. A causa de esta finalidad normativa de la interpretación, en la Ilustración se pensó en sustraer precisamen-

te a la praxis este planteamiento de cuestiones determinadas por la norma y de respuestas del intérprete, y trasladarlos a ciertos órganos políticos de interpretación competentes. Un tal procedimiento, cual correspondía al Estado autoritario ilustrado, tritura, sin embargo, todas las relaciones de control entre la situación del caso y la razón interpretadora. En la tradición continental se impuso otro control de las tendencias de interpretación normativas: la objetivación de las reglas de interpretación y la dogmatización del método. Desde la Recepción es característico de nuestra Jurisprudencia haber conservado para el juez, al convertir los métodos de interpretación en reglas técnicas consideradas vinculantes, la libertad frente a instancias políticas de interpretación (12). La reflexión metodológica sobre los denominados «principios del hallazgo del Derecho aplicable», ha posibilitado y mantenido la autonomía de la Justicia en el enjuiciamiento de métodos correctos e incorrectos de hallar el Derecho aplicable. Su expresión práctica es todavía hoy la revisabilidad de las sentencias a las que subyace una violación comprobable de las normas fundamentales, debido a «aplicación incorrecta de la ley».

2. CANON DE METODOS Y PLURALISMO METODICO

Después de todo lo dicho, es comprensible que una tal tradición tuviera que poner mucho cuidado en compaginar uno con otro cada uno de los métodos de interpretación según su rango y su radio de acción. El peso de esta tradición ha ahogado también, en amplia medida, las cuestiones objetivas y su tratamiento abierto. Todavía hoy se utilizan académicamente, en amplia medida, las categorías que son analizadas por Schleiermacher como «cánones» y por Savigny como «elementos» de la interpretación: la interpretación gramatical *qua* mediación del significado; la interpretación lógica (denominada por Savigny «sistemática», porque tiene en cuenta la «relación de cada una de las partes» entre sí); la interpretación histórica, que presta más atención a la *intentio legis* que a la *ratio* del presente; y, finalmente, la interpretación sistemática en el sentido moderno, como la conexión, no perceptible a primera vista en el texto, de todo el complejo regulativo y de sus instituciones, incluyendo además elementos de distinta índole y de diferente época en un *Corpus Iuris* unitario. En la Hermenéutica filosófica de Schleiermacher a Dilthey se asocian a los criterios de autonomía y unidad de la comprensión de la obra, los criterios de justicia objetiva y conexión objetiva como indicadores objetivos de significado. Frente a todos ellos aparecen luego extraños en el horizonte de la comprensión, no lógicamente,

(12) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 107 ss., bajo el epígrafe «Prinzipien der Rechtsfindung».

pero sí con necesidad práctica, los empeños de acceso genético-históricos (13).

Ahora bien, ya Savigny subrayó que estos «cuatro métodos» de ninguna manera han de valorarse aislándolos arbitrariamente, puesto que no representan clases, sino elementos de la interpretación, que pasan a primer plano según la problematicidad y la índole del texto. Por este motivo, la esperanza de poder presentar un catálogo gradual «del orden sucesorio de pasos de interpretación», está condenada al fracaso (14). Sólo son decisivas las directivas resultantes del rol del intérprete como mediador de la *ratio* de modelos de orden, que necesitan interpretación, para situaciones de acción y de conflicto, que necesitan orden. A las consideraciones que hay que hacer pertenece sin duda la relativa a la autonomía o independencia de los modelos de orden frente a la motivación histórica; además pertenece la consideración de la unidad necesaria de la obra ordenadora como un sistema jurídico que postula una tal unidad. En tercer lugar, pertenece a ellas toda consideración, necesaria en virtud de esa autonomía y unidad de la obra, de la génesis y del significado objetivo de cada modelo de orden en el contexto del sistema total (15).

Mas lo que hasta ahora no queda claro en estos elementos y criterios de interpretación correcta son las razones para decidir la importancia de cada uno de los criterios de interpretación, teleológico o gramatical, sistemático o también histórico, en el caso particular. Una ojeada a las sentencias recientes del Tribunal Supremo en materia civil, como yo me disponía a hacer en el Seminario citado en el Prólogo, atestigua una preferencia, aparentemente arbitraria, por uno u otro de los «métodos», o también por una, no mejor fundamentada, «combinación» de métodos (16).

(13) En lugar de repeticiones inútiles, baste remitir a la exposición panorámica de la doctrina de los elementos o cánones de la interpretación hecha por KRIELE, o. c., p. 41 ss. Respecto al marco histórico-filosófico cfr. HELMUT COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959, espec. p. 13 ss. COING, que resalta los elementos interpretativos jurídicos desde el trasfondo de la Hermenéutica general, subraya con acierto y por primera vez la importancia de los puntos de vista de la comparación o del comparar para los juristas (p. 17 y 19) y hace referencia al rango hermenéutico de la comparación de problemas. No obstante, ésta no actúa como «método» complementario de otros, sino como llave general para el control de rectitud, es más, para la elección de la argumentación y del método.

(14) Cfr. KRIELE, o. c., p. 85 ss. («El ideal de un catálogo de grados de interpretación»): «No existe ningún orden 'natural' del esquema interpretativo de interrogación», o. c., p. 88.

(15) De modo similar COING, *Rechtsphilosophie*, p. 313 ss., quien todavía subdivide estos últimos puntos de vista en genético-históricos y de significado objetivo.

(16) También COING señala que «lo característico de la situación en la Jurisprudencia... es que estos puntos de vista, si bien frecuentemente son defendidos con pureza monística desde la Cátedra, en la práctica aparecen todos juntos» (*Die juristischen Auslegungsmethoden*, p. 12).

Con tal pluralismo metódico, la «voluntad objetivizada del legislador expresada» en la ley, resulta «decisiva para la interpretación de un precepto legal». No obstante, sus medios no son específicos. Estos serán una combinación de todos los criterios que aquí se toman en consideración. «Los métodos de interpretación, que recíprocamente se complementan, basados en el tenor literal de la norma, en su conexión de sentido, así como en los materiales legales y en la historia de un génesis, tienen como finalidad conocer la voluntad objetivada del legislador. De la aplicación de estos métodos resulta aquí lo siguiente...» (17). Pero, por regla general, sólo se utilizará uno de estos «principios» constructivamente, o bien argumentando; los restantes cánones sólo se evocarán para «ponerlos en consonancia», o al menos ver «que no están en contradicción con eso» (18).

En casos extrañamente numerosos se atribuirá el peso decisivo a un único «método», sin ninguna fundamentación suficiente y partiendo abiertamente de un juicio anticipado de rectitud objetiva. Este puede ser también, dado el caso, el método «histórico», si en la discusión del asunto no se quieren aducir argumentos teleológicamente claros. Así ocurre que, posiblemente en la misma materia (limitación de precios), la Sala de defensa de la competencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) falla sin prestar atención alguna a las motivaciones legales; mientras que otra Sala, después de largos y controvertidos dictámenes, se atiene rigurosamente a la interpretación histórica (19). Así en un conflicto, que estaba claro desde el punto de vista político-jurídico, sobre la calificación de una explotación agrícola como «explotación industrial», en principio no se planteó en absoluto la cuestión del fin de las disposiciones sobre la prescripción aquí interpretables y fue sustituida por una sutil reflexión sobre el sentido literal y el significado de las palabras desde la perspectiva del tráfico comercial (20); en tanto que, en la conocida sentencia sobre la capacidad de ser parte procesal activa de los sindicatos, la teleología por sí sola hace saltar todas las cadenas del texto y de la dogmática (21). A la posición sistemática de la norma y a la historia de la institución puede corresponder en el caso particular una importancia decisiva (22). Pero, cuando y por qué ocurre esto, queda sin aclarar —a no ser que lo plausible del resultado, y con ello la finalidad de la elección del método, pueda valer como esclarecimiento—. Plausible, en todo caso, significa sólo comprensible desde una determinada valoración político-jurídica, ya se trate de cuestiones de concurrencia, de economía agraria, de contrato de tarifa o de cuestiones de entrega.

(17) BGHZ 49, 221 (223).

(18) BGHZ 49, 90 (94/95).

(19) BGHZ 28, 209 y 46, 74.

(20) BGHZ 33, 321.

(21) BGHZ 42, 210.

(22) Cfr. BVerfGE 18, 112 (116); BAG JZ 1968, 743.

En todo esto aparece claro que, para quien aplica el Derecho, en manera alguna se trata de una situación límite sino normal, que él haga su elección de método partiendo de un control teleológico de justicia del resultado desde el punto de vista de su aceptabilidad en un orden social dado (23). Así queda claro que de hecho, a pesar de todas las explicaciones metodológicas, apenas tenidas en cuenta por la práctica, sobre el rango y el radio de acción de cada uno de los esquemas de interpretación según cual sea la conveniencia de un elemento interpretativo reconocible oficialmente, se utilizan selectivamente características interpretativas históricas o gramaticales, sistemáticas o que reflejan el fin, de manera muy arbitraria, o al menos arbitraria en apariencia, es decir, determinadas por el resultado (24).

La cuestión sobre la admisibilidad de determinados puntos de vista o criterios de interpretación correcta se caracteriza, por tanto, no sólo por la posibilidad de elección en el sentido de optar entre varios métodos de interpretación, sino precisamente por una contradictoriedad o antinomia de esos postulados (25). Si una teoría exige prestar atención al sentido gramatical de las palabras, otra se fija en ciertas representaciones de los objetivos que el legislador o el intérprete atribuyen al respectivo modelo de orden. Si una exige prestar atención a la expresividad del sentido concreto de una solución, la otra se fija en la posición del modelo de orden dentro del sistema total. Si una exige tener en cuenta la historia de la génesis, la otra exige dejarla totalmente de lado en interés de una apreciación aceptable de la *ratio legis* «objetiva» (26).

Los postulados de objetividad, de determinación histórica del precepto y de repetición, son precisamente tan poco compatibles entre sí, como postular al mismo tiempo la máxima expresividad del fin y del sentido y de la compatibilidad garantizada con el sistema total (27). Por este motivo, he subrayado ya en otro lugar

(23) Cfr. ya *Grundsatz und Norm*, p. 112 ss., 123 ss., 176 ss., 257 ss.

(24) Respecto a la interpretación histórica, sorprendentemente practicada todavía con agrado, y la asimismo seguramente inesperada actualidad de los casos de interpretación gramatical, cfr. la exposición de THILO VOGEL, o. c. [*Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat*, E969], p. 35 ss. VOGEL parte de esta imagen, seguramente estremecedora, de la discrecionalidad en la preferencia de métodos, para tomar en serio tanto la teoría de la «insolubilidad» de la cuestión de la prioridad como también de la «discrecionalidad», sin indagar el fundamento del intercambio de criterios de interpretación. A este respecto los modos contradictorios de argumentación de instancias concretas en el mismo asunto, descritos, por ej., por TH. HELLER, ofrecen precisamente la clave inequívoca de la finalidad del punto de vista del resultado y su reconocibilidad.

(25) Sobre ello en particular *Grundsatz und Norm*, p. 112 ss., 179 ss., 264 ss.

(26) Ningún práctico oculta ya hoy este contraste, pero también las obras doctrinales lo describen sin preocuparse; cfr., por ej., el compendio «BGB, Parte General», de DIEDERICHSEN (1969), § 31, p. 59-61.

(27) Cfr. la acertada exposición de H. COING, *Rechtsphilosophie*, p. 313 ss.

la imposibilidad de una denominada jerarquía de los medios de interpretación y la necesidad de criterios de interpretación al margen de los elementos de interpretación formalizados (28). Hoy puede constatarse que la práctica, mediante su arbitrariedad, o al menos incontrolado, pluralismo metódico, ha dirigido la atención a «las paradojas de la discusión sobre el método» (29); y que la teoría en todo caso dejó de fijar la mirada en sus intentos sumamente infructuosos de clasificación de los métodos, aunque ella todavía no comprende el proceso de motivación, de que depende en definitiva la elección del método. Hasta hoy es todavía excluida de la Metodología la cuestión de la decisoriedad racional de esta elección (30). Tampoco se debe, en verdad, preterir la cuestión de la justicia o la resolubilidad de los postulados metódicos en concreto, sólo porque la paleta cada vez mayor de la oferta metodológica haya de ofrecer ya lo justo. En realidad, de este modo la elección entre los criterios de interpretación se convierte en una cuestión de pura casualidad. Más bien, partiendo de la idea de que toda aplicación del Derecho es interpretación, que, por tanto, la interpretación no debe ser sólo comprendida como «artificio ocasional» en el caso marginal o especial (31), el punto central de la Teoría de la aplicación del Derecho tiene que situarse en la necesidad general de una iluminación interior hermenéutica de la comprensión del texto o de la norma. Ahora bien, a este proceso de iluminación interior pertenecen dos cosas: en primer lugar, cómo se autopresentan en la conciencia de quien aplica el Derecho el esclarecimiento del significado de la regulación y la repetición de su sentido; y, en segundo lugar, cómo actúa en el rol consciente del intérprete, antes y en cada acto de aplicación, esta autocomprensión como resultado de actos de precomprensión y de intenciones de la regulación.

Antes de que consideremos este aspecto interno del círculo hermenéutico y su repercusión en la autocomprensión de la interpretación jurídica, hay que tratar aún brevemente de las configuraciones ortodoxas de elementos «objetivos» y «subjetivos» de la interpretación al llevar a cabo la elección del método y el encargo de aplicación.

(28) *Grundsatz und Norm*, p. 117 ss., espec. p. 122-127.

(29) Así M. KRIELE (o. c., p. 24 ss.).

(30) Cfr., por ej., K. LARENZ, o. c., p. 176 ss.; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, p. 54 ss.; cfr., por otro lado, H. COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden*, p. 23. Si aquí el «resultado obtenido en la interpretación no cuadra con el resultado de una ponderación de argumentos y puntos de vista interpretativos», la cuestión sobre los fundamentos legítimos de tal ponderación será precisamente, y sin lugar a dudas, la cuestión central de la Metodología.

(31) Así, acertadamente, FR. MÜLLER, o. c. [*Normstruktur und Normativität*, 1966], p. 48).

3. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

La interpretación dogmática, en el sentido de un encargo de «absorción de la complejidad» de un conflicto mediante su reducción jurídica a lo dogmáticamente relevante y mediante la elaboración de criterios ordenadores depurados en el sentido de modelos de regulación dados, se comprende de la forma más sencilla como «repetición» conceptual de las características del supuesto de hecho, cargadas de valores de manera técnico-jurídica. Esta repetición con la ayuda de características del supuesto de hecho prefabricadas, sintomáticamente ya no se la conoce por regla general como interpretación. Desde ella hasta la derivación conceptual constructiva, y desde ésta hasta la combinación constructiva de nuevas representaciones y posibilidades conceptuales, hay sólo un paso. Entre estas posibilidades, los conceptos doctrinales y los criterios reconocidos juegan ahora un papel tal, que también aquí la idea de una comprensión de la norma *qua* interpretación, pasa a segundo término en relación con la discusión inmediata de problemas en la «teoría» respectiva. Tales modelos dogmáticos de contextos de solución en un texto previamente dado, que se presentan como «teorías», abarcan por su parte contextos sistemáticos completos según puntos de vista hermenéuticos objetivados. Según cuál sea la perspectiva de una tal teoría, esa perspectiva parece «suministrar» resultados definitivos a quien procede dogmáticamente de modo correcto. Por otra parte, la teorización y la construcción dogmáticas son el emporio donde las ideas generales de justicia son ofertadas en formulaciones conceptuales de contenido dogmático eficaz (32).

En esta zona de la repetición dogmatizada de la valoración no existe contraposición entre interpretación «objetiva» y «subjetiva». El sistema dogmático está representado en el modelo de regulación. Así, quien aplica el Derecho puede leer, aparentemente sin vinculación valorativa, la exactitud de su modelo de solución en ese sistema y su contexto de valoraciones de problemas, en la lengua y signos de la dogmática, y comprobar la importancia de la problemática del caso comparándolo con las correspondientes variaciones del caso en el marco total del sistema. La clasificación dogmática significa comprensión «objetiva» del Derecho, incluso sin un enfrentamiento críticamente consciente con un texto interpretativamente dudoso. Sólo aquí aparece clara la contraposición entre una comprensión objetiva de la norma, condicionada por el sistema, y el recurso a un método de interpretación no dogmático. Este último, en el caso más simple de la denominada «repetición» de la valoración legal en sentido histórico, no es dogmático. Niega la tarea sistemática, pero tampoco es capaz de llevar a cabo una nueva regulación que informe nuevamente a, y mantenga eficaz, el sistema total. Como esto significa ineptitud fun-

(32) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 172 ss., 248 ss., 306 ss., 334 ss.

cional, la interpretación histórica termina necesariamente en cualquier momento en una ficción de un «legislador racional» en el sentido de un prever la comprensión actual del conflicto y del programa total actual. Con ello la idea del «legislador» queda desvinculada de toda realidad histórica y es trasladada a un contexto de comprensión ahistórico. De este modo se renuncia a la única ventaja del método histórico: la plena fidelidad al precepto. De otro lado, la auténtica cuestión de la rectitud, en el sentido de transparencia hermenéutica, es amputada de modo sumamente primitivo. La pregunta sobre el sentido se identifica con la autoridad del dador de la norma, la *ratio* se reduce a *voluntas* política. Exacto en el sentido de la Teoría del sistema sería ya solamente reasumir las controversias no concluidas en el proceso de legislación —lo cual contradiría plenamente la economía de un sistema de creación de normas con varias fases—. Una tal reasunción del antiguo procedimiento carece también de sentido, porque, transformar las representaciones del conflicto de entonces en relaciones actuales, sólo puede llevarse a cabo pidiendo ayuda a hipótesis no controlables. En último término habría de seguir siendo cuestionable a quien habría de servir actualmente una tal continuación de un diálogo históricamente no superado.

Ahora bien, si dirigimos la mirada a la Judicatura, vemos también que el recurso a medios de interpretación históricos en el sentido de la teoría subjetiva, significa sencillamente una simple renuncia a la tarea interpretativa a cargo de la Justicia, una huida de la responsabilidad, que posiblemente es difícil de soportar debido a falta de posibilidades suficientes de información y de opiniones especializadas contrapuestas (33). Cuando el enjuiciamiento de las repercusiones objetivas, en el marco de un fin regulativo reconocido, se apoya en informaciones suficientes, la voluntad del legislador será dejada totalmente al margen en el caso análogo y será sorteada plenamente por el peso de los prudentes puntos de vista objetivos político-económicos (34).

El «cometido» de una institución jurídica y su arraigo en un sistema positivo parecen en principio facilitar la posibilidad de una interpretación objetiva como «sistemática» o «institucional». Pero precisamente la comprensión de tal cometido y tal posición de las instituciones, es una aportación que tiene que hacer el propio intérprete. Este, por lo que respecta a tales «objetivaciones», sólo en un estrecho margen puede remitir a la responsabilidad del legislador; es él mismo quien tiene que justificarlas en la repetición, incluyéndolas también en la conexión que guardan, no contemplada por la legislación, con las representaciones generales,

(33) Como ejemplo la sentencia sobre los discos, citada antes en la nota 19, en BGHZ 46, 74.

(34) Como ejemplo típico al respecto la sentencia, metódicamente contradictoria, de la Sala de la competencia en relación con la eficacia de las recomendaciones de precios: BGHZ 28, 209.

transmitidas y actuales, tanto en la «teoría como en la praxis» (35). En estos casos, la pregunta sobre el lugar de una institución jurídica en el sistema total, no será contestada claramente partiendo de una comprensión histórica, sino partiendo de una comprensión actual; es más, está comprobado que se lleva a cabo conscientemente la interpretación sistemática para construir la unidad ordenadora actual (36). Interpretación sistemática en este sentido significa extraer de las relaciones institucionales y sistemáticas lo que se ha introducido en estas figuras por la conciencia jurídica actual. De modo no dogmático se consigue el mismo efecto apelando a los valores legalmente reconocidos y a su necesario orden moral, sólo acreditable parcialmente por el Derecho positivo (37). En general, tampoco la apelación al «sentido y fin de una institución» está libre ciertamente de que se hagan valer los criterios de finalidad prepositivos que han encontrado en la institución una expresión comprobable o postulada (38).

El concepto de institución no tiene ningún valor cognitivo autónomo; y el pensamiento «institucionalista» proyecta con frecuencia, desde la zona exterior de complejas ponderaciones, fundamentos evidentes de regulación racional en la imagen aparentemente histórica del instituto jurídico. También este esfuerzo es consecuencia de la voluntad del sistema de *restringir las alternativas de decisión por medio de elementos objetivos de configuración de la institución*. Para ello recurre a la idea de una autolegalidad o estructura de la institución social, que no debe ser cuestionada en una valoración particular. En el sentido de la Sociología del sistema es un método completamente racional transformar fines subjetivos en elementos de decisión autónomos, que permiten una decisión jurídica liberada de fines políticos. Pero precisamente la interpretación institucional muestra la naturaleza fraudulenta de tal «racionalización», que de ningún modo está libre de una consideración política del fin, sino que más bien sólo la niega cada vez que la decisión debe ser respetada y justificada como una decisión estrictamente jurídica. Así precisamente la interpretación según el «sentido y la esencia» de una institución se ha acreditado como el medio preferido de pensamiento jurídico instrumental (39). La pregunta sobre la «estructura» de una institución jurídica sólo es una pregunta valorativa encubierta, con la

(35) Ejemplos de tal interpretación sistemática e institucional: BVerfGE 18, 116 (prohibición de entrega); BGHZ 20, 61 ss (indemnización por el sacrificio); BSG 22, 278 ss. (incapacidad transitoria para la profesión como caso de seguro); BAG JZ 1968, 743 (cláusula limitativa de eficacia en el contrato de tarifa).

(36) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 254.

(37) Cfr. BGHZ 1, 87 (90), BGHZ 17, 327 (332) y BGH NJW 1964, 29.

(38) Cfr. BGHZ 34, 32 y la sentencia jurídico-laboral citada: BAG JZ 1968, 743.

(39) Cfr. RÜTHERS, o. c., p. 248 ss. 311, 425 s., 452, 456.

pretensión de aceptar la valoración como ya llevada a cabo históricamente (40).

No vamos a discutir aquí en qué medida tal pensamiento estructural representa la continuación política de ideas históricas y organicismas de la época del «Vormärz» (41). Metodológicamente sólo hay que aclarar que el juicio sobre la estructura depende de la voluntad configuradora; por tanto, su constatación es un disimulado juicio de valor, que también se hace visible como tal si la institución de que se trata cambia de función o se concibe como cometido. Tal neoconceptuación no se limita, sin embargo, a las figuras jurídicas más complejas, todavía inseguras y sin tradición, sino que precisamente se lleva a cabo continuamente en las instituciones más elementales del Derecho civil, desde la dogmática de la idea de sinalagma, pasando por la «estructura» de la relación rescisoria, hasta las legalidades de la función del derecho de enriquecimiento y de responsabilidad civil —como hoy los entendemos (o tenemos que entenderlos)—.

Cuando se habla del «contenido esencial» de una institución, de aquí en adelante habrá de entenderse como reobjetivización metafórica de una valoración, que cada vez habrá que examinar de nuevo en un plano dogmáticamente seguro en apariencia, en el que la valoración se sustrae a la discusión (42). En menor medida vale esto para enunciados sobre los «atributos» necesarios de un concepto institucional y de su modificación en el presente. En resoluciones como las relativas al «concepto normativo de daño», se afirma abiertamente que, por razones de justicia, no «es procedente» mantener el estrecho concepto de daño hasta ahora existente, que según la teoría diferencial de Mommsen significa el monopolio del pensamiento patrimonialista de daño; sino que «más bien sólo tiene pleno sentido» entender el concepto de daño socialmente, o bien normativamente, es decir, independientemente del balance patrimonial individual del directamente perjudicado (43). Todavía están también en la memoria las enérgicas neodefinitiones de nuestro concepto de la institución de «indemnización por daño personal». Se puede decir que aquí fue creado de un día para otro un «cometido» (la que llegó a ser famosa función de reparación) de esta institución jurídica, del que en nuestro Derecho hasta ahora nadie había observado algo (44).

(40) Cfr. las observaciones de FORSTHOFF, DöV 1959, 623, sobre la institución «prensa» a la luz de BVerfGE 10, 121 ss.

(41) Cfr. sobre ello COING, *Rechtsphilosophie*, p. 303 ss.

(42) Sobre ello W. A. SCHEUERLE, *Das Wesen des Wesens*, AcP 163 (1964), p. 429 ss.

(43) Cfr. BGHZ 50, 302 (306).

(44) Cfr. sobre ello, BGHZ (GS) 18, 149.

4. LA PREVIA VINCULACION DE LA VALORACION JUDICIAL A LA LEY

La interpretación normativa se guía necesariamente por juicios de valor. También el juicio sobre la «esencia» de una institución es de esta índole. Sólo que las valoraciones que son eficaces y cognoscibles en el concepto del denominado fin de la institución, no son precisamente las reveladas en esta imagen, sino las veladas. Al concepto de fin va unida aquí la idea de lo «justo» y «pleno de sentido», porque esto está implícito en la «creación» de la institución. Esto se corresponde con la apelación a la *ratio legis*. En realidad, esta referencia supone un ocultamiento del juicio crítico independiente, que sólo considera útil la comprensión de una institución o de una norma para resolver cuestiones dudosas concretas. Sin ese juicio no es posible el proceso jurídico de selección y de resolución, del mismo modo que también él subyace a la preferencia por un canon de interpretación apelando a la *ratio legis*. La resolución nunca es simplemente ofrecida por la ley, ni el juicio de valor se ha de extraer plenamente de la norma; y esto porque esta última ni siquiera puede establecer anticipadamente todos los criterios de juicio necesarios para aplicar el Derecho (45). En la norma sólo están independizados programáticamente algunos elementos de valoración y fijada su meta prescindiendo de la discusión política así como del plano del enjuiciamiento personal. Esto no significa que, más allá de esta programación, comience el terreno de la libre subjetividad y de los criterios arbitrarios de lo «racional». También estos criterios están incluidos en el consenso social, que es el que legitima la comprensión de un Derecho positivo. Estos criterios necesitan, por tanto, la previa vinculación a este consenso y, en casos de duda, a que se argumente su racionalidad y, por cierto, con una argumentación objetivamente fundada, no simplemente remitiendo a un sistema históricamente dado o a la esencia de la institución respectiva. Pues también el sistema y la justificación de la institución son, como queda dicho, variables (46).

La actualización constante, que toda norma y toda institución precisan, no hace aparecer convincente la apelación a su integridad, si los argumentos a favor de su ser-así y de su inmutabilidad no se pueden formular y si no se pueden refutar los argumentos en contra. En esta necesidad de argumentación radica el auténtico criterio de interpretación racional. El recurso a la simple obediencia a la ley no libera del reproche de deficiente racio-

(45) THEODOR HELLER, o. c., [*Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, 1961], p. 95.

(46) Cfr. particularmente respecto a la Constitución y sus instituciones, HESSE, o. c. [*Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 4 ed., 1970] y H. EHMKE, l. c., VVDStL 20, 53. Cfr. también ya H. MÜLLER, *Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 1962, p. 471 ss.

alidad, en tanto no se expliciten los argumentos en favor de una capitulación ante la «voluntad de la ley» o en favor de una reactualización «pensante» de una «intención» racional destinada a aquella voluntad (47). Tampoco la interpretación «histórica» puede sustraerse a esta exigencia de «comprender mejor» el sentido de la norma y su fundamentación. La interpretación histórica estaría sujeta a ella por medio del círculo de la anticipación hermenéutica incluso en el caso de estricta fidelidad histórica al precepto; y esto precisamente porque intenta negar sus propios y más completos presupuestos de la comprensión. Por este motivo, el catalogar, como todavía sigue ocurriendo, sólo como interpretación a la interpretación «histórica», mientras que todas las demás podrían seguir teniendo validez como «desarrollo ulterior», se ha dicho con buena intención, pero no es realista por falta de claridad sobre lo que es ese círculo (48).

Aquí radica también la calamidad de la Jurisprudencia de intereses, que, por cierto, quiere precisamente ponderar los intereses que el legislador no conoció o no estimó (49). Remitir a la «similitud» de intereses o del conflicto no cambia nada, pues quien aplica el Derecho tiene precisamente que enjuiciar, bajo su propia responsabilidad, los criterios de esta similitud. Afirmar que la fidelidad histórica a la ley ha de realizarse mediante una «obediencia pensante» es, por falta de substanciación de esta máxima, una mera fórmula vacía, si es que no es un engaño de sí mismo (50).

Lo mismo cabe decir del ingenioso juego de palabras de Radbruch: «La interpretación jurídica no es repensar lo antes pensado, sino pensar hasta el fin algo pensado —más aún... pensar hasta el fin lo pensado por todo el mundo»— (51). El «porqué», el «para qué» y el «hacia dónde» de lo pensado, que deben determinar la dirección del «seguir pensando» y del «pensar hasta el fin», no se pueden conseguir ni por el planteamiento histórico de la cuestión ni por el sociológico-analítico, sino que implican hacerse cargo plenamente de toda la problemática del conflicto, tal como ésta se presenta al pensamiento político-jurídico de quien aplica el Derecho.

(47) Cfr. ya *Grundsatz und Norm*, p. 117, 123, 143, 172 ss., 257 ss.

(48) Cfr., por ej., ENNECERUS-NIPPERDEY, 15. ed., t. I, p. 325 ss., con conclusiones por la vía breve y manifiestamente no objetivas, como «no necesita fundamentación alguna», que cualquier otro método «ya no interpreta en absoluto el precepto del Legislativo, sino que le atribuye un sentido totalmente nuevo y nuevas valoraciones», y así sucesivamente —particularmente en cuanto recurre a «medios de interpretación, que con seguridad (!) ya no tienen valor alguno»— (p. 327).

(49) Cfr. PH. HECK, AcP 112 (1914), p. 124 (226 ss.).

(50) En el mismo sentido críticamente M. KRIELE, o. c., p. 206 ss.; cfr. sobre ello también F. WIEACKER, o. c. [*Privatrechtsgechichte der Neuzeit*, 2. ed., 1967], p. 307 ss.

(51) RADBRUCH, *Arten der Interpretation*, en *Recueil Gény*, t. II, 1935, p. 217 ss. (243).

No se debe, ciertamente, desechar la expresión eufemista de «obediencia pensante» con la única finalidad de retornar a las pretensiones irracionales de la Escuela del Derecho libre, contra las que precisamente Heck consideró necesario elaborar sus teorías racionales del método (52). La necesidad, no sólo de repetir, sino de reactualizar, mediante la evaluación de los intereses, las variaciones relevantes de la conciencia en su pretensión de dominar los conflictos sociales actuales, está a su vez condicionada y limitada por el sistema positivo de los fines regulativos. Esto vale tanto para las valoraciones acordes con el sistema como para sus estructuras en la dogmática. Una reactualización de los criterios de valoración ha de tener muy en cuenta a esta última. La reactualización, en un sistema dogmático, de ninguna manera está legitimada por un pleno «discutir hasta el final» todo el planteamiento. Tanto la superación de la subjetividad, como también de la dependencia de la voluntad del legislador, exige ciertamente argumentos que puedan ser discutidos; y exige también que pueda ser revisado el curso de las ideas político-jurídicas hasta aquel punto en que la motivación para la decisión se evidencia en sus consecuencias. Ahora bien, este punto no depende de la diversidad de opiniones y de la capacidad de comprensión de todas las partes interesadas. Por consiguiente no es posible una fundamentación racional en base a que se pueda simplemente considerar abierto el diálogo. Si esto es por principio irrenunciable en cuestiones de búsqueda de la verdad (53), no por eso puede valer para una ciencia de la acción con presupuestos dogmáticos. El tener que realizar una valoración inmediata del resultado, y la transparencia de esta valoración, sigue siendo una instancia de control para el mismo que aplica el Derecho, estando limitada en muchos aspectos su capacidad de comunicación con los afectados por la norma.

Ciertamente, al jurista le es aplicable también en esta responsabilidad, que él —exactamente igual que el legislador— no piensa para sí solamente, sino que se esfuerza en comunicar y hacer plausibles los resultados por él hallados. Para ello, él no puede utilizar otro medio que el lenguaje. La idea de solución considerada justa, por tanto, sólo es posible ofrecerla a los afectados cuando ha encontrado una expresión comprensible (54). En el lenguaje, es decir, en la comunicación de fundamentos comprensibles, radica asimismo la superación de la subjetividad y del peligro de arbitrariedad en el acto ordenador —presupuesto que el lenguaje sea sincero—. En el lenguaje poseemos por duplicado la llave para la garantía de

(52) Sobre ello *mi* epílogo a la nueva edición de los escritos metodológicos de HECK, hecha por R. DUBISCHAR, 1968.

(53) Cfr. OTTO F. BOLLNOW, *Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wessen der Wahrheit*, Zeitschrift für philos. Forschung, 16 (1962), p. 1 ss. (19).

(54) Cfr. la correspondiente formulación de HEINRICH RICKERT, *Zur Lehre von der Definition*, 1929, t. III, p. 8.

justicia de las decisiones: mediante la comprensión adecuada de un medio lingüístico por parte del juez y mediante la adecuada fundamentación de su decisión de cara al entorno. Por «adecuada» ha de entenderse al respecto la referencia a aquellos juicios de valor que guía y controla el proceso de selección de lo jurídicamente relevante en un sistema dogmático.

Los juicios de valor anticipados, y hasta el hallazgo de la decisión todavía hipotéticos, son idénticos, o tienen que ser idénticos, a las garantías de justicia que se ponen de manifiesto en los fundamentos de la sentencia. No son elementos emocionales o volitivos, entendidos en un sentido psicológico. Pero de ninguna manera se pueden encubrir afirmando la existencia de contenidos normativos previamente dados y la fidelidad vinculante a la ley. La interpretación, que ya en la apreciación de los hechos procede selectivamente (55), trabaja con una precomprensión selectiva, incluso al plantear la cuestión de la prelación de modelos de regulación y de normas. Los principios, con los que la Jurisprudencia lleva a cabo precisamente este trabajo, son principios de justicia y de trabajo que, por su parte, no pueden a su vez «ser tomados» del Derecho positivo (56).

Si a esto se añade que esta precomprensión social y actual, no sólo guía la elección y la preparación de la posibilidad de subsunción jurídico-material, sino que además influye de manera muy efectiva en el desenlace del proceso mediante la manera de conducir el debate y de preparar el proceso por parte del juez, entonces se tiene que conceder de buen grado, que el conocimiento del Derecho no es pensable sin la correspondiente anticipación controlada de los posibles y adecuados resultados de solución. Si, por último, se añade que los modelos de regulación están en amplia medida abiertos al perfeccionamiento, al complemento y a la corrección, con la ayuda de la experiencia respectiva del conflicto, puede decirse que la norma de decisión no está previamente dada, sino que está encomendada (57). Es el mismo que aplica la norma quien determina, de manera altamente autorresponsable, ese proceso evolutivo del sentido de la norma, que gustosamente se describe como «acompañar al Derecho» en el tiempo o como despliegue del espíritu objetivo. Es quien aplica la norma quien enjuicia la cuestión de las concordancias de su interpretación con otras interpretaciones; es él quien ve la responsabilidad de referirse o no referirse a prognosis generales e informaciones de material más completas. Por último, es él quien, en definitiva,

(55) Cfr. GELDSETZER, o. c., p. 18 ss. y las explicaciones de la p. 27 ss., 52 s.; v. también ya mi artículo «Interpretación en el Derecho», *Studium Generale* 7 (1954), p. 273.

(56) Sobre su origen cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 260 ss., 287; cfr., sin embargo, también la crítica en LARENZ, *Methodenlehre*, p. 327, nota 3, sobre la posibilidad de eficacia de tales «juicios de valor» extrapositivos.

(57) Sobre ello *Grundsatz und Norm*, l. c.: «Toda interpretación representa un enlace entre *lex scripta* y *ius non scriptum*, enlace que sólo él crea la norma positiva auténtica».

carga con la responsabilidad de perfilar la norma, que funcionalmente sólo es eficaz en parte —según la materia y clase de regulación de que se trate— en cuanto «previamente dada».

El camino para hallar el Derecho aplicable por medio de la interpretación no es rectilíneo desde el comienzo, sino un camino con alternativas e hipótesis, que tiene que ser justificado en cada caso haciendo posible su plausibilidad. No tiene lugar, por tanto, ningún proceso de tal índole, que haga necesario que una técnica cognoscitiva para hallar el Derecho aplicable sea completada posteriormente mediante la correspondiente fase de justificación. Más bien ocurre que el plan dogmático es interrumpido a cada paso por las reflexiones sobre su utilidad y su aceptabilidad en ésta como en las demás cuestiones jurídicas aquí en general implícitas. Si bien es verdad que esta posibilidad de anticipar un control paralelo está justificada también en el ingenioso *aperçu* de Radbruch, «la interpretación es el resultado de su resultado», no por eso se debe pasar por alto la racionalidad de este círculo aparente. Esta racionalidad radica en la doble vía del pensamiento dogmático y «racional», condicionada por la responsabilidad de quien aplica el Derecho de cara al entorno. Sin esta responsabilidad, que precisamente se expresa en la mediación lingüística del sentido y en la fundamentación de la decisión, la pretensión de validez de un orden jurídico tendría que ser reducida a simple autoridad política; y, con el cambio de significado de la ley en el tiempo, tendría también que llegar a ser increíble. Justamente por eso es posible demostrar que todos los empeños (del denominado positivismo) para eliminar de la argumentación de quien aplica el Derecho el elemento valorativo político-jurídico o «iusnaturalista» y para monopolizarlo en el legislador ordinario o constitucional, tenían que seguir siendo inútiles (58). Si fuera verdadera en su simplicidad la afirmación de que el fundamento de todo pensamiento jurídico son las decisiones del legislador ordinario y constitucional (59), no precisaría estos actos de control y justificación. De hecho, sin embargo, esas «prerrogativas» del legislador ordinario y constitucional en orden a constituir el Derecho sólo serán eficaces merced a la mediación de quien aplica el Derecho, para quien el contenido no está simplemente «presente», sino que más bien sólo consigue eficacia merced a su interpretación. Por eso, la necesidad de que exista un contexto comprensivo en esa relación, así como en relación con el entorno, es lo que fundamenta la posición clave del lenguaje y de la Hermenéutica para el problema de la justicia. Este «estar solo» del juez en su papel mediador también aclara, sin embargo, la necesidad de buscar apoyo en su dogmática estable, en una doctrina reconocida y no, en último término, en unos precedentes prácticos,

(58) Así, acertadamente, MARTÍN KRIELE, o. c., prólogo, p. 6.

(59) Así, KRIELE, o. c., p. 160.

como de costumbre orillables. Todo esto vale también, de modo significativo, en el caso de un texto legal que, según su comprensión imparcial, parece dar abiertamente «respuestas claras».

5. LA PRECOMPRESION

La Metodología más antigua se interesó por la Hermenéutica a partir del significado de textos históricos. El tratadista del Derecho común depositó en ella su esperanza metodológica como una técnica del interpretar. La sistematización de sus puntos de vista fue, como ocurriera antes con la Tópica, un ejercicio académico obligatorio para la canonización de las prácticas interpretativas «autorizadas». Bajo el signo de la crítica racionalista del conocimiento pasó a primer plano, junto con la duda en su eficiencia, otra perspectiva, a saber: la iluminación interior del proceso de comprensión en su aspecto teórico-cognoscitivo. El interés de esta Hermenéutica crítica no radica en la jerarquía de las técnicas; tampoco radica en absoluto en la legitimación de las vías o medios del comprender, sino en la contradicción que, partiendo de la Teoría del conocimiento, existe al interrogar también «objetivamente» al objeto de su comprensión. Partiendo de esta pretensión, se justifica la esperanza de que, el hacer fructífera la Hermenéutica para la Metodología jurídica, podría contribuir decisivamente a introducir la racionalidad en el proceso de hallazgo del Derecho aplicable (60). Este deseo no fue lanzado al primer plano como consecuencia de la reviviscencia de las cuestiones de objetividad histórica —y también concretamente histórico-jurídicas— en la Filosofía por obra de Schleiermacher, cuya prelección sobre la Hermenéutica no influyó por casualidad en los últimos años de las prelecciones de Savigny sobre el sistema del Derecho romano (61). Para Dilthey la «interpretación técnica del proceso de comprensión» es sólo el objeto de su teoría, que significa un «análisis de la comprensión», análisis que había de ser la base para «establecer las reglas de la interpretación» (62). Desde entonces la Hermenéutica se esfuerza en explicar los elementos de la comprensión, a saber: el lenguaje, la accesibilidad a los significados del sentido en forma histórica o no histórica, y su dependencia de los horizontes del intérprete y de su objeto.

Por lo que se refiere a la interpretación jurídica, el lenguaje hasta ahora ocupa también para ella las más de las veces el

(60) Cfr. H. COING, quien al final de su conferencia citada expresa la idea de que la reflexión de la Metodología jurídica sobre los conocimientos de la Hermenéutica general podría alcanzar el valor de una «Crítica de la razón jurídica».

(61) H. G. GADAMER, o. c. [*Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2. ed., 1965], p. 309.

(62) DILTHEY, *Entstehung der Hermeneutik*, en *Philosophische Abhandlungen zum 70. Geburtstag Christoph Sigwarts*, 1900, p. 200.

primer plano del interés analítico y de la crítica de las posibilidades y de los límites de la interpretación. Pero el significado de la Hermenéutica jurídica en modo alguno se reduce a esta cuestión lingüística. En cuanto tal no tiene una diferencia tan fundamental respecto a la Hermenéutica histórica o literaria que hubiera de exigir una Hermenéutica jurídica específica. Naturalmente el lenguaje es una llave para el acceso a la cuestión de la comprensión, que exige esfuerzos distintos a las simples contestaciones semánticas.

No es necesario aducir nuevos argumentos para demostrar que, desvelar el sentido histórico del lenguaje, presenta, en relación con la semántica de conceptos simbólicos, problemas complementarios de interpretación. Estos tendrán que ser tenidos en cuenta necesariamente, pues sólo con ese desvelamiento estaría garantizada la capacidad de cambio de los programas de decisión con la ayuda de determinadas representaciones del modelo. Todas las aportaciones diferenciadoras de la Jurisprudencia van unidas al arte del perfeccionamiento lingüístico. Sin embargo, el problema de la interpretación del lenguaje jurídico no habría de traer consigo nuevas dificultades en relación con la Hermenéutica lingüística general, si no se añadiera una peculiaridad: que el lenguaje tiene como meta transmitir modelos de decisión, valores e indicaciones de acción. El mundo de la sistemática de las valoraciones y de las acciones y, con ello, la problematicidad de su lenguaje, comienza sólo más allá del significado de los enunciados, sean éstos de índole científica, técnica o cualquier otra. Estos en el Derecho son indicaciones ordenadoras, ya sean presentadas en lenguaje dogmático o flexible, no simplemente comunicaciones cargadas de sentido, sino requerimientos para una valoración y decisión que estén conformes con la norma. Justamente esta conformidad es aquí el problema hermenéutico. *El «círculo hermenéutico» consiste en este caso en la relación de planteamientos de cuestiones y respuestas qua comprensión de la norma; por tanto, en el hecho real de que, sin un juicio previo acerca de la necesidad de ordenación y la posibilidad de solución, el lenguaje de la norma no puede en absoluto expresar lo que se pregunta: la solución justa.*

Los enunciados valorativos están condicionados por cuestiones valorativas y éstas por posibilidades de valoración, que sólo se conocerán poniendo de manifiesto la necesidad de regulación. De este modo el *interés*, en el sentido originario, será el iniciador del interrogatorio y el moderador de la comprensión interpretativa de las normas. El lenguaje como tal no es más claro o más oscuro que en otras disciplinas y plantea las mismas cuestiones de interpretación que en toda Ciencia del espíritu o de la cultura. Sólo se alcanza mucho más rápidamente la «frontera crítica» de la claridad lingüística debido a que el significado «libre de dudas» de las directrices textuales depende aquí de las relaciones valora-

tivas y conexiones valorativas, que acercan la precomprensión a esos conceptos. Esto vale incluso para conceptos técnicos aparentemente fijos, como declaración de voluntad o representación, que no tienen ningún otro significado que el que *hic et nunc* se deriva de un determinado problema de ordenación y contexto ordenador, del que exige su uso y que le da «pleno sentido». A todo vocablo del lenguaje ordinario le es aplicable en mayor medida esto: que para el jurista sólo tiene significado dentro del contexto jurídico. La Hermenéutica lingüística general nada puede aportar aquí. Sería desesperante querer interpretar de modo puramente lingüístico un solo término, aunque fuera totalmente elemental. Kriele pone aquí el ejemplo del artículo 1, II, de la Ley fundamental (GG) con respecto a las palabras «dignidad» e «inviolable» (63). Tal empresa inútil pone en claro que la interpretación jurídica del texto sólo puede tener relevancia si antes comprende «rectamente» los problemas concretos y, partiendo de esta comprensión, interroga al texto. Acercarse a una determinada cuestión de ordenación, en relación con el posible significado del texto interrogado, es el acto decisivo sin el cual no puede manifestarse en absoluto el sentido regulativo de un término del lenguaje legal.

De este «acercamiento» se trata precisamente en la Hermenéutica jurídica. Si una formulación lingüística fuera en sí definitiva e inequívoca, atendiendo a una cuestión de ordenación delimitada definitiva y claramente, el acercamiento al problema no tendría ninguna importancia. Pero en realidad, por regla general, no hay ni una formulación tan definitiva ni una tarea regulativa delimitada de antemano de tal manera, que por cada nuevas variantes no hubieran de manifestarse nuevos criterios de modelos de solución (64). Esto se debe ya a la generalidad y a la pretensión de generalidad de la normación jurídica. Pero, naturalmente, se debe también al factor tiempo. Cuando una cuestión del presente es acercada al texto comprensible como norma actualmente plena de sentido y vinculante, se requiere una precomprensión del problema de ese texto, que no coincide con la precomprensión histórica.

Gadamer ha mostrado con gran insistencia la inevitabilidad de una precomprensión ahistórica y ha hecho ver que ésta es una parte teórico-cognoscitiva necesaria del proceso de comprensión (65). El justifica como condición de la «comprensión» el pre-juicio, acercado de este modo al objeto interrogado, sobre lo que el objeto pudiera significar con plenitud de sentido. Las indicaciones de acción permanentemente válidas sólo pueden funcionar si el interrogatorio del texto en su precomprensión supera la dimensión historicante. La precomprensión, partiendo de las

(63) KRIELE, o. c., p. 213.

(64) Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit im Lichte der Hermeneutik*, en el Festschrift für Karl Engisch, 1969, p. 243 (254); cfr. el mismo ya en *Analogie und Natur der Sache*, p. 4.

(65) O. c., p. 252 ss.

actuales cuestiones de ordenación, es algo más que una condición de la comprensión, es el presupuesto de una comprensión útil como base de decisión. Esto, en el caso del proceso de la interpretación en el Derecho, se convierte en cuestión central, mientras que la interpretación de testimonios culturales a la luz de la «verdad histórica» no incluye esa función práctica. En el planteamiento histórico de la cuestión, el pre-judicio desempeña únicamente el papel de círculo, que comporta siempre la afirmada distancia histórica o la neutralidad, a la vista de una posibilidad de conocimiento y de comprensión simplemente constatadas también históricamente. Tampoco lo decisivo es todavía el significado de círculo meramente lógico que la definición tiene, cuando, por ejemplo en la interpretación puramente definitoria (como en el caso de una traducción), se tiene que anticipar ya la posible equivalencia: de aquello que se quiere definir, se tiene precisamente ya antes que «tener un concepto». Estas cuestiones generales de la precomprensión son hoy conocidas en amplia medida. Para los juristas no se trata de que una determinación precisa del concepto presuponga siempre ya, como quiera que sea, una precomprensión que necesita corrección. Para la interpretación en el Derecho lo decisivo será dirigirse al texto interpretable con una cierta expectativa de hallar una posibilidad de solución a cuestiones de conflictos, y que esta expectativa delimite y manifieste las posibilidades de interpretación.

La Hermenéutica jurídica llegó a ser ejemplar para la Hermenéutica filosófica precisamente porque en ella un acto concreto de aplicación, o también la confrontación del problema de decisión que se ha de superar con el texto interrogado, «codetermina de antemano y en conjunto» el proceso de comprensión (66). El jurista no concibe el texto previamente dado, ni en su relevancia histórica ni sociológicamente, como producto de determinadas fuerzas; a él no le interesa como testimonio de opinión, sino como modelo directivo, pleno de sentido, para su decisión. El no quiere comprender otra cosa que lo que el texto dice en orden a poder tomar o no, con la ayuda de su *ratio*, su *decisión* «satisfactoria». En este sentido el acto de aplicación depende de la posibilidad de comprensión y la posibilidad de comprensión de la idea de aplicación. Este círculo, que después de lo dicho puede ser entendido como círculo de aplicación de una interpretación dogmática (67), da precisión a nuestra concepción de que las representaciones finales de la decisión influyen en la aplicación del Derecho: se tienen en cuenta anticipadamente posibles resultados, y en base a ellos se decide la comprensibilidad del texto. Tampoco esto ocurre con «método», sino en la precomprensión, que interroga los textos confrontando el significado de la norma y la proble-

(66) GADAMER, o. c., p. 307.

(67) GADAMER habla de precomprensión aplicativa (prólogo a la segunda edición, p. XIX).

mática del caso. Quien aplica el Derecho no puede sustraerse a la obligación de aplicación y de resolución a que está sujeto. Su interrogatorio a la norma está sujeto a esta precomprensión relacionada con la resolución de la situación conflictiva. En esa precomprensión, esta última no aparece como la situación personal de quien busca la protección del Derecho, sino como una «situación típica del caso», que requiere un tratamiento normativo, el cual ha de ser satisfactorio incluso más allá de la resolución concreta. La resolución tiene que ser, por lo general, «objetivamente justa» y además estar en consonancia con todo el sistema de ordenación.

Con esto queda clara la cuestión de qué elementos impulsan a quien aplica el Derecho a formular determinadas preguntas al texto. Las expectativas, no de cada uno de los que buscan el Derecho, sino de ulteriores intereses ya reconocidos de otros sujetos que buscan el Derecho, que aquí potencialmente son parte interesada, en su situación de conflicto con las expectativas contrarias, constituyen un *horizonte de expectativa* para quien aplica el Derecho, del cual no puede salirse. Este horizonte de expectativa no es subjetivo, sino general; representa la comprensión del Derecho de enteros grupos sociales, con la que el juez ha de enfrentarse en su interpretación. Tal enfrentamiento no es algo que se añada posteriormente al acto de hallar el Derecho aplicable, sino que más bien es algo que determina su dirección y su curso atendiendo al consenso social para una resolución «razonable». Partiendo de esta expectativa, serán interrogados los modelos de regulación en relación con su posible sentido para el conflicto planteado. Este interrogatorio, por tanto, se caracteriza por el estado de expectativa que codetermina las representaciones judiciales, es decir, por lo que el modelo respectivo «debiera ofrecer» —o, a la inversa, lo que en todo caso puede aparecer como «todavía pleno de sentido»—. Esto significa, tanto en el aspecto positivo como en el negativo, tantear y anticipar posibles interpretaciones según puntos de vista de la fuerza de convicción, cuyo significado anticipado no puede ser suficientemente evaluado.

De lo que de momento se trata es de la posibilidad de dar a conocer los motivos de un tal enjuiciamiento anticipado de la norma. En gran parte estos motivos seguramente radican en la visión panorámica adquirida con la formación jurídica y con la experiencia práctica y en un «juicio» seguro y es de esperar que a la vez fortalecido. Pero también radican en tener conciencia de una tarea de planificación y de mediación *anterior* a aquel horizonte de expectativa, que se manifiesta en las pretensiones y en los argumentos de los afectados, y *anterior* también al sistema dogmatizado con su consolidación siempre parcial solamente. En este papel del intérprete como mediador entre las necesidades de un sistema estable y una iniciación actualmente justa y el reco-

nocimiento de nuevos horizontes de expectativa, radica la problemática de la «aplicación del Derecho»; pero también está la clave para las variadas, y al parecer arbitrarias, utilización y desatención de cada uno de los elementos de la interpretación. El papel del intérprete como mediador entre la conciencia social y la tradición ordenadora dogmática en el sistema de su Derecho, determina su voluntad y el acceso a la comprensión del texto. La anticipación del sentido, que guía su comprensión del texto, es determinada en base a una relación con lo transmitido, que no es la suya personal, sino aquélla que se manifiesta también a su conciencia como la relación de la «colectividad» social y que, en consecuencia, «es concebida en constante formación con ésta» (68). O dicho en el lenguaje de la Teoría crítico-ideológica de la Ciencia: «La comprensión hermenéutica es la interpretación de textos conociendo los textos que deben ser comprendidos; esto conduce a nuevos procesos de formación partiendo del horizonte de procesos de formación ya concluidos; es un nuevo elemento de socialización que se une a una socialización ya pasada; al apropiarse la tradición, la prosigue» (69). Como, sin embargo, la tradición, por su parte, sólo se concibe como dependiente del tiempo y de la sociedad, la postura dogmática del intérprete tampoco es fija, sino que está sujeta aún, más allá de la «comprensión aplicativa», a las variaciones generales de la situación de la conciencia.

A partir de esto queda claro que también determinantes del Derecho que se presentan como rigurosamente normativos, principios *a priori*, así como también remisiones a criterios racionales, están sometidos al cambio de comprensión. Los primeros son delineados ya por su propia índole menos determinativa que limitativamente, y son de naturaleza formal. Son, incluso intencionalmente, susceptibles de cambio objetivo de criterio, lo que también es aplicable a principios de formulación reciente, como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad. Estos principios tienen a su vez su propio círculo en cuanto remiten a representaciones valorativas y a standards, que, en último término, el intérprete tiene que elegir en base a sus expectativas de consenso, como el «sano» sentimiento moral o la conciencia ética «de todos los que piensan racional y justamente» (70). Quien no quiera conformarse con esto, le queda elegir entre un Derecho rigurosamente dogmatizado y otro plenamente ideologizado. Ambas cosas conducen a la desnaturalización instrumental de la Justicia. Una comprensión

(68) GADAMER, o. c., p. 277.

(69) JÜRGEN HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Philos. Rundschau, Beiheft 5 (1967), p. 157. Cfr. también del mismo sobre «Dogmatismus, Vernunft und Entscheidung» en la colección «Theorie und Praxis», 2. ed., 1967, p. 231.

(70) V. ya antes p. 22. Sobre el problema del círculo, cfr. ESSER-STEIN, *Werte und Wertewandel in der Gesetzanwendung*. Schriften der Evangelischen Akademie in Hessen und Nassau, Heft 68 (1966); espec. sobre las «buenas costumbres», p. 20 ss., 28 ss.; sobre el «orden de valores», p. 58 ss., 69.

del Derecho uniformada políticamente introduce el monopolio de la verdad, partiendo del cual toda precomprensión no controlada ideológicamente es calificada de «consciencia falsa». En cambio, la total autonomía del sistema del Derecho prohíbe toda reflexión crítica del intérprete sobre las condiciones y motivaciones de su precomprensión; pero, con ello, prohíbe también todo control racional de rectitud y abandona precisamente al sistema jurídico, ideológicamente impermeabilizado y que se genera a sí mismo autónomamente, en los brazos de la manipulación política.

Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia

ALBERT CALSAMIGLIA
Barcelona

Los filósofos del derecho y los metodólogos de la ciencia jurídica han tratado el problema de la cientificidad de la jurisprudencia desde una perspectiva externa. No se han preocupado tanto de describir cuáles son los presupuestos y las principales reglas de juego de la actividad dogmática como de justificar o criticar el conocimiento dogmático. Autores de tradición analítica —como por ejemplo Kelsen o Ross— han manifestado su insatisfacción ante los desarrollos de la ciencia jurídica tradicional y han propuesto nuevos modelos de ciencia jurídica que correspondan a unos ideales de ciencia determinados. De hecho una gran parte de la historia de la metodología de la ciencia jurídica ha sido la historia de la crítica de la metodología jurídica desde fuera de las disciplinas jurídicas. Los teóricos de la ciencia han estudiado cómo debe ser la ciencia jurídica y han juzgado negativamente su desarrollo.

El presente trabajo no pretende valorar la jurisprudencia desde fuera de las disciplinas jurídico-positivas. La pregunta acerca de la cientificidad de la jurisprudencia puede ser muy interesante desde perspectivas ideológicas o políticas, pero desde un punto de vista cognoscitivo carece de interés. Si bautizamos la jurisprudencia con el agua de la ciencia no conocemos más y mejor sino simplemente tratamos de justificar una actividad determinada. Por tanto, aquellos que se preguntan si la jurisprudencia es o no es una ciencia se preocupan de problemas de justificación y no de problemas de conocimiento.

Partiré del presupuesto de que nuestro conocimiento puede aumentar si describimos cómo opera la dogmática jurídica. Me parece indudable que los juristas forman una comunidad determinada, que tiene una estructura determinada, unos presupuestos, unas reglas de juego y unas funciones sociales. Los juristas tienen unos termómetros de valoración de sus teorías. La existencia de esta comunidad se manifiesta en Congresos, Revistas y Simposios. Cualquier jurista sabe distinguir entre una buena sentencia y una

mala sentencia o entre una teoría dogmática ingeniosa y una vulgar.

El estudio de la estructura comunitaria de la comunidad jurídica —compuesta por teóricos y prácticos del derecho— es una tarea prioritaria para la comprensión de la actividad jurídica tal y como es, es decir tal y como la practican los juristas.

Sin embargo, creo que no es este el lugar para emprender tan ambicioso proyecto. En este trabajo voy a tratar de argumentar por qué las cuestiones metodológicas no pueden afrontarse desde fuera de las disciplinas. Sugeriré que el fracaso de las metodologías externas no significa el fracaso de la metodología y para conocer la metodología jurídica debemos acercarnos a lo que hacen los juristas y olvidarnos de ciertas recetas metodológicas impuestas por los filósofos que tienden muchas veces a confundir en vez de aumentar nuestro conocimiento.

Malestar en la Filosofía de la Ciencia del Derecho

La actividad del filósofo del derecho ha sido tradicionalmente contestada y criticada. Por una parte, los juristas teóricos que se dedican a disciplinas positivas han considerado que la filosofía del derecho no era nada más que una *cultura de adorno*. Por otra parte, los juristas prácticos tampoco han apreciado especialmente la actividad de los filósofos del derecho y se desinteresan de sus investigaciones (1).

Supongo que estas críticas tienen un fundamento y no es de extrañar que exista un cierto malestar entre los filósofos del derecho. En ningún campo del derecho se ha discutido con mayor calor la utilidad de una disciplina. Las principales revistas abordan —de una forma recurrente— el tema del método y la función de la filosofía del derecho (2).

Una de las primeras dificultades con las que se encuentran este tipo de trabajos es delimitar qué se entiende por filosofía del derecho, cuáles son sus objetivos y sus métodos. El filósofo del derecho se ocupa de temas diversos, difíciles de reducir a unidad, porque no existe una sola forma de hacer filosofía. Muchas disciplinas que no están reconocidas en el mundo académico inician su andadura bajo el ropaje de la filosofía jurídica hasta que consiguen su emancipación. La sociología o la informática jurídica son buenos ejemplos.

(1) Véase K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (2.ª ed. castellana —versión de M. Rodríguez Molinero— de la 4.ª ed. alemana). Barcelona, Ariel, 1980, págs. 25 y ss. Véase también el importante epílogo.

(2) Véase, por ejemplo, A. KAUFMANN, *Wozu Rechtsphilosophie Heute?* Frankfurt, Athenäum Verlag, 1971. Véase también el número 7 de *Archives de la Philosophie du Droit*. En la literatura castellana véase el número 15 de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (1975) y el número 1 de la *Revista Doxa* (1984).

Tampoco hay que olvidar que existen filosofías del derecho de los filósofos y filosofías del derecho de los juristas —como puso de manifiesto Bobbio (3)— y, que, a veces, unas y otras tienen campos de investigación distintos.

El malestar de los filósofos del derecho puede provenir de la imprecisión de los límites de su disciplina. Esto permite que dos personas pertenezcan al mismo gremio sin conocer las reglas que practican e incluso sin tener la posibilidad de entenderse porque usan lenguajes distintos. El origen del problema se encuentra en la creciente tendencia a la especialización. Dreier lo ha expresado con las siguientes palabras: «Me parece que la situación actual de la filosofía y la teoría del derecho está caracterizada por dos tendencias opuestas pero mutuamente complementarias: por un proceso de especialización interdisciplinaria, por una parte y por un esfuerzo de teorizaciones reintegrantes por otra. Ambas tendencias proporcionan conjuntamente la imagen de un pluralismo de teorías, metodologías y terminologías que impiden que un solo individuo pueda ser experto en todos estos ámbitos. Ante esta situación, es una cuestión de preferencias personales la decisión por el tipo de trabajo iusfilosófico y teórico-jurídico que uno desee emprender» (Revista «Doxa», n. 1, pág. 77).

Creo que la diversidad temática no es buena razón para explicar el atraso —o mejor la falta de progreso— de la filosofía jurídica. Hoy, más que nunca, existen simposios, discusiones y mesas redondas, congresos sobre temas concretos que demuestran la vitalidad de la filosofía jurídica. También se tiende a tratar problemas concretos y urgentes de actualidad —muy específicos— que van dirigidos a un círculo de destinatarios muy reducido. Revistas como *Journal of Law and Economics* o *Philosophy and Public Affairs* son una buena muestra de esa preocupación. Por otra parte, la diversidad temática y metodológica impide al filósofo del derecho seguir todos los problemas a la vez. El filósofo del derecho si quiere aportar un grano de arena al desarrollo de su disciplina debe proceder a la selección de alguno de los problemas importantes. Probablemente deberá ignorar otros problemas y métodos que sus colegas utilizan. Austin ya había afirmado que quien quiera ser un buen científico del derecho debería ser ignorante en todo lo demás porque la construcción de una ciencia del derecho exige la concentración de todas las energías intelectuales. La especialización tiene como consecuencia la fragmentación del conocimiento jurídico.

Entre las tareas de la filosofía jurídica la reflexión sobre la ciencia jurídica dogmática es especialmente atractiva. Sin ánimo de infravalorar los otros posibles objetos de la filosofía del derecho, voy a dedicar atención a la filosofía de la ciencia jurídica.

(3) Véase N. BOBBIO, «Naturaleza y Función de la Filosofía del Derecho», en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia, Fernando Torres, 1980 edición y traducción a cargo de A. Ruiz Miguel), págs. 96 y ss.

La Ciencia Jurídica como objeto de la Filosofía del Derecho

La reflexión sobre el método y el contenido de la ciencia jurídica dogmática es un tema clásico de la filosofía jurídica. Lo ha sido siempre y hoy quizá lo es más porque se cuestiona —con insistencia— su estatuto científico (4).

Son muchos los que todavía piensan con Kirchmann que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura» y muestran, como el autor alemán, un malestar ante la falta de progreso de la dogmática, su escasa aplicabilidad práctica y su sesgo ideológico.

El filósofo del derecho se ha preocupado del problema de la ciencia del derecho. Sin embargo, el vocablo ciencia jurídica ha sido utilizado de muy diversas formas. En principio —en este trabajo— entenderemos por ciencia del derecho aquel saber que trata de describir las normas jurídico-positivas y que tradicionalmente se ha denominado dogmática jurídica o jurisprudencia. Además de este saber sobre el derecho existen otros, como la sociología jurídica, la filosofía política, la historia del derecho, que se ocupan del mismo objeto material pero desde perspectivas metodológicas diversas. De momento debemos seleccionar una de estas visiones para analizarla y creo que la que más interesa aquí es la dogmática jurídica. Interesa especialmente porque es el saber jurídico más desarrollado, es uno de los principales vehículos de transmisión del conocimiento jurídico en muchas disciplinas jurídicas y la usan jueces y abogados.

El objetivo de mi trabajo es justificar el punto de vista de estudio de la comunidad dogmática. Si nosotros queremos saber qué es la dogmática debemos olvidarnos de las cuestiones de justificación y preocuparnos por describir qué es lo que hacen los juristas.

Muchos filósofos del derecho han dedicado atención a la dogmática y a su crítica. Otros han propuesto modelos innovadores de ciencia jurídica. Kelsen —por ejemplo— expresó su profunda insatisfacción frente a los resultados de la dogmática jurídica —esclava del poder y de la ideología— y propuso un nuevo modelo de ciencia jurídica —distinto al modelo dogmático tradicional (5). Esa insatisfacción ha ido creciendo y ha provocado tal malestar entre los juristas que la justificación de la dogmática se vuelve muy compleja. Dos son las críticas fundamentales: la escasa relevancia práctica y la falta de rigor metodológico.

(4) Véase, por ejemplo, W. LUNDSTEDT, *Legal Thinking Revised. My Views of Law*. Estocolmo. Almquist and Wicksell, 1956. Véase también L. HIERRO, *El Realismo Jurídico Escandinavo*. Valencia, Fernando Torres, 1981. Véase E. PATTARO, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica*. Madrid, Reus, 1980, especialmente pág. 380, en la cual reduce la dogmática a actividades políticas.

(5) Véase H. KELSEN, *Teoría General del Estado*. Barcelona, Editorial Labor, 1934 (Versión de L. Legaz Lacambra), págs. VIII y ss.

1. *La relevancia práctica.*—Existe una opinión bastante generalizada según la cual la dogmática es irrelevante porque no resuelve los problemas más importantes de la sociedad. La dogmática jurídica no alcanza a cumplir los objetivos que la sociedad solicita. Es muy frecuente sostener que los juristas tienen una lógica especial que se desvía de los dictados del sentido común. Los problemas más urgentes del momento o no se resuelven bien, o no se resuelven en absoluto. ¿Para qué sirve un saber incapaz de resolver los problemas prácticos urgentes del momento? Otros se quejarán de que los supuestos de la dogmática están sesgados ideológicamente y que a través de las categorías dogmáticas no se puede explicar adecuadamente el derecho.

También se aducirá que a medida que progresa, se torna más esotérica y el vulgo —como diría Kirchmann— no entiende ya el derecho que se separa del espíritu y el sentimiento del pueblo. El círculo de los destinatarios de la dogmática es cada vez más reducido. El saber jurídico es más complejo, más difícil de entender y por tanto mucho más difícil de juzgar y de utilizar por aquél que no pertenezca a ese círculo.

Ahora bien, esa acusación de irrelevancia carece de sentido. La ciencia no puede resolver todos los problemas que se plantean. Como dice Kuhn «la calidad de un puzzle no depende de la importancia o el interés intrínseco de la solución. Por el contrario, los problemas más acuciantes, como el remedio contra el cáncer o la consecución de una paz duradera, no suelen ser puzzles, entre otras cosas, porque lo más probable es que no tengan solución» (6). La ciencia sólo se plantea problemas que se pueden solucionar dentro de su marco. La ciencia no resuelve cualquier problema. Si se acusa a la dogmática de que es incapaz de solucionar los conflictos sociales con seguridad y justicia, y por esa razón se le niega estatuto científico, también se debe negar científicidad a la biología porque no resuelve el enigma del origen del cáncer. La crítica de la irrelevancia práctica puede conducir a negar estatuto científico a la mayoría de las ciencias maduras.

Un segundo punto de interés: el *esoterismo*. Un saber —por esotérico— no pierde su estatuto científico. Más bien el fenómeno es al revés. Según Kuhn, una de las características de la ciencia madura es que sólo pretende tener audiencia en los estrechos límites de la comunidad científica. «Las matemáticas y la astronomía eran ya disciplinas esotéricas en la antigüedad; la mecánica empezó a serlo después de Galileo y Newton; la electricidad después de Coulomb y Poisson; y así sucesivamente» (7).

(6) Véase la obra fundamental de T. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*. University of Chicago Press, 1962. Segunda edición revisada 1970, por la que se cita pág. 36.

(7) Véase T. KUHN, «Reflections on my Critics», en I. LAKATOS y A. MUSSGRAVE (eds.), *Criticism and Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, 1970, pág. 254.

Desde el punto de vista del progreso del conocimiento ni la irrelevancia práctica ni el esoterismo son obstáculos insalvables. La urgencia social no ha sido siempre un criterio fértil para acelerar el conocimiento científico.

Se puede sostener —apoyándonos en Kuhn— que la falta de relevancia de los problemas que resuelve una ciencia no es razón suficiente para negarle estatuto científico. Hay quien espera que la ciencia le resuelva todos los problemas. La ciencia es el mejor de los conocimientos que poseemos pero no todo problema se puede resolver a través de ella. Quien sienta malestar porque la ciencia jurídica no resuelve los más importantes, no ha entendido los límites del saber científico.

Por otra parte la acusación de irrelevancia es ingenua porque ciertamente la dogmática jurídica resuelve problemas importantes —quizá demasiado importantes— y ocupa un lugar relevante en el campo de la decisión política.

2. *La polémica metodológica.*—La insatisfacción y el malestar entre los juristas se debe también a la falta de rigor metodológico. Esta cuestión tiene una larga historia desde Laband, Jellinek y Kelsen hasta la actualidad. El saber jurídico se convertirá en ciencia a partir del momento en que se encuentre un método jurídico que le permita seleccionar su objeto. Tras el esfuerzo kelseniano —y las críticas de que ha sido objeto— la cuestión metodológica continúa planteándose pidiendo auxilio a los métodos que en otras ciencias han tenido éxito. La sociologización de la ciencia jurídica (8) o la utilización de la teoría como un arma política (9) vuelven a renacer en el pensamiento actual.

El análisis de la polémica metodológica durante los últimos tiempos enseña que ha producido mucho calor pero muy poca luz. Se parte de la base de que el monismo metodológico es la varita mágica que permite convertir el saber jurídico en un saber riguroso.

Sin embargo la función de la polémica metodológica no ha sido siempre positiva. Se ha dedicado demasiada energía a discutir desde qué perspectivas se debe observar el fenómeno jurídico y no se ha valorado el rendimiento explicativo de cada una de ellas. La función negativa de la polémica metodológica ha consistido en impedir que las escuelas observen el fenómeno jurídico desde puntos de vista distintos de los preconizados por cada una de ellas. Creo que ese monismo tiene —en algunas ocasiones— efectos paralizantes del conocimiento. Las polémicas entre Kelsen y Ehrlich, Hart y Dworkin, realismo y normativismo —entre otras—

(8) Sobre este punto véase la crítica de G. Tarello a Treves en «Sociologia nella Giurisprudenza», en *Sociologia del Diritto*, n.º 1, 1974, págs. 5 y ss. Véase R. TREVES, *Sociologia del Diritto in Italia Oggi*, Napoli, Guida Editore, 1982.

(9) La cita proviene de C. SCHMITT, «Concepto de la Política», en *Escritos Políticos*, Madrid, Cultura Española, 1941.

no han permitido discutir problemas sino que han propiciado una discusión de carácter normativo: ¿Cómo debe ser el saber jurídico para ser científico? (10).

La escasa luz que ofrecen las polémicas proviene de la preocupación excesiva por la construcción del punto de vista. Quien se enzarza en una polémica metodológica observa el mundo del derecho desde una perspectiva determinada. Desde ahí afila sus armas para demostrar que la única visión correcta del derecho es la suya y que todas las demás son incompatibles e insuficientes.

Ahora bien, por debajo de cada una de las posturas metodológicas existe la creencia de que el método convertirá el saber jurídico en saber científico. Es necesario persuadir a las demás escuelas de las excelencias del método (11).

Pero, ¿qué es un método? Los filósofos de la ciencia creen que el objetivo de la ciencia es el conocimiento verdadero. La metodología es un criterio que permite determinar si una proposición científica es verdadera o falsa. Sin embargo, los criterios que se han utilizado para identificar la verdad a lo largo de la historia han sido muy variados. Entre ellos la razón y la experiencia han ocupado un lugar hegemónico. Burnett —por ejemplo— sostuvo la tesis del milagro de la filosofía (12). Según este autor el éxito de los filósofos jonios se encuentra en que supieron sintetizar magistralmente la razón y la experiencia. El desarrollo posterior de la filosofía y de la ciencia no es más que la consecuencia lógica

(10) La polémica entre Kelsen y Ehrlich es una buena muestra de las mutuas incomprensiones de las polémicas metodológicas. Quien siga esa polémica se dará cuenta que los autores muchas veces utilizan lenguajes distintos. Para la polémica Hart-Dworkin véase —por ejemplo— PH. SOPER, «Legal Theory and the Obligation of the Judge The Hart-Dworkin Dispute», en *Michigan Law Review*, 1976-1977. Véase también HART, «Un Nuevo Desafío al Positivismo Jurídico», en *Sistema*, 1980. Véase G. CARRIÓ, *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, y C. NINO, «Dworkin and Legal Positivism», en *Mind*, Vol 89, 1980, págs. 519 y ss. Véase también M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, que recoge las críticas más importantes y una respuesta a los críticos y R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

(11) Las polémicas entre Hart y Ross, Kelsen y Ross o Hart y Dworkin son buenos ejemplos. En muchas ocasiones las polémicas no conducen a resultados positivos porque su objetivo es ganar y no conocer más y mejor. Véase, por ejemplo, HART, «Scandinavian Realism», reeditado en sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983, págs. 161 y ss. Véase A. ROSS, «Review of Hart's Concept of Law» en *Yale Law Journal*, 1961-62, págs. 1185 y ss. Véase KELSEN, «Eine Realistische und die Reine Rechtslehre», en *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, tomo X, 1959.

(12) Véase BURNETT, *Early Greek Philosophy*, London, 3.^a ed., 1920. En la página V afirma: «Los filósofos jonios han franqueado la vía que la ciencia a partir de ese momento no ha tenido más que seguir... si el hombre griego ha inventado la filosofía es en razón de sus cualidades excepcionales: el espíritu de observación unido al poder de razonamiento». La tesis de Burnett fue rechazada por CORNFORD en su *From Religion to Philosophy* (edición castellana en Barcelona, Ariel, 1984) Véase sobre este tema el capítulo séptimo de J. P. VERNANT, *Mito y Pensamiento en la Grecia Antigua*, Barcelona, Ariel, 1973.

de la utilización de estos principios. Sin embargo, esta tesis no es aceptada por todos puesto que Cornford —por ejemplo— sostuvo que la filosofía jónica fue heredera de las viejas cosmogonías (13) y rechazó la tesis milagrosa.

En las páginas siguientes desarrollaremos una historia de la metodología de la ciencia en la cual aparecerán y reaparecerán la razón y la experiencia como facultades y procedimientos que sirven sea para *descubrir la verdad*, sea para *controlar* que las afirmaciones que realiza la ciencia son verdaderas (en terminología moderna en el contexto del descubrimiento o en el contexto de justificación). Mediante esta historia pretendo mostrar que en las ciencias maduras no existen unos métodos que permitan descubrir mecánicamente la verdad y que tampoco existen unos procedimientos que nos permitan justificar —con seguridad— la verdad de los enunciados de la ciencia. En este sentido mi argumento lo podría sintetizar del siguiente modo: Una de las causas del malestar entre los juristas es la falta de rigor metodológico. La ciencia jurídica está atrasada porque no ha adoptado el método de la ciencia. Creo —sin embargo— que exigir rigor metodológico externo es excesivo porque las propias ciencias carecen de unos procedimientos que garanticen el descubrimiento y la justificación de la verdad. Sin embargo, esta afirmación es muy fuerte y creo que debo dar un rodeo por el campo de la historia de la filosofía de la ciencia para justificar mi tesis.

El problema metodológico en la Filosofía de la Ciencia

El problema de los universales queda ya muy lejos. Las polémicas entre realistas nominalistas sobre el conocimiento se han resuelto en favor de los últimos. La tarea de conocer no se reduce a describir esencias intemporales que están más allá de la experiencia. Definir no es describir una realidad de un mundo trascendente.

Quizá convenga iniciar —un poco crudamente— este epígrafe haciendo esta advertencia porque todavía existen muchos juristas que sostienen una visión realista —desde el punto de vista epistemológico— y todavía creen que conocer es describir esencias intemporales mediante definiciones. Nino ha sostenido que «en el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro todavía, tiene alguna vigencia la concepción platónica de la relación entre el lenguaje y la realidad... esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para cada palabra, que esta definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión y que la tarea de definir un término es en consecuencia, descriptivo de ciertos hechos» (14).

(13) Las tesis de Cornford han sido seguidas por Thomson y Vernant.

(14) Véase C. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, pág. 12.

La polémica se ha resuelto en favor de los nominalistas porque la tarea cognoscitiva no se reduce a definir. Las definiciones han dejado de ser el modo de conocer la realidad y han pasado a ser una mera operación lingüística para la formulación de los conceptos teóricos. Lo que caracteriza un conocimiento no es el concepto —es decir la definición— sino el método— es decir el procedimiento.

El método racionalista clásico

Desde sus orígenes la filosofía ha desconfiado de la percepción sensible. El problema de la apariencia y la realidad en la reflexión griega y helenística es un buen ejemplo. Platón trató de argumentar que la percepción sensible no es una forma de conocimiento verdadero (15). Los sentidos nos engañan y padecemos ilusiones. Carnéades —desde una perspectiva escéptica— demostró con ejemplos —el palo sumergido en el agua, la soga y la serpiente— que la percepción sensible no garantiza el descubrimiento de la verdad.

El éxito de la Geometría, que a partir de unos axiomas que se consideran evidentes demuestra lógicamente una serie de proposiciones que se cumplen en el mundo físico, afianzará la convicción de que la razón es el único método fidedigno de conocimiento.

El racionalismo clásico tuvo en Descartes a uno de sus principales representantes. Para Descartes la verdad es manifiesta. Una vez descubierta es evidente para todos. De la validez de las proposiciones primitivas (que son evidentes y no necesitan demostración) se deducen lógicamente un número inacabado de proposiciones científicas que no pueden ser puestas en duda. Descartes sostuvo que la razón era la única facultad humana que permitía conocer. El método de conocimiento era deductivo —inspirado por la Matemática—. El racionalismo clásico siguió la senda de la desconfianza ante la percepción sensible. La justificación de la verdad de una proposición se encuentra en su origen la razón.

El racionalismo clásico abrió una puerta a la metafísica que costaría mucho cerrar. Hoy, parece que el principio empirista en un sentido muy amplio, según el cual todo conocimiento sintético debe estar relacionado con la experiencia, está firmemente enraizado en las ciencias no formales. Por consecuencia dedicaremos nuestro esfuerzo al estudio de las dificultades con que tropieza el programa empirista. Estableceré un paralelismo entre la historia de la metodología de los filósofos y su refutación por la propia historia de la ciencia y ese paralelismo me servirá para argumentar que los científicos se han preocupado de construir su ciencia y han olvidado las prescripciones metodológicas externas de los filósofos de la ciencia.

(15) En el diálogo con el joven matemático Teeteto Platón dedica especial atención a este tema

El método empirista

El empirismo rudimentario y clásico de Bacon rechazó las tesis racionalistas. La razón no es la facultad cognoscitiva humana. Bacon sólo aceptó como verdades algunas proposiciones que expresan hechos. El verdadero método cognoscitivo es el experimental. La Naturaleza es el auténtico libro. Todos podemos leerlo a través de nuestros sentidos.

El científico debe acumular observaciones con la mente limpia de prejuicios y expectativas. En principio debe abstenerse de formular hipótesis previas a la observación. El camino de la investigación científica es relativamente sencillo. Primero hay que observar los hechos y registrarlos. Luego se deben analizar y clasificar, y, por último —a través de un proceso inductivo— se formulan generalizaciones. La objetividad del conocimiento viene garantizada por la ausencia de ideas preconcebidas y de hipótesis. El método experimental garantiza la verdad de los descubrimientos científicos.

El programa baconiano ha tenido especial fortuna en la historia de la ciencia a pesar de que —como bien es sabido— es insostenible. En el siglo xx todavía algunos autores han mantenido ideas cercanas a Bacon. Por ejemplo A. B. Wolfe escribe: «Si intentáramos imaginar cómo utilizaría el método científico... una mente de poder y alcance sobrehumanos, pero normal en lo que se refiere a los procesos lógicos de su pensamiento, el proceso sería el siguiente: En primer lugar se observarían y registrarían todos los hechos sin seleccionarlos ni hacer conjeturas a priori acerca de su relevancia. En segundo lugar se analizarían estos hechos observados, sin más hipótesis ni postulados que los que necesariamente supone la lógica del pensamiento. En tercer lugar, a partir de este análisis de los hechos se harían generalizaciones inductivas referentes a las relaciones, clasificatorias o casuales entre ellos. En cuarto lugar las investigaciones subsiguientes serían deductivas tanto como inductivas, haciéndose inferencias a partir de generalizaciones previamente establecidas» (16).

Carl Hempel ha denominado esta posición metodológica: «concepción inductivista estrecha de la investigación científica» y tiene buenas razones para criticarla: Una investigación sin previas conjeturas es impracticable porque, ¿qué hechos deben observarse? ¿Todos? ¿Cómo se clasifican sin un criterio previo? Hempel sostiene que el «tipo de datos que haya que reunir no está determinado por el problema que se está estudiando, sino por el intento de respuesta que el investigador trata de darle en forma de conjetura o hipótesis». Los hechos no hablan por sí mismos.

(16) Véase A. B. WOLFE, «Functional Economics», en R. G. TUGWELL (ed.), *Trend of Economics*, New York, Alfred A. Knopf, 1924, pág. 450 (citado por Hempel: *Filosofía de la Ciencia Natural*, Madrid, Alianza, 1973, pág. 27).

El segundo problema importante es el de la inducción. Las observaciones son de hechos concretos y singulares. Sin embargo, las proposiciones de la ciencia son universales. El problema de la inducción es cómo establecer la verdad de enunciados universales a partir de la experiencia. Es cierto que la experiencia enseña que de una regularidad observada se puede inducir una ley general, pero también es cierto que, como dice Popper, «el intento de fundamentar el principio de inducción en la experiencia lleva inevitablemente a un regreso al infinito» (17).

Hume, siguiendo la senda empirista, sostuvo que la experiencia era el único criterio de la verdad sintética. Y en base a ese criterio criticó la Metafísica con las siguientes palabras «cuando persuadidos de estos principios recorreremos las bibliotecas, ¡qué estragos deberíamos hacer! Tomemos en nuestra mano, por ejemplo, un volumen cualquiera de teología o metafísica escolástica y preguntémosnos, ¿contiene algún razonamiento abstracto sobre la cantidad y el número? ¿No? ¿Contiene algún razonamiento experimental acerca de los hechos y las cosas existentes? ¿Tampoco? Pues entonces arrojémoslos a la hoguera porque no puede contener otra cosa que sofismas y engaños» (18).

Pero Hume no se limitó a sostener el principio experimental sino que también negó todo fundamento lógico a la inducción. Escribe Hume: «No hay nada en un objeto cualquiera, considerado en sí mismo, que nos dé alguna razón para extraer una conclusión que vaya más allá de él mismo; incluso después de la observación de una conjunción constante o frecuente de objetos, no hay ninguna razón para hacer inferencia alguna sobre los objetos de los que no hemos tenido experiencia» (19).

El programa metodológico del empirismo —en su sentido más radical— no tiene nada que ver con la investigación científica puesto que no logra fundamentar la inducción, no ofrece criterios para seleccionar los hechos y clasificarlos. Es evidente que para hablar de un objeto es preciso seleccionar un aspecto de él.

Por otra parte, en el mejor de los casos este empirismo vulgar y estrecho se limita a describirnos lo que percibimos por los sentidos sin ninguna posibilidad de generalización. Eso choca con la idea intuitiva que tenemos de la ciencia, pues las teorías generales forman su núcleo más importante.

Pero fue la propia historia de la ciencia la que se encargó de refutar el empirismo estrecho. La física newtoniana no fue inducida de hechos observacionales: no es posible observar nada que

(17) Véase K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, London, Hutchinson, 1959 (Versión castellana de editorial Tecnos, Madrid, 1962), pág. 29.

(18) Véase Hume, *Inquiry Concerning Human Understanding*, publicado en 1739-40. Véase D HUME, *Investigació sobre l'Enteniment Humà* (edición en catalán de Victoria Camps por la que se cita). Barcelona, Laia, 1982, pág. 205.

(19) Véase Hume, *A Treatise of Human Nature*, Oxford University Press, 1968, pág. 139.

se parezca a una fuerza newtoniana. Para poder observar los efectos de la física newtoniana y su medición es preciso disponer de la teoría newtoniana. El científico no pregunta cualquier cosa a la Naturaleza porque la respuesta al problema está predeterminada por la pregunta, es decir, por la teoría (20).

Ni la razón ni la experiencia son criterios que permiten —por sí solos— asegurar la verdad. Kant intentó poner de manifiesto el carácter creativo de la ciencia sin negar su carácter empírico conjuntando la tradición realista con la tradición empirista.

La aportación de Kant

La obra de Kant constituye una aportación sumamente importante para la cuestión epistemológica y metodológica. Por una parte consideró que sólo es legítima la utilización de ideas y conceptos que estén relacionados de algún modo con la experiencia. «Ninguno de nuestros conocimientos precede a la experiencia y todos comienzan con ella» (21). Esta afirmación supone el reconocimiento de la *aportación empirista* y el rechazo de toda metafísica. Sin embargo, Kant es consciente de que en las ciencias empíricas existen ciertos conceptos que no corresponden a ninguna realidad observable y consecuentemente no niega su legitimidad.

Pero a partir de ahí, mostrará su desacuerdo respecto al empirismo vulgar y estrecho. El conocimiento empírico presupone un marco general de ideas y principios. «Si es verdad que nuestros conocimientos comienzan con la experiencia, sin embargo, no todos proceden de ella...» (22). El mundo tal y como lo conocemos no es más que el resultado de la actividad organizadora y asimiladora de la razón. La ciencia crea su objeto y nuestro conocimiento no obtiene las leyes de la naturaleza sino que impone sus leyes a la naturaleza. El gran giro de la filosofía kantiana consiste precisamente en trasladar el centro de atención del objeto al sujeto. La actitud del científico no es meramente pasiva, sino activa. Del libro de la naturaleza no se puede sacar ninguna conclusión. La naturaleza no revelará sus secretos sin que el científico pregunte y le obligue a contestar. La ciencia es una actividad eminentemente creadora.

Kant explica el sentido de su revolución epistemológica con las siguientes palabras: «Cuando Galileo hizo rodar sobre un plano inclinado las bolas cuyo peso había señalado, o cuando Torricelli hizo que el aire soportara un peso que él sabía igual a una columna de agua que le era conocida; cuando Sthal transformó meta-

(20) Véase H. SKOLIMOWSKI, *Racionalidad Evolutiva*, Valencia, Cuadernos Teorema, 1977.

(21) Véase KANT, *Crítica de la Razón Pura*, Buenos Aires, Losada, 1967, página 147.

(22) *Ibíd.*

les en cal y ésta a su vez en metal sustrayéndoles y devolviéndoles algo, puede decirse que para los físicos amaneció un nuevo día. Se comprendió que la razón sólo descubre lo que ella ha producido según sus propios planes; que debe marchar por delante con los principios de sus juicios determinados según leyes constantes y obligar a la naturaleza a que responda a lo que le propone, en vez de ser esta última quien la dirija y maneje» y poco más adelante afirma: «la razón se presenta ante la naturaleza, por decirlo así, llevando en una mano sus principios —que son los únicos que pueden convertir en leyes fenómenos entre sí acordes— y en la otra, las experiencias que por esos principios ha establecido; haciendo esto podrá saber algo de ella, y no ciertamente a la manera del escolar que deja al maestro decir cuanto le place, antes bien, como verdadero juez que obliga a los testigos a responder a las preguntas que les dirige» (23).

La idea del carácter activo del entendimiento y su conjunción con el principio experimental es un logro importante de la filosofía kantiana (24).

Dejando aparte las limitaciones de la filosofía kantiana, su aportación más interesante se encuentra en el *contexto de descubrimiento*. En cambio, su aportación fue más débil en el *contexto de justificación*. Popper sostuvo que Kant quiso probar demasiado pues «al intentar demostrar cómo es posible el conocimiento, propuso una teoría que tenía la consecuencia inevitable de que nuestra búsqueda del conocimiento necesariamente tendría éxito... Cuando Kant dijo que *nuestro intelecto no obtiene sus leyes de la naturaleza sino que impone sus leyes a la naturaleza* estaba en lo cierto. Pero se equivocó al pensar que estas leyes son necesariamente verdaderas o que necesariamente tendremos éxito al tratar de imponerlas a la naturaleza» (25).

La crisis del racionalismo epistemológico

Para Kant la verdad era o una necesidad del pensamiento —el caso de la matemática por ejemplo— o una verdad empírica —el caso de la física—. La historia de la ciencia también en este caso se encargó de refutar la justificación kantiana de la validez de la ciencia.

(23) *Ibíd.*, pág. 130.

(24) Véase HEMPEL, *Filosofía de la Ciencia Natural*, op. cit., pág. 29, en la que escribe: «la máxima según la cual la obtención de datos debería realizarse sin hipótesis antecedentes... es una máxima que se autorrefuta». Véase también POPPER, «On the Status of Science and Metaphysics», en K. POPPER, *Conjectures and Refutations*, New York, Harper and Row, 1963. Los paradigmas kuhnianos o los programas de investigación lakatianos subrayan el carácter creativo del investigador científico.

(25) Véase, «Conjectures and Refutations», op. cit., pág. 48.

Durante el siglo XIX se fue abriendo una brecha importante en la creencia común de que los conceptos matemáticos coincidían con la intuición racional. Poco a poco se fueron dando casos en los que la lógica demostró que la intuición intelectual no era adecuada para justificar la matemática. Los matemáticos empezaron a dudar de la legitimidad del criterio de la intuición para validar su saber. Aparece entonces la exigencia de expulsar la intuición del razonamiento matemático.

La historia de las geometrías no euclidianas —Gauss, Lobachevsky, Bolay y Riemann— es la historia de la negación de la intuición como criterio de validación de la Geometría. Con mucho temor —y con sorpresas— estos autores desarrollaron geometrías consistentes contrarias a la intuición. El resultado final fue la tesis de que no existe una sola Geometría —la euclidiana que responde a la intuición racional— sino que pueden coexistir geometrías consistentes e incompatibles entre sí.

Los autores convencionalistas creyeron que la elección entre ellas no podía realizarse en virtud de la intuición sino en virtud de la calidad de sus frutos. Para los convencionalistas —como Poincaré o Vaihinger— las teorías no son nada más que convenciones que se deben juzgar por su rendimiento explicativo, es decir, por sus resultados. Los convencionalistas asestaron un duro golpe al pensamiento kantiano y a la idea de la racionalidad única de la ciencia.

La Matemática dejó de ser considerada una verdad absoluta para pasar a ser una verdad condicional. La relativización del saber supone el abandono de la idea —fundamental— kantiana de la razón única y universal.

La utilización de geometrías no euclidianas en la moderna teoría de la relatividad y en muchos otros sectores supuso la condena a muerte del racionalismo epistemológico y el inicio de la relativización del resultado de la ciencia. De nuevo la historia de la ciencia refuta la reflexión filosófica epistemológica.

El empirismo lógico

La idea de Kant de conciliar la razón y la experiencia dio sus frutos, pero la derrota del racionalismo kantiano exigía volver a los principios empiristas. Sin embargo, ya no era posible después de Hume y de Kant replantear el tema de una forma ingenua.

La falta de fundamento lógico de la inducción y la vigencia del patrón hipotético deductivo eran obstáculos insalvables. En el marco de la Viena Eterna (26) el empirismo lógico construyó un programa basado en los siguientes puntos fundamentales:

(26) Véase sobre la Viena Eterna el magnífico libro de A. JANIK y S. TOULMIN, *La Viena de Wittgenstein*, Madrid, Taurus, 1974. Véase también M. FRACIS (ed.), *The Viennese Enlightenment*, London, Croom Helm, 1985.

1. Distinción clara entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.
2. Uso del principio de verificación como criterio para delimitar los enunciados significativos.
3. Intento de justificar la inducción en términos probabilísticos.

Los empiristas lógicos encontraron en Hume y Mach sus más directos precursores (27). Algunos de los problemas que los neoempiristas trataron ya estaban planteados en la reflexión epistemológica. Sin embargo lo que caracteriza esta dirección de pensamiento no son sus tesis —que a veces coinciden con escuelas distintas, como la de Uppsala de Axel Hägerstrom—, sino la forma de argumentarlas.

En primer lugar, los neoempiristas sostuvieron que el término ciencia es ambiguo porque puede significar tanto la actividad como el resultado. Sostuvieron —sin embargo— que no existía ninguna regla lógica que rigiera la actividad del descubrimiento. Por ejemplo Hempel afirma categóricamente que «no hay reglas de inducción generalmente aplicables por medio de las cuales se puedan derivar o inferir hipótesis o teorías a partir de los datos empíricos. La transición de los datos a la teoría requiere imaginación creativa» (28). Tesis semejantes mantuvieron Reichenbach o Carnap.

Los empiristas lógicos establecieron una rígida distinción entre el contexto del descubrimiento y el contexto de justificación. Pero el contexto del descubrimiento queda abandonado mientras que el contexto de justificación —precisamente el campo en el que la filosofía kantiana había tenido más problemas— constituye su centro de interés. La ciencia como resultado es el objeto del análisis filosófico. La ciencia no se entiende como una actividad de búsqueda de la verdad sino como un conjunto de enunciados significativos. En otras palabras los empiristas pretenden justificar la validez de las proposiciones de la ciencia.

Entre el empirismo clásico y el empirismo lógico existe una línea de continuidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el empirismo clásico se preocupaba de la génesis del conocimiento

(27) Véase A. J. AYER (ed.), *El Positivismo Lógico*, México F. C. E., 1965, página 10.

(28) Véase C. HEMPEL, *Filosofía de la Ciencia Natural*, op. cit., pág. 33. Véase también H. REICHENBACH, *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley, 1951, cap. XIV, en el que afirma que «el acto de descubrimiento escapa al análisis lógico; no existen reglas lógicas según las cuales pudiera construirse una máquina descubridora que tuviera la función del genio. Mas la tarea del lógico no es dar la razón de los descubrimientos científicos; todo lo que le incumbe hacer es analizar la relación existente entre los hechos dados y una teoría que se presente con la pretensión de explicarlos». La misma actitud se encuentra en CARNAP, «The Logical Foundations of the Unity of Science», en O. NEURATH y R. CARNAP (eds.), *International Encyclopedia of Unified Science*, Vol. I, Chicago, 1955, págs. 42 y ss.

fundamentalmente, mientras que los neoempiristas se preocupan de la justificación. Ayer sostuvo que respecto a Hume «la originalidad de los positivistas lógicos radica en que hace depender la imposibilidad de la metafísica no de la naturaleza de lo que se puede conocer, sino de la naturaleza de lo que se puede decir; su acusación contra el metafísico es en el sentido de que viola las reglas que un enunciado debe satisfacer si ha de ser literalmente significativo» (29). El problema no se encuentra en la actividad de descubrimiento sino en el resultado. Los metafísicos construyen teorías que no se manifiestan en proposiciones significativas y, por tanto, no poseen ninguna fórmula aceptable para justificar e identificar su verdad.

En segundo lugar: el empirismo lógico produjo una auténtica revolución epistemológica. La cruzada contra la metafísica se llevó a cabo mediante el arma del criterio de verificación. Un enunciado es significativo *si y solo si* es verificable. Los resultados de la ciencia sólo se pueden formular en enunciados significativos. Las proposiciones metafísicas no son auténticas proposiciones porque no son significativas. Pertenecen al reino de la irracionalidad y de la infabilidad. La utilización estricta del criterio de verificación tuvo como consecuencia la expulsión de las proposiciones metafísicas, valorativas e ideológicas.

El principio de verificación como criterio de demarcación de enunciados incentivó el rigor en el análisis filosófico pero ese criterio plantea problemas. Los principales son los siguientes:

1.º La ciencia se manifiesta en proposiciones universales. La ciencia no es una mera recolección de datos sino un conjunto de teorías que constituyen propuestas contrastadas de interpretación de los fenómenos. Pero, ¿acaso se puede verificar una proposición general? Pongamos un ejemplo: la proposición «si calentamos agua hervirá —en condiciones normales— a 100º» puede contrastarse en muchas ocasiones pero lo que no podemos contrastar es que *siempre* el agua hierve a cien grados en condiciones normales. La aplicación coherente del principio de verificación conduce a la absurda conclusión de que las teorías generales deben ser expulsadas del campo de la ciencia porque no se pueden contrastar. El principio de verificación no se puede aceptar —como criterio de demarcación de enunciados— porque excluye el núcleo más importante de la ciencia.

2.º El principio de verificación como criterio de demarcación de enunciados él mismo no es verificable y por tanto pertenece al reino de la metafísica. Los neoempiristas pretendieron expulsar la metafísica mediante un criterio metafísico según sus categorías conceptuales. La moderna filosofía de la ciencia —frente a las tesis neoempiristas— ha mantenido que la metafísica juega algún papel en los supuestos fundamentales de las ciencias (30).

(29) Véase AYER, *El Positivismo Lógico*, op. cit., pág. 16.

(30) Véase P. FEYERABEND, *Cómo ser Buen Empirista*, en Cuadernos Teo-

3.º En toda ciencia se utilizan un conjunto de términos teóricos que no son observacionales. Nadie ha visto ningún electrón, la norma fundamental kelseniana no se puede observar y ni el mismísimo Hart ha visto nunca su regla de reconocimiento. Si se utiliza coherentemente el criterio de verificación resultará que los términos teóricos —que no corresponden a ninguna entidad observable— se deben expulsar de la ciencia. Ahora bien, sin esos términos es imposible construir una ciencia.

Carnap fue consciente de este problema y sugirió distinguir entre lenguaje teórico y lenguaje observacional. «Como empiristas —sostiene Carnap— requeriremos que el lenguaje de la ciencia esté condicionado de cierta manera, a saber: requeriremos que los predicados descriptivos y, por tanto, los enunciados sintéticos no sean mantenidos a menos que tengan alguna conexión con observaciones posibles» (31).

4.º El principio de verificación como criterio de demarcación de enunciados condena el lenguaje prescriptivo al reino de lo inefable, de lo irracional, del sinsentido. Sin embargo, esta tesis —cuyas consecuencias para la ética y la jurisprudencia son importantes— choca con la evidencia del uso constante del lenguaje prescriptivo y de que —a pesar de todo— nos entendemos con él. Decir «abre la puerta» es algo más que un sinsentido.

5.º La utilización del principio de verificación ha lanzado al reino de la irracionalidad todo aquello que no es empíricamente contrastable. La ética y la jurisprudencia no son disciplinas ni científicas ni racionales. En el marco del neoempirismo existe una tendencia a marcar una línea de división muy rígida entre conocimientos científico —racionales y pseudoconocimientos irracionales. Una de las consecuencias más negativas de esta actitud ha sido el establecimiento de una auténtica censura. La máxima wittgensteiniana «de lo que no se puede hablar es mejor callarse» ha tenido graves consecuencias. La identificación de la razón experimental con la Razón, ha impedido mantener la atención hacia ciertos problemas. La única forma de progresar en el conocimiento no es la censura sino la libertad de investigación. El empirismo lógico —al insistir tanto en el criterio de justificación y en el principio de verificación— ha sido un obstáculo para el desarrollo de los estudios sobre ciertos problemas —como por ejemplo el de la Justicia.

El desarrollo posterior del empirismo lógico atenuó la rigidez del primitivo planteamiento. Carnap —por ejemplo— transformó el principio de verificación en el principio de contrastabilidad positiva (32).

Por último el principio de verificación es un instrumento que

rema, Valencia, 1979, págs. 60 y s., y T. KUHN, *La Función del Dogma en la Investigación Científica*, en Cuadernos Teorema, 1979.

(31) Véase R. CARNAP, «Testability and Meaning», en *Philosophy of Science*. Vol. 3, 1936, pág. 33.

(32) *Ibid.*, § 1.

garantiza la ausencia de metafísica en la construcción científica. Las proposiciones de la ciencia no serán metafísicas. Pero, ¿es esa razón suficiente para justificar la verdad de las proposiciones científicas? Una proposición puede ser significativa y sin embargo puede ser falsa.

El principio de verificación no justifica la verdad de los enunciados de la ciencia porque una proposición significativa puede ser falsa. El empirismo debe recurrir a la inducción para generalizar. Pero ante la imposibilidad de probar los enunciados universales trata de asignar a aquéllos un mayor o menor grado de probabilidad.

El empirismo lógico fracasa por la estrechez del principio de verificación y porque no puede justificar la verdad de las proposiciones de la ciencia que es su objetivo. Las proposiciones científicas serán más o menos probables. Reichenbach así lo sugiere «los enunciados científicos pueden alcanzar únicamente grados continuos de probabilidad, cuyos límites superior e inferior —inalcanzables— son la verdad y la falsedad».

Hempel es consciente de esta debilidad lógica del principio de inducción cuando afirma que «las explicaciones nomológicas-deductivas podemos distinguirlas de las explicaciones probabilísticas diciendo que las primeras llevan a cabo una subsunción deductiva bajo las leyes de forma universal mientras que las últimas llevan a cabo una subsunción inductiva bajo forma probabilística. Se dice a veces que precisamente a causa de su carácter inductivo, una explicación probabilística no explica el que se produzca un evento, puesto que el *explanans* no excluye desde el punto de vista lógico el que se produzca. Pero el papel importante y cada vez más amplio que las leyes y las teorías probabilísticas juegan en la ciencia y en sus aplicaciones hace que sea preferible considerar las explicaciones basadas en esos principios como si fueran explicaciones, aunque de un tipo menos riguroso que las de la forma nomológica deductiva» (33).

Pero se acepta porque da resultado, porque los científicos lo hacen así y porque en la práctica científica produce certeza. El rigor lógico del empirismo se difumina a la hora de determinar lo que es una proposición verdadera y el sistema de justificarla. El gran esfuerzo del empirismo lógico acaba con la derrota del justificacionismo.

Popper trató de salvar el ideal justificacionista por caminos distintos a los del empirismo lógico. En cierto sentido es el ejecutor testamentario de los empiristas. Con Popper el empirismo lógico se transforma en un empirismo crítico, último exponente del ideal justificacionista.

Pero, antes de continuar con este autor quisiera hacer una breve referencia al tema de los valores desde el punto de vista

(33) Véase C. HEMPEL, *Filosofía de la Ciencia Natural*, op. cit., pág. 104.

del empirismo lógico. Durante los últimos tiempos la gnoseología del empirismo lógico ha impregnado sectores importantes de la ciencia jurídica. Alf Ross —en su época de *On Law and Justice*— y tras él sectores importantes del realismo jurídico han sostenido que la tarea de la filosofía del derecho es el análisis lógico del lenguaje jurídico (34). Desde esta específica perspectiva el estudio de las bases de la ciencia jurídica —sus presupuestos y sus funciones— conducirá a una mejor comprensión del fenómeno jurídico en tanto se aclare su red conceptual.

Sin embargo en muchas ocasiones la tarea de la filosofía jurídica no ha sido el análisis del lenguaje de la dogmática sino que ha propuesto modelos normativos de ciencia jurídica. En otras ocasiones ha tenido una tarea destructiva: ciertamente desde la concepción neoempirista de la ciencia la mal llamada ciencia jurídica no es una auténtica ciencia porque no concuerda con sus parámetros. Pero ese quizá no es el tema más importante porque el saber jurídico no aumenta su rendimiento explicativo ni progresa por el hecho de que un filósofo de la ciencia diga que la dogmática es una ciencia. En todo caso la consideración de ciencia del saber jurídico tiene importancia desde el punto de vista social pero no cognoscitivo (35).

El empirismo lógico, y con él las filosofías analíticas en general han supuesto una revalorización de los planteamientos de la filosofía cercanos a la ciencia y enraizados en ella. La exigencia de rigor se ha ido imponiendo en campos tan reacios a él como el filosófico jurídico (36).

Pero el empirismo lógico ha contribuido —también— a formular una imagen del saber no científico identificado con la irracionalidad y ello ha tenido consecuencias importantes —y yo diría negativas— para el desarrollo de saberes que no son considerados «estrictamente científicos». El campo de la razón es más amplio que la razón experimental. Decidir no es —como algún autor ha señalado— pegar un puñetazo encima de la mesa. Si la decisión fuera tan irracional, ¿por qué no se sustituye el tribunal de justicia por una casa de azar?, ¿por qué la decisión de un conflicto social no se resuelve con los dados en vez de con argumentos?

El falsacionismo de Popper

El último intento para salvar el empirismo y el justificacionismo proviene de Karl Popper. Este autor fue consciente de algu-

(34) Liborio Hierro mantiene posiciones cercanas a la filosofía analítica en su libro sobre el realismo escandinavo.

(35) Véase mi trabajo «Sobre la Dogmática Jurídica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, 1982.

(36) Véase E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., corregida y aumentada, Madrid, Taurus, 1980, págs. 314 y ss.

nos de los problemas que acosaban al empirismo lógico y trató de renovarlo estableciendo un nuevo criterio de demarcación de enunciados y un nuevo criterio de justificación de su validez. Popper sostiene que el análisis lógico del conocimiento científico no se interesa por los hechos sino únicamente por las cuestiones de justificación.

Popper afirma que el principio de inducción —tal y como lo había planteado el positivismo lógico— no puede justificar la verdad de un enunciado universal partiendo de enunciados particulares. Acepta, por tanto, que no existe una lógica de la contrastación positiva. Sin embargo, mediante inferencias inductivas es posible demostrar la falsedad de enunciados universales, a partir de enunciados particulares. Ello es posible valiéndose del *modus tollens*. Consideremos un enunciado universal como por ejemplo «todos los metales son sólidos a la temperatura ordinaria». De la verdad del enunciado particular «el mercurio no es sólido a la temperatura ordinaria» se deduce que el enunciado universal es falso. Popper rechaza el principio de la inducción tanto en el contexto del descubrimiento como en el contexto de la justificación. Nunca se puede afirmar que un enunciado universal es verdadero pero en cambio sí se puede afirmar que un enunciado universal es falso.

El justificacionismo de Popper es falsacionista, es decir, puede demostrar que un enunciado universal es falso. De todo ello se infiere que las teorías científicas —que se consideran verdaderas— sólo son provisionales. Una teoría es científica si está expuesta a la refutación. Mientras no ha sido refutada se considera —por una ironía de la historia— verdadera. Mientras no haya sido alcanzada por la refutación forma parte de la ciencia. Caricaturizando un poco podríamos afirmar que son teorías científicas aquellas que todavía no han sido refutadas.

Popper intenta conservar el empirismo rechazando la inducción y el principio de verificación que como hemos visto eran sus puntos más débiles. El único papel que le queda a la experiencia es refutar teorías. Pero eso, ciertamente no justifica la validez de los enunciados científicos, sino que en todo caso pone de manifiesto —muy claramente— que no se puede justificar su validez. Lo único que se puede justificar es la exclusión de hipótesis y conjeturas refutadas.

Ahora bien, la refutación popperiana sólo funcionaría claramente si en la ciencia sólo se encontraran hipótesis sencillas que no tuvieran relaciones entre sí. Por eso Popper defiende, entre otras razones, el principio de simplicidad: «Si nuestro objetivo es el conocimiento, debemos estimar más los enunciados simples que los que lo son menos, porque aquéllos nos dicen más; porque su contenido empírico es mayor, y porque se pueden contrastar mejor» (37).

(37) Véase K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, op. cit., pág. 142.

Pero las teorías científicas están constituidas por un sistema complejo de hipótesis, de enunciados universales y enunciados particulares; hay que decidir si la hipótesis principal o alguna hipótesis auxiliar es falsa. Eso demuestra que el criterio que ofrece Popper no es completo puesto que exige una decisión del investigador. Los metodólogos —en vez de buscar criterios para justificar— inician a partir de ahí su andadura normativa. Nos indican cómo debe comportarse el científico y suministran algunos criterios para la toma de decisiones metodológicas. El intento cae fuera del ámbito justificacionista ya que este tipo de decisiones hace que algunas teorías se rechacen sin que exista ninguna garantía acerca de su verdad o falsedad.

El fracaso de la metodología

Iniciamos este trabajo planteando el malestar en la filosofía de la ciencia jurídica. Una de las razones que se han dado de ese malestar se encuentra en que la ciencia jurídica no resuelve los problemas más importantes que se plantean —crítica que Kirchmann ya sugirió y que a muchos juristas les parece todavía certera—. Nos deshicimos de esta crítica argumentando que la ciencia sólo puede resolver algunos problemas —dentro de un marco determinado— y que la idea de la urgencia o importancia social de un problema no es determinante del éxito científico.

En segundo lugar: vimos que una de las razones de la insatisfacción ante los resultados de la ciencia jurídica se debía a la falta de una metodología clara y distinta. Sólo si se construye una metodología específicamente jurídica —el caso de Kelsen— o se aplica la metodología de la ciencia —el caso de Ross— el saber jurídico dejará de ser un feudo de la política jurídica, de la ideología y de la metafísica.

He dedicado mi atención a la metodología, entendiendo por tal aquella disciplina que tiene como objetivo proporcionar criterios para reconocer la verdad. Entre racionalismo y empirismo esta disciplina ha ido construyendo, destruyendo y reconstruyendo sobre sus cenizas un conjunto de criterios más o menos claros para reconocer la verdad.

La historia que aquí hemos desarrollado —desde una perspectiva específica y sin ánimo de ser exhaustiva— nos ha conducido a la progresiva desintegración del ideal justificacionista. Y, sin embargo, de toda esta historia *queda mucho* en el proceder científico. Basta pensar en la importancia que tiene la experiencia, el carácter activo del conocimiento, el papel de la imaginación del investigador o la exigencia de rigor. Este proceso culmina con Popper que abandona la idea de justificar el criterio de verdad —que como hemos visto era el objetivo de la metodología.

Vistas así las cosas, parece que no tiene demasiado sentido lamentarse de que la ciencia jurídica no tenga una metodología

que le permita identificar la verdad de sus proposiciones. Las prescripciones de los metodólogos son demasiado ambiguas para que puedan producir un resultado positivo. Sostener que se puede establecer de una vez por todas la metodología de la ciencia y su aplicación mecánica tanto en el contexto del descubrimiento como en el contexto de la justificación raya en la utopía. La presencia activa de decisiones metodológicas en la configuración de la base empírica transfiere la autoridad para fijar las reglas metodológicas parcialmente al investigador.

¿Significa eso una concesión a la arbitrariedad, al oscurantismo o a la metafísica? ¿No costó mucho cerrar la puerta a la metafísica para que ahora se pueda introducir por la ventana? ¿Volveremos a estar a merced de los charlatanes y demagogos? ¿Dónde estará el control de la validez de las afirmaciones de la ciencia?

La historia de la metodología muestra que el control no puede ejercerse *desde fuera*. Los filósofos no son quién para decir qué deben hacer los científicos. La presuntuosidad de los metodólogos se manifiesta cuando creen que desde fuera de la ciencia se pueden establecer procedimientos para garantizar la verdad de los enunciados científicos. El fracaso de los metodólogos es el fracaso de la visión *desde fuera*. Por fortuna, el científico no se ha preocupado demasiado de lo que decían los filósofos de la ciencia y se ha ocupado de construir su ciencia.

Si el control de la verdad científica no se puede establecer desde fuera, ¿desde dónde se establece? ¿Todo vale? Me parece que el «todo vale» no vale. Por ejemplo Hempel cita la pintoresca argumentación de Francesco Sizi para refutar las tesis de Galileo. La comunidad científica no aceptaría un argumento como el siguiente: «Hay siete ventanas en la cabeza, dos orificios nasales, dos orejas, dos ojos y una boca; así en los cielos hay dos estrellas favorables, dos que nos son propicias, dos luminarias y Mercurio, el único que no se decide y permanece indiferente. De lo cual, así como de muchos otros fenómenos de la naturaleza similares —los siete metales— que sería tedioso enumerar, inferimos que el número de planetas es necesariamente siete... Además los satélites son invisibles a simple vista y por tanto no pueden tener influencia sobre la tierra y por tanto serían inútiles, y por tanto no existen» (38). Los hechos que se aducen son totalmente irrelevantes para refutar las tesis de Galileo y nadie podría reconocer en una argumentación como ésta una argumentación científica.

Reclamar mayor libertad y evitar los corsés que ha impuesto la metodología tradicional me parece que es una de las grandes aportaciones de autores como Kuhn, Lakatos o Feyerabend. Este último autor ha sostenido que la eliminación de la metafísica «lejos de aumentar el contenido empírico de las teorías tiende a convertirlas en dogmas». El anarquismo metodológico feyeraben-

(38) Véase HEMPEL, *Filosofía de la Ciencia Natural*, op. cit., pág. 77.

diano proclama abiertamente la guerra contra el método «todo vale si aumenta el conocimiento». Skolimowski —otro postpopperiano— ha sostenido que no existe ninguna regla que gobierne nuestro conocimiento y que aplicándola produzca nuevo conocimiento.

El programa del empirismo —que es la versión más depurada de la metodología— permanece irrealizado porque la interacción entre la teoría y la experiencia es un proceso demasiado complejo para que pueda ser explicado en unas pocas prescripciones metodológicas.

Las teorías de Kuhn han supuesto el golpe de gracia —quizá definitivo— al empirismo. Kuhn ha argumentado que el contexto del descubrimiento y el contexto de justificación no son tan distintos como el neoempirismo ha sostenido. También ha sostenido que el dogma juega un papel importante en la investigación científica y que el sistema de control de la validez de las proposiciones científicas se encuentra en un conjunto de valores que sostiene la comunidad científica. Este sistema de valores es uno de los componentes del paradigma. La comunidad científica controla y valida las tesis científicas. Ello quiere decir que el individuo científico no tiene absoluta libertad de hacer lo que quiera. Sólo se puede trabajar en la ciencia si se respetan las reglas de juego establecidas por la comunidad.

El peso de la evidencia empírica queda muy matizado. En la historia de la ciencia se encuentran casos —como el de Semmelweis— de descubrimientos contrastados positivamente y que sin embargo se rechazan por la comunidad como proposiciones científicas (39).

La libertad del científico no supone libertinaje. Una cierta libertad a la hora de elegir el procedimiento no supone que el científico pueda hacer lo que quiera. Kuhn ha insistido que la metodología no debe concebirse como una prescripción externa sino como un procedimiento —el más adecuado— para lograr una finalidad determinada. El pensamiento de Kuhn conduce a abandonar las pretensiones metodológicas externas y afrontar estas cuestiones desde las propias disciplinas. Ahí aparecerá el compromiso con los supuestos que no se discuten, el carácter conservador del científico ante las anomalías, el tipo de investigación y el tipo de problemas que se pueden plantear y —también— los que quedan excluidos. En otras palabras: Kuhn mantiene una posición que permite justificar la ciencia porque existe una élite de científicos que está de acuerdo en unos principios básicos, en un cierto tipo de investigación y tiene como modelo algún descubrimiento ejemplar. Desde la perspectiva kuhniana los únicos jueces de la ciencia son los científicos.

(39) Véase W. SINCLAIR, *Semmelweis. His Life and his Doctrine*, Manchester University Press, 1909.

Vistas así las cosas carece de justificación partir de un preconcepto de ciencia e ir bautizando los diversos saberes de científico o acientífico. Desde nuestra perspectiva creo que —siguiendo a Kuhn— podemos analizar cuáles son los supuestos y las reglas de juego de una comunidad institucionalizada —la comunidad dogmática— y juzgar su rendimiento explicativo. Las cuestiones metodológicas deben plantearse desde las propias disciplinas porque no encontramos procedimientos externos que nos garanticen el descubrimiento y la justificación de la verdad. Por tanto, es ciencia lo que hacen y reconocen como tal las comunidades científicas. Un programa de investigación de la metodología de la ciencia del derecho debe analizar los presupuestos y los procedimientos que utiliza la comunidad dogmática y con ello nuestro conocimiento aumentará. Creo, por tanto, que la tarea de la metodología de la ciencia del derecho no es prescribir cómo debe ser la ciencia del derecho sino estudiar los métodos y los procedimientos que usan los juristas. Un estudio de la metodología de la ciencia del derecho exige la descripción de lo que hacen los juristas. Tradicionalmente se ha enfocado este problema desde fuera de las disciplinas jurídicas. Un proyecto de investigación que arroje conocimiento —y no prescripciones— exige plantear la cuestión metodológica desde las propias disciplinas jurídicas. El fracaso de las metodologías externas abre la vía de esta perspectiva de estudio de la metodología de la ciencia del derecho. Y, en este sentido, se debe entender la metodología jurídica como el estudio del conjunto de procedimiento y reglas de juego aceptados por la comunidad jurídica.

Last but not least, el tipo de enunciados que ofrecen las ciencias sociales son más inexactos que los de las ciencias formales o las naturales. Las ciencias sociales tienen dificultades adicionales porque la actividad científica y los resultados de esta actividad tienen influencia —a veces importante— sobre el objeto de estudio. Esta es una objeción clásica a la posibilidad de una ciencia social. Sin embargo, existen ciencias sociales como la Economía —reconocida como ciencia madura— y que no por ello deja de influir en la conducta humana. Las ciencias sociales tienen mayores dificultades que otras ciencias por la interrelación existente entre el observador y lo observado. Sin embargo, creo, que esa no es una razón suficiente para negar la posibilidad de una ciencia social. Y no lo es, porque también en la física existe una interacción análoga entre el procedimiento de medición y los fenómenos (40). Además los criterios científicos importantes —en las ciencias empíricas— van siempre más allá de la observación. Una ley

(40) Véase sobre este punto M. FRIEDMANN, «The Methodology of Positive Economics», en F. HAHN y M. HOLLIS (eds.), *Philosophy and Economic Theory*, Oxford University Press, 1979, pág. 19.

científica expresa una relación universal entre determinados fenómenos porque es mucho más general que las observaciones que la confirman. La idea de que la ciencia social sostiene creencias y metafísicas mientras que la ciencia natural carece de metafísica es errónea porque las leyes científicas van más allá de las observaciones particulares y por eso —probablemente— nos fascinan (41).

(41) Véase D. LYONS, *Ética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1986. Este argumento lo desarrolla en las páginas 23 y ss. cuando compara la objetividad de la ética con la de la ciencia. Véase la página 40, en la que sostiene que «el progreso científico no parte de verdades indudables, ni en rigor podría hacerlo porque no poseemos una intuición especial acerca de las leyes de la naturaleza, y nuestro conocimiento de estas leyes siempre va más allá de las observaciones concretas que hemos hecho o podríamos hacer».

Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador

MANUEL CALVO GARCIA

Zaragoza

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL POSTULADO DEL LEGISLADOR RACIONAL.—1.1. *La racionalidad profunda de la concepción tradicional.*—1.2. *Del texto al discurso: la superación dinámica de la concepción tradicional.*—1.3. *Consideraciones teóricas actuales sobre el postulado del legislador racional.*—2. LA CONCEPCION SISTEMATICA DE LA RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR Y SUS CONSECUENCIAS DOGMATICAS.—2.1. *El postulado del legislador racional y los desplazamientos en la concepción del sistema.*—2.2. *La coherencia del ordenamiento jurídico.*—2.3. *El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico.*

INTRODUCCION

A pesar del uso de las definiciones y del característico abuso de las fórmulas, opinamos que no se puede afirmar con propiedad que el lenguaje legal sea un lenguaje formalizado, en el sentido de que sea un lenguaje ideal o suponga un contexto de uso inequívoco. Incluso, cuando se habla de lenguaje artificial o semi-artificial se debe matizar qué se quiere decir para no caer en errores importantes. En todo caso, parece claro que no puede hablarse de un lenguaje legal ajeno o diferente del lenguaje corriente, aunque ello suponga renunciar al paraíso de un lenguaje compuesto por símbolos y signos capaces de significar unívocamente: un lenguaje independiente del contexto de su uso que hiciera posible la especificación deductiva del significado de la ley sin opacidad ni distorsión alguna. Determinadas formas de ambigüedad del lenguaje jurídico pueden reducirse identificando el universo de las relaciones jurídicas como un campo pragmático particular que determinaría la existencia de un sistema de comprensión más riguroso y preciso que el de los usos corrientes del lenguaje. Pero, aun así, hay determinadas formas de ambigüedad que son irreductibles. La explicitación gramatical de las reglas de uso de los conceptos jurídicos más relevantes —generalmente

mediante definiciones y directivas de interpretación— no resuelve de manera definitiva los problemas de ambigüedad expresiva del lenguaje jurídico. Esta es, hoy por hoy, una cuestión ampliamente admitida, por lo que no nos ocuparemos de demostrarla en este trabajo. Simplemente, cabe subrayar que el reconocimiento de la ambigüedad del lenguaje jurídico surge de forma inmediata al constatar que en muchos casos es imposible calificar incontrovertiblemente, sin ambigüedades ni opacidad alguna, unos hechos determinados desde el punto de vista jurídico. El positivismo jurídico, además, a partir de este dato, reconoce la existencia de una «zona de penumbra» que daría origen a un margen hermenéutico irreductible mediante argumentos basados en el contenido intelectual de la norma jurídica, es decir, un margen de discrecionalidad jurídica. Esta «textura abierta» del derecho se pone de manifiesto sobre todo en lo que se ha dado en llamar casos límites o marginales: «una penumbra de casos discutibles en los que las palabras no resultan ni obviamente aplicables ni obviamente no aplicables» (1).

La textura abierta del derecho y la discrecionalidad jurídica inherente a la decisión interpretativa que se deriva de aquélla da origen, por así decirlo, a una cierta *economía de la imprecisión* que, sin embargo, no supone en modo alguno la renuncia al ideal de una objetividad hermenéutica absoluta. La organización de los principios que rigen la administración de la ambigüedad da razones de cómo los juristas han venido integrando las incertidumbres y las opacidades expresivas de la ley a partir de las pretensiones dogmáticas de objetividad y precisión. La holgura hermenéutica a que da lugar la textura abierta del derecho ha funcionado hasta hace bien poco de forma implícita, oculta tras una fundamentación ideológica que negaba su existencia más allá de ciertos umbrales superficiales. Hoy, puede decirse que hemos pasado de la negación radical al reconocimiento explícito y la racionalización, a una manipulación consciente de la ambigüedad expresiva de la ley. Los últimos desarrollos de la metodología jurídica han integrado como algo no patógeno la imprecisión del texto. Incluso, se ha llegado a considerar este aspecto del lenguaje jurídico como algo necesario, tanto desde el punto de vista

(1) Herbert L. A. HART, «Separación entre derecho y moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 25-6; con mayor amplitud sobre la «textura abierta del derecho», cfr. HART, *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, México, EN, 1980, p. 155 ss. Esta noción de «textura abierta» debe distinguirse de la de «vaguedad», cfr. Friedrich WAISMANN, «Verificabilidad», en *La teoría del significado*, G.H.R. Parkinson (Edr.), trad. Paloma Villegas, México, FCE, 1976, p. 62: «la textura abierta es algo así como la *posibilidad de vaguedad*. La vaguedad puede ser remediada con reglas más precisas, pero la textura abierta no puede serlo. Otra manera de decir esto sería señalar que las definiciones de términos abiertos son *siempre* susceptibles de corrección o enmienda».

de aspectos coyunturales de la técnica jurídica (2), como desde el prisma de la «liberalización» dogmática de las experiencias y textos jurídicos. En este sentido, Luhmann ha señalado que «los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión» (3). En este trabajo, nos proponemos afrontar el tema de la economía de la imprecisión en base a uno de los postulados que más se ha utilizado y se utiliza en la reducción hermenéutica de los márgenes problemáticos del texto: el postulado de la racionalidad del legislador.

1. ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL POSTULADO DEL LEGISLADOR RACIONAL

El postulado del legislador racional tiene una especial relevancia en la organización del contexto de la justificación hermenéutica. La hipótesis de la racionalidad del legislador provee al jurista de argumentos para el contraste y la defensa de la objetividad en la decisión interpretativa. Aun cuando hoy puede considerarse desplazado, en parte, por las concepciones que centran el ideal de la racionalidad hermenéutica en la propia labor del intérprete y el contexto o la situación de comprensión (4), conserva aún importantes funciones en la metodología de la dogmática y la praxis jurídica. El postulado del legislador racional no ha sido formulado teóricamente de una manera uniforme, o mejor, unívoca. Por eso, no es suficiente para su estudio con facilitar los datos más relevantes de su función, haciendo abstracción de los despla-

(2) Por ejemplo, en la dogmática administrativa se entiende que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tiene resultados beneficiosos desde el punto de vista del control de la discrecionalidad administrativa, cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1974, p. 32 ss.; con una perspectiva sistemáticamente más elaborada, cfr. Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976. Un buen panorama sobre la problemática de los conceptos jurídicos indeterminados en las distintas ramas del derecho puede verse en Chaïm PERELMAN y Raymond VANDER ELST (Eds.), *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1984.

(3) Niklas LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, CEC, 1983, p. 34. Para Luhmann la función de la dogmática consiste, según demuestran tanto la historia de la dogmática como la de la teología, «no en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente al revés, en el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos», cfr. *ibidem*, p. 29.

(4) Entre las concepciones a las que se hace referencia cabe destacar la nueva hermenéutica jurídica y la teoría de la argumentación racional. En esta línea desde una perspectiva neo-empirista, Peczenik entiende que «los juristas no asumen que el legislador real sea racional, sólo aceptan la regla de que ellos mismos deben ser racionales», cfr. Aleksander PECZENIK, «Empirical Foundations of Legal Dogmatics», en *Études de logique juridique*, vol. III, Ch. Perelman (Edr.), Bruxelles, E. Bruylant, 1969, p. 42.

zamientos que se han producido en su formulación teórica hasta llegar al paradigma actual de este postulado. Tal perspectiva, generalizando, enfrenta a la *concepción tradicional* una *fundamentación dinámica* de la racionalidad ejecutiva de la decisión hermenéutica y presenta una situación en la que, por una parte, se solapan conceptos y soluciones y, por otra, se constata un desplazamiento metodológico importante. En síntesis, nos vamos a encontrar con que, en primer lugar, para la concepción tradicional, la objetividad es un problema de contenidos: su lógica es deductiva y la justificación se concibe a partir de un esquema de racionalidad intelectual. Posteriormente, en segundo lugar, observaremos cómo, con la crisis de esta concepción, surge y se afianza un modelo dinámico en el que la justificación se desplaza bien configurando unos márgenes racionales de ejecución o bien hasta concebirse como algo propio e inherente a la posición de sujeto que implica la decisión jurídica que ha de tomarse.

1.1. *La racionalidad profunda de la concepción tradicional.*

La concepción tradicional se caracteriza por suponer la existencia de un significado racional profundo detrás, o mejor, expresado por la letra escrita. Hasta cierto punto, las claves de la concepción tradicional han de buscarse en los orígenes de la hermenéutica medieval y humanista y en el tránsito racionalista que adelanta muchas de las soluciones concretas de la metodología hermenéutica de la ciencia jurídica positivista del siglo XIX (5). A partir de este momento, la dogmática jurídica depura conceptualmente el contexto de la justificación hermenéutica, adecuándolo a un programa de consolidación científica. En este sentido, Savigny

(5) Pensamos que es fundamental al respecto la inflexión hermenéutica que impone Agustín de Hipona en su intento de reconducir por los caminos de la verdad dogmática la hermenéutica del Texto sagrado solventando las ambigüedades y las contradicciones del mismo. Agustín busca superar las dificultades del método alegórico de la teología romana volviendo la justificación hacia adentro, para lo cual pone en conexión significado y pensamiento. Con ello, trata, en primer lugar, de inscribir la re-exposición hermenéutica en el Texto, directamente, sin interferencia alguna, y, en segundo lugar, busca cerrar el círculo que hace de la voluntad divina el centro omnipresente desde el que se organizan y administran las soluciones terrenales sin recurrir a argumentos espúeos, cfr. Agustín de HIPONA, *De Doctrina Christiana*, en *Obras*, vol. XV, ed. B. Martín, Madrid, BAC, 1969. Sobre la asunción del significado de la patrística en la jurisprudencia medieval, puede verse Vincenzo PIANO MORTARI, *Dogmática e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Jovene, 1976, p. 174 ss. Sobre el tránsito racionalista de esta ideología pueden contrastarse como paradigmas: Hugo GROCIO, *De Iure Belli ac Pacis*, B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp (Edr.), Lugduni Batavorum, E. J. Brill, 1939, *Prolegomena*, pfs. 30-32 y lib. II, cap. XVI; Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, trad. M. Sánchez Sarto, México, FCE, 1980, p. 226 y 229-30; Samuel PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium*, G. Moscovius (Edr.), Frankfurt a. M., Minerva, 1977, lib. XV, cap. XII; ID, *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, trad. Lelia de Ortiz, Universidad de Córdoba (Argentina), 1980, lib. I, cap. XVII.

precisa el significado y la finalidad de la labor hermenéutica concibiéndola como «la reconstrucción del pensamiento contenido o expresado en la ley» (6). Por ello, dado que la interpretación busca el reconocimiento de la ley en su verdad, es necesario que su *espíritu* sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos a quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir enteramente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia» (7). Este mismo planteamiento se encuentra, si cabe, expresado con mayor rotundidad, en la teoría imperativista del positivismo anglosajón. Austin es tajante al respecto: «dado que una decisión legal —*statute law*— es expresada mediante determinados signos y que los mismos están encaminados a transmitir la voluntad del legislador, se tiene que admitir en consecuencia que lo importante en los mismos es el sentido o la intención que se agrega a aquellos signos ciertos» (8). Según esto, el objeto de la interpretación genuina, esto es, de la interpretación propiamente dicha y en sentido estricto, es aprehender «el significado de las expresiones con las que el legislador ha intentado transmitir su intención» (9).

Con su consolidación científica, los ideales de plenitud y coherencia que generan el racionalismo y la codificación se incorporan a la ley, no en la superficie de la misma, en la letra escrita; sino en su significado, en aquello que expresa la letra, que sería en todo caso una instancia racional. También los de universalidad e intemporalidad. La función de presuponer un contenido intelectual detrás de los signos —el significado objetivo de la ley— es doble. Primero, se busca justificar la necesidad excluyente de la interpretación, considerando que ésta revela o especifica un significado objetivo: el espíritu de la ley o su pensamiento o la voluntad del legislador, en tanto en cuanto sea expresada en la ley (10). En segundo lugar, esa instancia profunda, caracterizada por una racionalidad sistemática —que se postula como hipótesis teórica—, permite dotar de una cierta *flexibilidad dogmática* la labor hermenéutica de tal forma que sea posible superar las dificultades, los silencios e, incluso, las contradicciones de la letra escrita con las creencias autorizadas del intérprete sobre lo que debiera o debiera haber sido querido por el legislador. Al darse por descontado el postulado de que el legislador o, en su caso, el senti-

(6) Friedrich KARL VON SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, vol. I, trad. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Góngora, s. a., p. 183. A este respecto quizá sea interesante recordar la noción de interpretación que ya diera Savigny en un trabajo de 1804, cfr. F. K. von SAVIGNY, *Metodología jurídica*, trad. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 14: «la reconstrucción del pensamiento expresado en la ley en cuanto sea conocible en la ley».

(7) SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 187.

(8) John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, vol. II, New York, Burt Franklin, 1970, p. 331-2.

(9) *Ibidem*, vol. II, p. 333; cfr. también AUSTIN, «Note on Interpretation», en *Lectures on Jurisprudence*, vol. III, cit., p. 231 ss.

(10) Cfr. *supra* nota (6).

do objetivo que expresa la ley son racionales, el intérprete no puede llegar a una conclusión hermenéutica en la que el significado de la ley diverja de los cánones de racionalidad aceptados dentro del orden dogmático. La labor hermenéutica debe de estar encaminada a esclarecer el potencial significativo profundo, racional, expresado por la letra de la ley. Esta tendencia hacia la optimización de lo expresado por la ley es, junto a la pretensión de cerrar el círculo de los *elementos* de la actividad hermenéutica sobre la propia ley, la característica más relevante del método jurídico en esta fase de consolidación científica de la dogmática jurídica. En este sentido, el método de la construcción permite, por un lado, dar salida a las exigencias de plenitud y coherencia del sistema jurídico y, por otro lado, ganar los márgenes de flexibilidad necesarios sin renunciar a las exigencias de igualdad y generalidad (11).

El método constructivo surge especialmente vinculado a la idea de sistema, al espíritu sistemático del derecho. Un espíritu que aparece ligado a nociones de carácter científico y a la jurisprudencia *superior*. No se limita a las manifestaciones exteriores del derecho, sino que penetra en la esencia de las cosas, busca esa organización en la fuerza interior del derecho y, desde la misma, inventa y configura, produce construcciones jurídicas elaboradas a partir del precepto legal. Con todo, cabe advertir, que esta concepción relaciona la decisión hermenéutica con los preceptos jurídicos no de manera directa, sino a través de conceptos como los de «institución» o «cuerpo jurídico» (12). La abstracción del método constructivo no sólo simplifica el derecho. Además, abre unas posibilidades infinitas de cara a juzgar lo concreto. La integración de una norma o de un conjunto de normas en un instituto jurídico contribuye, primero, a explicar sistemáticamente esa regulación y, segundo, facilita de manera importante la expansión de las posibilidades regulativas de los preceptos legales en orden a alcanzar el ideal de plenitud del ordenamiento jurídico manteniendo la ficción de que el intérprete no crea derecho y que las soluciones normativas son, en todo caso, deducidas o atribuibles a la ley.

También en los inicios de la ciencia jurídica positivista, comienzan a perfilarse dos formas distintas de localizar o situar el sentido objetivo de la ley, la instancia significativa profunda desde la que se organiza la justificación de la objetividad hermenéutica. Junto a su identificación como la voluntad del sobe-

(11) Cfr. en este sentido, los comentarios de García de Enterría suscitados por la STC de 2 de nov. de 1983, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», en *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 85-174.

(12) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 66; Rudolf von IHERING, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II.2., reimpresión de la 9.^a y 10.^a eds., Aalen, Scientia Verlag, 1968, p. 353 ss.

rano, característica del positivismo imperativista, comienza a hablarse, o mejor, se recupera una terminología que identifica esa instancia racional profunda como el espíritu o el pensamiento de la ley (13). Esta distinción es importante dado que en torno a la misma se van a enfrentar, posteriormente, dos teorías de la interpretación. La primera de estas dos corrientes sostiene que el intérprete ha de buscar la voluntad de hecho del legislador histórico. Mientras que la segunda, la llamada teoría objetiva de la interpretación, busca el significado inmanente de la ley, con independencia de la intención del legislador. Así, según la primera, se «aspira a conocer en las palabras el sentido que el autor había vinculado a ellas»; por el contrario, para la segunda, «la meta de la interpretación es poner en claro el sentido racional de la ley como un todo objetivo con sentido» (14). Esta distinción, reiterada hasta la saciedad en la dogmática jurídica, no debe ocultarnos el carácter unitario de la concepción tradicional en lo que respecta a la manera de construir el contexto de justificación. De hecho, en muchos casos, con ligeras correcciones en cualquiera de ambas teorías —considerar en el primer caso que se habla del legislador actual, valorar los precedentes históricos de la ley a la hora de fijar su sentido objetivo, considerar la incidencia del contexto económico y social en la aplicación de la ley al caso concreto, etcétera—, se ha llegado a resultados técnicos y a conclusiones normativas parejas. Debemos tener en cuenta que para cualquiera de las dos teorías el significado de la ley se concibe como una instancia racional profunda: el *contenido* de la ley. Ya sea éste la voluntad del legislador o el pensamiento de la ley, el intérprete busca siempre un contenido intelectual: un estado mental, algo que ha sido concebido o pensado y que se transmite a través de las palabras.

Tras la renovación de los presupuestos metodológicos, como consecuencia de la pujanza epistemológica del racionalismo, se da por descontado que el contenido de la ley consiste en *ideas abstractas* (15). Es importante resaltar este dato porque da lugar a un talante específico y a unas formas determinadas de proceder en la justificación. Presupuesto el carácter intelectual de la instancia racional profunda que se identifica como el significado de la ley, la organización de esa racionalidad exige una lógica específica, esto es, un procedimiento racional capaz de determinar la medida de la aceptabilidad de las decisiones interpretativas en

(13) Savigny usa el término *pensamiento* para subrayar que lo que interesa al intérprete es propiamente la parte intelectual del contenido de la ley, cfr. SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 187.

(14) Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.^a ed., trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 53; cfr. también p. 312 ss.

(15) De entre las múltiples manifestaciones que pueden encontrarse en este sentido, puede verse como una de las más representativas la de John LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2 vol., trad. M.^a Esmeralda García, Madrid, EN, 1980, p. 610.

base a argumentos de carácter intelectual. De esta manera, la objetividad hermenéutica se confronta según un procedimiento lógico-conceptual. El racionalismo, a la par que matematiza y proposicionaliza la verdad, proporciona la coartada ideológica que fundamenta *deductivamente* la objetividad de la decisión hermenéutica. No sólo se concibe que el significado de la ley es perfecto —ahora la ley encierra en sí misma la unidad de poder y razón que la tradición hermenéutica teológica predicaba sólo de Dios (16)—; sino que además se presume que es posible alcanzar ese significado sin fisuras ni opacidades, a través de procedimientos lógico-intelectuales. Para la concepción tradicional, la objetividad de la interpretación, la posibilidad de su comunicación o aceptabilidad universal, puede fundamentarse intelectualmente de una forma absoluta.

1.2. *Del texto al discurso: la superación dinámica de la concepción tradicional.*

En la concepción tradicional, el experto administra la imprecisión del texto mediante el recurso a un significado racional profundo del mismo. Sobre esta base, se dispone una función reguladora profunda que sobre-codifica la expresión superficial y permite superar las imprecisiones, los silencios e, incluso, las contradicciones de la expresión textual con las creencias autorizadas del intérprete sobre lo que debe ser pensado o querido por un legislador que se presume racional. El pensamiento contenido en la ley y la voluntad o intención del legislador son instancias profundas, ideales, que promueven recursos hermenéuticos y argumentos que justifican la objetividad de la decisión hermenéutica. Ahora bien, tras la crisis de la concepción tradicional (17), la expli-

(16) Cfr. Enrique GÓMEZ ARBOLEYA, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, IEP, 1962, p. 422, 450.

(17) A principios de siglo, una pléyade de autores y movimientos de vasto alcance en la ciencia jurídica continental, desde Geny a Hägerström, cuestionan la suficiencia objetiva de las decisiones hermenéuticas en los términos en que ésta se planteaba por la concepción tradicional. Cfr. entre las manifestaciones más importantes de esa crítica, François GENY, *Método de interpretación y fuentes de Derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1902; Eugen EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft y Soziologie und Jurisprudenz*, Aalen, Scientia, 1973; ID., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967; ID., *Die juristische Logik*, 2.^a ed., Aalen, Scientia, 1966; Hermann U. KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius), *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. W. GOLDSCHMIDT, en *La ciencia del derecho*, AA. VV., Buenos Aires, Losada, 1949, p. 327-373; Philipp HECK, «Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue», en *Interessenjurisprudenz*, G. Ellscheid y W. Hassemmer (eds.), Darmstadt, Wissenschaftliche B., 1974, p. 32-5; Ernst FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freierecht und Rechtsreform*, 3 vol., A. S. Foulkes (edr.), Aalen, Scientia, 1970; Axel HÄGERSTRÖM, *Inquiries into de Nature of Law and Morals*, K. Olivecrona (edr.), trad. C. D. Broad, Uppsala, Almqvist, 1953.

citación hermenéutica del significado de la ley tiene lugar en base a un sistema constitutivo de reglas que fija y distribuye las posibilidades de ejecución hermenéutica correctas. Desde este punto de vista, hablar de legislador racional o de la racionalidad del legislador obliga a tomar en cuenta nuevos elementos lógicos y modifica los planteamientos de la solución tradicional. La función del postulado del legislador racional consistiría en convalidar la actuación del legislador al proyectar sobre sus ejecuciones normativas los viejos caracteres vinculados al concepto de racionalidad. Lo expresado por el legislador es racional desde momento en que tal ejecución se produce dentro de un universo regulativo que se presume racional. El texto, incluso, pierde su primacía funcional en favor de una visión dinámica. La especificación del significado de la ley tiene lugar dentro de un discurso, el discurso de las prácticas de ejecución, desarrollo y aplicación de normas legales reconocidas, aceptadas dentro de una comunidad jurídico-política. No se trata de una presuposición de racionalidad en el sentido de que detrás de las manifestaciones plurales y dispersas —incluso contradictorias— del texto de la ley se encuentra siempre una voluntad racional, una intención profunda unitaria y coherente. El postulado del legislador racional en esta nueva perspectiva sólo da por descontado la racionalidad del legislador en tanto en cuanto las ejecuciones normativas de éste tienen lugar dentro de un entramado de sentido que se presume racional.

Con respecto a lo anterior, puede objetarse, quizá, que en el fondo la funcionalidad teórica de ambas presunciones es idéntica o, cuando menos, similar. Sin embargo, creemos que no puede perderse de vista el hecho de que tanto el contexto como la matriz epistemológica y científica han sufrido una profunda renovación que afecta también a la justificación de las interpretaciones y a la legitimación del experto en las ejecuciones hermenéuticas. Para la concepción tradicional, la justificación, desde el momento en que los enunciados interpretativos no eran sino la explicitación de un pensamiento, intención o voluntad dados de antemano en el texto, se presentaba como algo añadido y con un contenido material. De tal forma que la decisión interpretativa, al especificar el significado de la ley, descubría y concretaba la voluntad del legislador para el caso concreto. Así mismo, la legitimidad para realizar esa ejecución hermenéutica venía dada por el hecho antecedente e insustituible del mandato de la razón o del soberano. Los enunciados hermenéuticos que produce el intérprete autorizado son válidos desde el momento, y sólo desde el momento en que descubren el pensamiento de la ley o la voluntad del legislador. Una tal justificación procede directamente de la autoridad del texto en tanto en cuanto éste expresa la razón —la *ratio scripta*— o de la autoridad del soberano, la figura del legislador-estado en la que se incorporan y unifican el poder y la razón. Frente a esto, en la perspectiva que ahora abordamos, la

concepción dinámica, el postulado de la racionalidad del legislador presupone un nuevo esquema de fundamentación acorde con las transformaciones de los presupuestos legitimadores. Esta nueva perspectiva descansa en una suerte de legitimidad formal o regular, que implica el actuar conforme a procedimientos determinados (18). La justificación del enunciado hermenéutico no se deriva exclusivamente del descubrimiento de la voluntad de una persona o asamblea de personas; ni, en general, de la autoridad que encierra el significado profundo del texto legal. En la perspectiva de la concepción dinámica, la justificación procede del respeto a unos límites de actuación aceptados, de la ejecución de la actividad hermenéutica dentro de un sistema constitutivo de reglas.

Al considerar el sistema jurídico desde un punto de vista dinámico, se desplaza la atención teórica desde los *contenidos* al propio *acto* de la decisión interpretativa. Tras la crítica de la concepción tradicional, Kelsen llega a la conclusión de que sólo mediante ese desplazamiento de la atención teórica desde los contenidos intelectuales al propio acto de voluntad en que consiste la decisión hermenéutica puede hacerse factible alcanzar el ideal de una certeza *absoluta*, esto es, llegar a una decisión interpretativa que pueda ser considerada como la única solución correcta (19). Estamos ante una nueva forma de ver las cosas. Desde esta perspectiva, el sistema jurídico va a ser descrito como un *sistema enunciativo*. La validez de los enunciados que entran a formar parte del mismo ya no se deriva de una conexión lógico-deductiva, sino del hecho de haber sido ejecutados según las pautas y los criterios de actuación definidos por las reglas del marco performativo que compone la estructura del sistema jurídico en su conjunto. La justificación de la decisión hermenéutica deja de ser un problema de concordancia intelectual, un mero contraste de los contenidos de la decisión hermenéutica y la voluntad del legislador o el pensamiento de la ley (20). Con inde-

(18) Cfr. Max WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, J. Winckelmann (Edr.), trads. J. Echevarría y otras, México, FCE, 1979, p. 30, 172 ss. y 1057. Este sería uno de los rasgos característicos del positivismo jurídico. Una perspectiva distinta sería la de Luhmann que considera que el procedimiento no es sólo un factor de legitimación, en su opinión ha de considerarse al mismo también como un factor de configuración, de existencia y funcionalidad dentro de un marco de legitimación ritualizado. Cfr. Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 2.ª ed., Darmstadt, Luchterhand, 1975.

(19) Cfr. Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.ª ed., trad. R. J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 352-3.

(20) Kelsen critica explícitamente la falsa ilusión de la seguridad jurídica que la teoría tradicional del derecho se esfuerza consciente o inconscientemente por mantener. Para Kelsen, cualquier método de razonamiento, cualquier procedimiento intelectual de interpretación conduce a varias decisiones hermenéuticas igualmente válidas dentro del sistema jurídico. Por eso, si se pretende alcanzar una única decisión correcta, la justificación de la misma no habría de concebirse como un problema técnico-jurídico, sino como un problema político-jurídico. Según esta concepción, lo relevante de

pendencia de ulteriores precisiones, se puede definir el contexto de la crítica general de las decisiones interpretativas que promueve el positivismo jurídico, que identificamos juntamente con las obras de Kelsen y Hart, a partir de las nociones de sistema enunciativo y validez. Es decir, en definitiva, del éxito de la decisión interpretativa dentro del sistema enunciativo. Según este esquema de crítica, la corrección o incorrección de la decisión hermenéutica dependerá del éxito de la misma y éste, a su vez, dependerá de si ha sido ejecutada de acuerdo con las reglas del marco de ejecución reconocido, esto es, de acuerdo con las pautas y criterios de adjudicación del sistema jurídico (21). Estas pautas y criterios se incorporan a una *posición de sujeto* que circunscribe las posibilidades de actuación del individuo que la ocupa efectivamente. Tal posición de sujeto estaría integrada por un sistema de reglas que determinan la ejecución y permiten establecer qué ejecuciones son correctas y cuáles no. Ocupar correctamente la posición enunciativa que delimita esa posición de sujeto supone actuar conforme a las reglas del marco *performativo* relevante de la clase de ejecuciones en que consisten las decisiones jurídicas.

De acuerdo con lo anterior, Hart fundamenta la justificación de la decisión hermenéutica sobre la base de un marco regulativo, un sistema específico de comprensión constituido por un conjunto de reglas que configuran una posición realizativa determinada. Para Hart, en el sistema jurídico de cualquier estado moderno, cuando un juez asume su cargo, se encuentra con un marco regulativo que incorpora los criterios y las pautas necesarias para el correcto desempeño de su cargo (22). En cualquier caso, esa posición realizativa integra «un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en su parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran a esas reglas como algo que ellos no son libres

para a la justificación de la decisión hermenéutica no son los procesos intelectuales concurrentes, sino la función de la voluntad de cada acto normativo concreto. Con mayor precisión, es el reconocimiento por una norma de rango superior de la ejecución de un determinado acto de voluntad, lo que dota de un sentido objetivo a la decisión, al interpretarse el sentido subjetivo de ese acto como su sentido objetivo. Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 210, 352-55.

(21) Esta concepción de la crítica general de los enunciados hermenéuticos que hace depender la objetividad de la propia aceptabilidad, de la corrección realizativa del acto que individualiza el significado de la ley, de alguna manera, tiene bastante que ver con el giro que se va a producir en la atención del análisis filosófico del lenguaje desde los contenidos locutivos hacia el acontecimiento lingüístico. En virtud de este desplazamiento, lo importante son las circunstancias de ejecución del acto significativo, la adecuación del acto a unas convenciones determinadas. El valor de verdad se desplaza desde las brumas de la referencia a las condiciones de ejecución del acto significativo, que lo hacen afortunado o desafortunado, correcto o incorrecto. Cfr. John L. AUSTIN, *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con las palabras*, J. O. Urrsom (Edr.), trad. G. R. Carrió y E. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1971, p. 54 ss., 179 ss.

(22) HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 181.

de dejar a un lado al ejercer la autoridad para dictar aquellas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema» (23). En general, puede decirse que cuando se describe un sistema jurídico desde el punto de vista dinámico la novedad de esta perspectiva radica en la intelección de la actividad hermenéutica fundamental, primero, como actividad normadora y, segundo, como actividad sometida a reglas (24). Lo cual supone, a su vez, una nueva forma de entender cuál es la metodología apropiada para la crítica de esa actividad. Como conclusión, cabe señalar que para la concepción dinámica la actividad interpretativa es una actividad sometida a reglas y que esas reglas, a pesar de no poder excluir la existencia de un cierto margen de discrecionalidad, son suficientes para establecer qué decisión es correcta y cuál no (25). Esas reglas y sólo esas reglas son el acuerdo que hace posible la crítica de los enunciados interpretativos dentro del sistema jurídico.

Tenemos, pues, que aunque tanto para la concepción tradicional como para el positivismo jurídico el postulado del legislador racional tiene una función reguladora y de justificación de la objetividad hermenéutica, se ha producido entre ambas un corte que implica radicalmente al meollo del postulado del legislador racional: el concepto típico-ideal de legislador. Para la concepción tradicional, la noción de legislador se ligaba bien directamente a un *fatum* profundo como la razón o bien a una voluntad unitaria que encarnaba esa razón. En todo caso, la resonancia del concepto de legislador racional como hipótesis fundante llevaba a una noción de autoría, de atribución del sentido producido a una instancia unitaria y profunda de carácter ontológico. Frente a ello la noción de legislador racional que se deriva de la concepción dinámica y que puede ser considerada como paradigmática en nuestra cultura jurídica remite a una red de sentido no personificada, a un universo de sentido que impone requisitos y distribuye posibilidades. Esta posición de sujeto o función autor no es sino un lugar vacío que puede ser ocupado efectivamente por

(23) *Ibidem*, p. 181.

(24) Para el positivismo jurídico, desde Kelsen, las decisiones que aplican o desarrollan el derecho son verdaderamente legales e individuales. El orden jurídico se considera como una serie de actos creadores en cuyo límite se encuentra siempre una norma individual que es válida por el mero hecho de que «fue dictada de una forma bien determinada, por que fue establecida según un procedimiento específico» cfr. Hans Kelsen, *La Teoría pura del derecho*, 1.ª ed., trad. J. Tejerina, México, EN, 1979, p. 96.

(25) Esta conclusión no deja de causar alguna perplejidad entre los críticos del positivismo jurídico. En realidad, cabe señalar brevemente que éstas nacen de lo que Wittgenstein consideró como una *imagen errónea* de la actividad consistente en seguir una regla. Toda regla debe ser entendida dentro del contexto particular en el que tiene una función. No hace falta que la regla sea perfecta, que no deje ningún resquicio de actuación o de crítica, es suficiente con que cumpla su trabajo en el contexto en que funciona y para el que fue concebida. Cfr. Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, trad. G.E.M. Anscombe, Oxford, B. Blackwell, 1981, pfs. 85 ss.

individuos diversos. Este espacio vacío viene delimitado por el marco de los requisitos y las posibilidades de ejecución que autoriza el sistema constitutivo de reglas propio de un ordenamiento jurídico. Pues bien, si este marco regulativo se concibe como un sistema racional de reglas, consecuentemente la posición de sujeto a la que da lugar se verá investida también de esa presunción de racionalidad. Hablar de la racionalidad del legislador, hoy, no supone considerar una intención significativa tras el texto de la ley, sino atender a la hipotética racionalidad de la voluntad epidérmica, superficial, que se incorpora a la ejecución de los actos hermenéuticos legales por el mero hecho de ser reconocidos como válidos.

Así entendido, el postulado del legislador racional abre nuevas posibilidades para reducir la pluralidad significativa del texto. No sólo permite reducir las ambigüedades léxicas o la vaguedad de la letra escrita, sino que facilita nuevos argumentos para resolver las contradicciones y las insuficiencias del texto. Al asumirse como punto de partida una función autor o posición de sujeto integrada por un conjunto de reglas, pautas y criterios de actuación obligatorios, la labor hermenéutica desborda los límites del segmento normativo concreto sobre el que en apariencia versaría la interpretación y determina la necesidad de ponerlo en conexión con los demás elementos significativos pertinentes del universo de sentido al que pertenece, el sistema jurídico. De esta manera, esa posición de sujeto puede convertirse por sí misma, sin recurrir a la construcción conceptual, en el factor básico de organización de la economía de la incertidumbre. El intérprete, dentro de los márgenes de decisión que le determinan las reglas de la posición de sujeto que ocupa, puede superar los límites de la expresión literal —sus insuficiencias y contradicciones— en la búsqueda del significado correcto de la ley. El intérprete integra o restaura la literalidad a partir del ideal de racionalidad que se desprende del carácter sistemático de las reglas que integran esa posición de sujeto. Más adelante profundizaremos en torno a las formas de concreción de ese carácter sistemático, por el momento bastará con señalar cuál es el núcleo de este planteamiento. Si se reconoce la validez de una ejecución normativa cualquiera dentro del sistema jurídico, siendo consecuentes con el postulado de la racionalidad del legislador habrá de presuponerse también que la misma ha sido ejecutada dentro de los cánones regulativos —coherencia y plenitud fundamentalmente— que identifican la posición de sujeto de un legislador racional. Con lo cual, en primer lugar, se convalida como propia de un legislador racional la ejecución legal hermenéutica del legislador de carne y hueso que actúa dentro del marco regulativo que delimita la específica posición de sujeto y, en segundo lugar, si se ha ocupado efectivamente esa posición de sujeto, se presume que la ejecución es acorde en todo con los cánones de racionalidad que ese espacio delimita.

1.3. Consideraciones teóricas actuales sobre el postulado del legislador racional.

La toma de conciencia sobre las posibilidades del postulado de la racionalidad del legislador de cara a solventar algunos problemas hermenéuticos importantes ligados a lo que hemos denominado economía de la imprecisión ha dado lugar en los últimos años a una teorización *explícita* del mismo y a un cierto auge de su capacidad explicativa. El postulado del legislador racional permite organizar y reducir, esto es, simplificar la red unitaria de sentido que genera la reconstrucción de la posición hermenéutica y su consideración como marco performativo. En este sentido, Nowak entiende que para justificar las reglas de interpretación particulares que caracterizan el método hermenéutico de los juristas es necesario apelar a ciertos principios racionales que conciernen al legislador (26). No se trataría tanto de que los juristas crean en la racionalidad de hecho del legislador —aunque algo hay de eso, al menos como desiderátum (27)—, como de caracterizar un tipo ideal al que se atribuye una fuerza explicativa y una capacidad efectiva para justificar algunas reglas de la interpretación jurídica. Se distingue, pues, entre un legislador real, la persona o el conjunto de personas de carne y hueso que ocupan una posición de sujeto definida por los procedimientos que facultan para establecer normas legales, y un tipo ideal abstracto, el legislador racional, un espacio de actuación caracterizado por los postulados de la teoría del comportamiento racional aceptada dentro de una determinada cultura jurídica. Pues bien, para Nowak, el principio fundamental en la indagación del sentido de la norma «es aquel que proclama que el legislador real del sistema jurídico que constituye la materia de sus reflexiones es un legislador racional» (28). El jurista presupone que el autor del texto se ajusta a unos cánones de comportamiento racionales. Es decir, que el actor particular de carne y hueso asume perfecta y plenamente la posición de sujeto que el sistema jurídico determina integrándola, además, con las prácticas y convenciones sociales que una cultura jurídica reconoce como racionales. Según Nowak, «para el jurista la tesis de la racionalidad del legislador es un principio cuasi-hipotético que admite dogmáticamente sin esforzarse en verificarlo por sí mismo». No se trata, por tanto, de una tesis psicológica, sino de «una tesis metodológica que proclama que los juristas interpretan la ley como si admitieran que el legislador real es racio-

(26) Leszek NOWAK, «De la rationalité du législateur como élément de l'interprétation juridique», en *Études de logique juridique*, vol. III, cit., p. 80.

(27) Cf. al respecto Jerzy WRÓBLEWSKI, «A Model of Rational Law-Making», en *Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie (ARSP)*, LXV/2 (1979), p. 187-202. Frente a este modelo ideal, una buena información sobre lo que da de sí el proceso real de elaboración una ley, cfr. Sylvie CIMAMONTI, *Le processus d'élaboration de la loi. «Securié-liberté». Essai d'analyse sociologique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1983.

(28) NOWAK, *loc. cit.*, p. 81.

nal» (29). La forma de proceder más generalizada en la búsqueda de ese ideal de racionalidad consistiría en su opinión en buscar en la práctica judicial los rasgos esenciales de esa función autor. Esto es, derivar a partir de las reglas de interpretación con las que se argumenta y se justifica de hecho por parte de los intérpretes cuáles deben ser las reglas de esa función para que quien la ocupe pueda ser considerado un *buen legislador*. En este sentido, Bobbio ha creído reconocer como atributos esenciales del buen legislador o del legislador racional los siguientes: un principio de justicia basado en los criterios de generalidad e igualdad, la coherencia y la adecuación al logro mediante el ejercicio de esa función de unos fines racionales. Según Bobbio, también serían reconocibles una serie de atributos no esenciales como el rigor en el uso del lenguaje, la exposición sistemática de las normas y la previsión exhaustiva de los casos específicos o plenitud sistemática. Estos atributos pueden ser considerados mejor como principios directores del comportamiento del legislador que como imperativos de validez absoluta. Además, en su opinión, habría una última regla a medio camino entre los atributos esenciales y no esenciales: la regla de no redundancia, según la cual no es admisible la reduplicación de normas (30).

Según la hipótesis anterior, el rasgo que mejor caracteriza el proceder de los juristas en la interpretación de la ley es la tendencia de su labor hermenéutica hacia la *optimización* de su sentido (31). Supuesto que el legislador es un buen legislador y se guía por los criterios de racionalidad aceptados por el orden dogmático de la ley, el intérprete procederá en la especificación del significado de la ley restaurando y corrigiendo el tener literal de la ley basándose en las reglas derivadas del presupuesto de la racionalidad del legislador. En este sentido, cabe señalar de entrada que los ideales lingüísticos que se propugnan para lograr la univocidad y optimización del significado de la ley no se derivan *stricto sensu* de las reglas del uso común del lenguaje, sino que proceden y adquieren su valor directamente de la presuposición de la racionalidad del legislador. Tampoco se deducirían inmediatamente de la expresión lingüística de la ley. Leonable y Ost han subrayado al respecto que «la transparencia, la coherencia, y la

(29) *Ibidem*, p. 83. Con posterioridad se ha coincidido en presentar esta tesis metodológica como un «postulado», cfr. François Ost, «La interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», en *L'interprétation en Droit. Approche pluridisciplinaire*, M. Van de Kerchove (Edr.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978, p. 109.

(30) Cfr. Norberto BOBBIO, «Le bon législateur», en *Le raisonnement juridique*, H. Hubien (Edr.), Bruxelles, E. Bruylant, 1971, p. 243-49. También puede encontrarse con ligeras variantes esta clasificación de criterios y atributos de racionalidad, así como las reglas de interpretación derivadas de los mismos en Ost, *loc. cit.*, p. 159 ss. y Carlos S. NINO, «El modelo dogmático del 'legislador racional'», en *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, p. 92 ss.

(31) NOWAK, *loc. cit.*, p. 82.

plenitud del lenguaje jurídico no es una cuestión en la que esté implicada solamente la lógica formal. Estas exigencias —a las que es preciso considerar como *ideales lógicos*— se derivan de una fascinación». Esta fascinación por la unidad, coherencia y plenitud del sistema jurídico se reproduce, por comodidad e inclinación antropomorfizadora, en la figura de un legislador racional concebido como «persona, maestro y garante» (32).

El espacio realizativo que se crea de esta manera adquiere el doble valor de la simplificación representativa y facilita una auténtica explosión reguladora que es capaz de llenar las necesidades normadoras del sistema jurídico. Hemos de distinguir, pues, lo que es explicación y lo que es regulación o posibilidad de medida. La función del postulado de la racionalidad del legislador consiste en simplificar el sistema constitutivo de reglas organizándolo y reforzando las soluciones que optimizan el sistema jurídico. Las reglas de la interpretación jurídica pueden ser consideradas *lato sensu* como hechos observables. Forman un magma fáctico enormemente complejo y muy difícil de fijar incontrovertiblemente de una vez por todas. Las formulaciones del postulado de la racionalidad del legislador tienen una función teórica. Se caracterizan por ser propuestas de simplificación, de organización y reducción de la complejidad regulativa que envuelve la labor hermenéutica. La teorización explícita del postulado del legislador racional busca la organización teórica de las reglas de interpretación en torno a una función autor, un tipo ideal de legislador racional. Esta reformulación teórica de las reglas de interpretación pretende facilitar las posibilidades de control y la delimitación del discurso de las prácticas hermenéuticas que tienen como referencia ejecuciones de esa función autor. Al reducirse la complejidad del magma regulativo de referencia mediante la elaboración de unos principios inferidos teóricamente desde el mismo, las posibilidades de control y delimitación aparecen mucho más nítidas que si se dispone tan sólo de un difuso y controvertido marco de referencia. Los principios teóricos que se presentan como atributos del legislador racional buscan generar una red de sentido capaz de tamizar definitivamente cuáles son las reglas de interpretación correctas y cuáles no.

Estamos, pues, ante una forma específica de administrar la economía de la imprecisión. El postulado del legislador racional delimita un conjunto de requisitos y de posibilidades respecto de

(32) Jacques LENOBLE y François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultes Univ. Saint-Louis, 1980, p. 114. Lenoble y Ost resitúan la noción de *autor* dentro de los factores discursivos necesarios a tener en cuenta en la interpretación jurídica. En este sentido, consideran como funciones de esta noción-postulado de autor las de unificar el texto, garantizar su coherencia y responder de su lógica. Por eso, concluyen que el legislador racional sería algo así como «el foco unitario de sentido, el polo magnético que orienta implícitamente la percepción jurídica del mundo». Cfr. *Ibidem*, p. 114 y 85.

los cuales la ejecución concreta sería algo así como su sombra. El experto conoce a través de un proceso de formación obligatorio ese marco de requisitos y posibilidades, por ello tiende a anular o corregir las ejecuciones concretas cuando éstas no se ajustan a la racionalidad presupuesta del marco de referencia. No es otra cosa lo que se entiende por optimización de la ley. El intérprete se convierte en el valedor de ese desiderátum de racionalidad y asume la tarea de «mantener o de restaurar la armonía, la coherencia, la plenitud; en resumen, la racionalidad del sistema jurídico en su conjunto» (33). Por eso, aunque el papel del legislador haya dejado de ser en alguna medida pertinente como soporte de una instancia profunda, la intención o el pensamiento de la ley, y su función reguladora se haya desplazado hasta situarse como algo epidérmico; la función propia de una posición de sujeto definida por el sistema jurídico, sigue latiendo una finalidad regulativa y de justificación: administrar la imprecisión del significado de la ley. Asumido el postulado de la racionalidad del legislador, no sólo se convalida la competencia lingüística del legislador de carne y hueso; sino que además se encierra la especificación del significado de la ley en la red de sentido ineludible de la racionalidad del sistema jurídico en su conjunto y se facilitan las conexiones que hacen posible una comprensión ideal, adecuada social e históricamente. Por lo demás, al igual que en toda interpretación dogmática o doctrinaria, se trata más de «respaldar las concepciones del intérprete con el nombre de una autoridad, que de reconstruir las concepciones reales de la autoridad filosófica, política o teológica». Operación que, por otra parte, se ve como «necesaria e indispensable para adaptar las prescripciones legales a las exigencias de la vida social» (34).

2. LA CONCEPCION SISTEMATICA DE LA RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR Y SUS CONSECUENCIAS DOGMATICAS

Este es quizá el punto donde mejor se aprecia la discontinuidad que hemos estudiado más arriba entre la concepción tradicional y la perspectiva dinámica. Esto aparte, veremos cómo el postulado del legislador racional conlleva en todo caso la doble exigencia de coherencia y plenitud. La querencia de la razón por el sistema es una constante en el desenvolvimiento de la ciencia jurídica y, de facto, el postulado del legislador racional no es sino la fórmula difusa en la que se condensaría básicamente el peso de los sucesivos intentos de fundamentar conceptualmente la racionalidad sistemática del orden jurídico. Precisamente, la función más relevante del postulado del legislador racional consistiría

(33) OST, «L'interpretation...», cit., p. 100.

(34) NOWAK, *loc. cit.*, p. 86. Nowak relaciona esta pretensión con la teología, cfr. *ibidem*, p. 84-5.

en proporcionar una trascendencia metodológica específica a los ideales sistemáticos de armonía, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico.

2.1. *El postulado del legislador racional y los desplazamientos en la concepción del sistema.*

Tradicionalmente, las exigencias de una previsión absoluta y no contradicción se ligaban al presupuesto metafísico de una voluntad omnipotente y perfecta. Dentro de una ideología de la justificación que asume como su principio básico la racionalidad del significado profundo expresado por la ley, las contradicciones son impensables. La ecuación voluntad=razón=verdad anula la posibilidad de que la voluntad del soberano o el pensamiento de la ley puedan ser incoherentes, es decir, que puedan establecer mandatos contradictorios. De hecho, la suposición de un significado profundo de la ley surge en su momento para corregir la literalidad inmediata, las apariencias de contradicción (35). Esta cuestión resalta con gran nitidez en los albores de la idea de sistema, dejándose ver cómo la misma idea de sistema hereda la vieja autoridad-razón de la teología y la dogmática jurídica incipiente. Grocio, por ejemplo, justifica lo que denomina *integración conjetural* de los preceptos legales en virtud de las conexiones que facilita la existencia de una voluntad unitaria detrás del texto de la ley. Presupuesto el origen de una misma voluntad, aunque lo ordenado se disponga en lugares distintos y con ocasión también diversa, Grocio entiende que habrá de presuponerse que la voluntad es coherente consigo misma. Así, en su opinión, la integración conjetural no sólo permite superar la ambigüedad de las palabras o la idea repugnante a que pudiera conducir la estricta literalidad de las palabras, sino que también permite corregir las soluciones contradictorias a que pudiera llegarse desde la misma (36). Estamos ante una concepción de la interpretación sistemática primaria, incipiente, que aflora a partir del presupuesto de la pre-existencia de una voluntad unitaria que sobre-codifica el significado de la ley desde el transfondo de la letra escrita. Posteriormente, el racionalismo metodológico y la matematización de la idea de sistema abren camino al constructivismo. El trabajo analítico y de abstracción categorial de la realidad se complementa con la subli-

(35) Cfr. Agustín de HIPONA, *De Doctrina Christiana*, cit., II, 5. 6; ID., *Confesiones*, en *Obras*, vol. II, A. Custodio (Edr.), Madrid, BAC, 1951, XII. 18. 27: «todos los que leemos, nos dice Agustín sin duda nos esforzamos por averiguar y comprender lo que quiso decir el autor que leemos, y cuando lo creemos veraz, no nos atrevemos a afirmar que haya dicho nada de lo que entendemos o creemos que es falso». De igual modo, añade, «ocurre cuando alguno se esfuerza por entender en las Sagradas Escrituras aquello que intenta decir en ellas el escritor».

(36) Hugo GROCIO, *De Iure Belli ac Pacis*, cit., lib. II, cap. XVI * IV-VIII.

mación lógica de la idea de sistema (37). Con todo, sigue siendo un sistema profundo como la misma idea de una voluntad o intención del legislador con la que conecta genealógicamente. También, proporciona la fuerza argumental suficiente para hacer impensables las contradicciones o reducirlas como algo superficial. Además, este sistema profundo tiene un carácter expansivo que el precepto legal con el mero auxilio de la fuerza expresiva aparente del lenguaje no puede alcanzar. Partiendo del método de la construcción, el derecho no sólo se simplifica, sino que se expande hasta hacerse omnicomprendido por el efecto mismo de la abstracción (38).

Como se ha apuntado más arriba, el método de la construcción no se limita a lo que expresan inmediatamente las manifestaciones exteriores del derecho, a ordenarlas meramente; sino que busca penetrar en la esencia misma de la regulación, busca la fuerza interior del derecho y desde la misma inventa y configura, produce construcciones jurídicas elaboradas a partir de los preceptos legales, pero trascendiéndolos. El método constructivo proyecta los preceptos legales sobre cuerpos o instituciones jurídicas: «La regla jurídica y la ley —afirma Savigny— tienen por base las instituciones cuya naturaleza se muestra en el conjunto mismo de las partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos. Así, pues, cuando no se quiere limitarse a las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la relación de derecho se refiere a una institución que lo domina y le sirve de tipo» (39). Por otra parte, al presuponer que las instituciones forman un sistema armónico, se postula como una de las características o leyes de la construcción —como subraya Ihering en su intento de «construir la construcción»— «la unidad sistemática o falta de contradicción». De hecho, para éste, «la prueba de la construcción (jurídica) supone que las concepciones científicas sobre el cuerpo jurídico se colocan en todas las posiciones y se contrastan en todas las direcciones posibles con otros cuerpos jurídicos» (40).

No vamos a detenernos en subrayar la incidencia de la jurisprudencia conceptual en la dogmática jurídica (41); pero quizá convenga advertir que la validez metodológica del sistema con-

(37) WEBER, *Economía y sociedad*, cit., p. 510.

(38) IHERING, *Geist des römischen Rechts*, cit., vol. II.2, p. 355.

(39) SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 66.

(40) IHERING, *Geist des römischen Rechts*, cit., vol. II.2, p. 375.

(41) Puede verse en este sentido Giorgio LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965; sobre el método dogmático de la jurisprudencia de conceptos y los sucesivos asaltos y revisiones del mismo, cfr. Werner KRAWIETZ (Edr.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche B., 1976; es particularmente interesante la introducción del propio KRAWIETZ («Juristische Konstruktion. Kritik und Krise dogmatischer Rechtswissenschaft»), *ibidem*, p. 1-10. Son interesantes también: Walter WILHELM, *La metodología jurídica en el siglo XIX*, trad. R. Bethmann, Madrid, EDP-EDR, 1980; Mario G. LOSANO, *Sistema e*

ceptual subsiste con gran fuerza en la matriz científica y en los modos de proceder del jurista. El hecho de que hoy en día su fundamentación epistemológica sea algo más que problemática no obsta para que este método sea aceptado ampliamente, dando por descontado su fundamentación. No tenemos más que mirar a nuestro alrededor para constatar su vigencia —y ello no sólo en el ámbito del derecho privado (42). Por otra parte, el jurista, sobre todo el teórico, no renuncia a encontrar una llave maestra que le abra todas las puertas del gran edificio jurídico según sus necesidades prácticas (43). Por eso, busca vivificar el derecho mediante la construcción. La abstracción no sólo implica el derecho, también abre unas posibilidades infinitas para juzgar lo concreto y facilita considerablemente la expansión de las soluciones posibles basadas en los preceptos legales contribuyendo a mantener la ficción del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y la provisión de todas las soluciones normativas necesarias en normas jurídicas pre-existentes.

El sistema conceptual propio del constructivismo ha coexistido desde el primer cuarto de siglo con una concepción distinta del sistema jurídico que de alguna manera acaba solapándose en aquélla. La crisis de la ideología deductiva es una quiebra de fundamentación, no de procedimiento. De ahí que tengamos que distinguir entre la teoría y la práctica. En este sentido, a nadie se le oculta la importancia de la construcción y el método deductivo en la dogmática y en el proceder interpretativo de los juristas en general. Como sea, el caso es que como resultado de la crisis teórica de la concepción tradicional, emerge una nueva forma de entender el sistema jurídico que tampoco puede perderse de vista de cara a comprender aspectos fundamentales del método jurídico actual y, en particular, de la justificación de las decisiones

struttura nel diritto. I: Dalle origini alla scuola storica, Torino, Giappichelli, 1968, p. 163 ss.; Enrique ZULETA PUCEIRO, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, EDP-EDR, 1981, p. 59 ss.

(42) Incluso, se llega a apelar a su extendida aceptación para obviar la fundamentación del modelo dogmático constructivo. Así, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad...», cit., p. 129, dice: «haremos uso de algunas ideas familiares para los juristas de oficio. Por de pronto, para cualquiera de éstos la función interpretativa de las leyes no es una adición de algo nuevo al precepto de cuya interpretación se trata, sino una mediación imprescindible para poder introducir dicho precepto en el mundo real y articularlo en el sistema jurídico general que siempre trasciende a dicho precepto aislado». Luhmann, como hemos visto, subraya esta función organizadora en la *vivificación* de los preceptos jurídicos para su aplicación como una de las funciones esenciales de la dogmática jurídica, cfr. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit., p. 27 ss.

(43) Sobre el uso y las aplicaciones de esta metáfora de la definición como la llave única de un gran edificio, cfr. Richard ROBINSON, *Definition*, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 162 ss. En la ciencia jurídica actual esa intención se manifiesta en la búsqueda de la «naturaleza jurídica de las instituciones estudiadas por la dogmática», cfr. en este sentido Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973.

hermenéuticas. Según esto, en lo que sigue se trata de constatar, primero, la emergencia y, después, la importancia científica y práctica de una nueva concepción del sistema jurídico. Una nueva concepción que si bien surge de la pluma de los teóricos se ha convertido en una especie de esquema de interpretación necesario a tener en cuenta. Así, podremos constatar cómo el tema de la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico asume una fundamentación distinta que abre nuevas posibilidades en el proceder argumentativo de los juristas, es decir, que distribuye y garantiza el valor de nuevas reglas en la administración del sentido correcto de la ley. Por otro lado, las propias dificultades intra-teóricas, ampliamente criticadas, esto es, las inconsistencias de esta nueva propuesta científica y la controversia político-ideológica que ha generado no han empañado la fortuna de esta concepción que tiende a sobrevivir a sus propios presupuestos fundantes.

La concepción dinámica del sistema jurídico cristaliza en los desarrollos teóricos de la Escuela vienesa y, sobre todo, si atendemos a su trascendencia comunicativa y paradigmática, en la obra de Hans Kelsen (44). Como ha señalado Bobbio, la impronta más significativa de la inflexión kelseniana radica en la orientación de la teoría del derecho al estudio del ordenamiento jurídico como sistema de normas. Para Kelsen, la labor científica del jurista debe centrarse no tanto en la norma o en los «cuerpos» jurídicos como en la consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto, del sistema de las normas jurídicas (45). Al poner en relación la relevancia de las ejecuciones normativas, en detrimento de los contenidos, con una fundamentación dinámica del sistema jurídico, Kelsen abre nuevas perspectivas en la concepción del sistema jurídico. Esta forma de entender la organización interna del sistema jurídico según un principio dinámico, es decir, su concepción como un conjunto de normas estructurado gradual y jerárquicamente, tiene como finalidad la superación teórica de la ideología deductiva; pero al mismo tiempo da razones de la importancia creciente de la legalidad en los esquemas de legitimación contemporáneos. Kelsen pretende dejar sentado de una vez por todas que la justificación de la norma legal no depende de ninguna instancia metafísica. En virtud de la consideración gradual del ordenamiento jurídico, la justificación de una ejecución normativa dependerá de una norma legal pre-existente, una norma marco o general, y en última instancia de una norma ficticia presupuesta, la norma

(44) Con todo, la base de esta concepción dinámica, la teoría de la construcción escalonada del sistema jurídico, se debe fundamentalmente a Merkl. Cfr. Adolf MERKL, «Das Recht im Lichte seiner Anwendung», en *Die wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdoss, H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambreck* (Eds.), Wien, Europa V., 1968, p. 1167-1201; ID., «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues», en *Die wiener...*, vol. II, p. 1311-1362.

(45) En este sentido, Norberto BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 4 ss.

hipotética fundamental (46). Consecuentemente, la unidad del orden jurídico no es ya conceptual sino formal, lo cual está en consonancia con alguna de las conclusiones epistemológicas más importantes de esa época. Al identificarse unidad sistemática y consistencia formal, la consideración del ordenamiento jurídico como sistema se construye desde el concepto de validez; pero se conjuga con los principios de la lógica formal y, en particular, con el principio de contradicción (47). El sistema jurídico deja de ser meramente un sistema conceptual y es considerado antes que nada un sistema enunciativo. Como ya vimos, la dimensión crítica específica de las leyes, de los actos de producción normativa, se

(46) Kelsen pretende que la justificación de una norma legal no dependa de una instancia sobrehumana, sino de otra norma legal pre-existente. Con el desplazamiento del principio estático, Kelsen centra la problemática de su teoría del derecho en la búsqueda de la conexión fundamental que, por un lado, integre sistemáticamente y, por otro, legitime la producción de normas legales. Con este fin, recurre a la construcción de Merkl que identificaba el sistema jurídico como una estructura escalonada, graduada jerárquicamente, a partir de un esquema genético de producción, y al mismo tiempo provee a su teoría de una norma hipotética fundamental, llamada a operar como causa última, como presupuesto lógico-trascendental, y a garantizar en última instancia la unidad sistemática del ordenamiento jurídico. Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho* cit., p. 203 ss.; Kelsen reconoce explícitamente su deuda con Merkl y Verdross en Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, prólogo a la 2.^a ed., Aalen, Scientia, 1960, p. XIII ss.; cfr. también ID, *Teoría general del estado*, trad. L. Legaz, México, EN, 1979, p. 305, 325 y nota correspondiente. Una buena exposición de la teoría del orden jurídico como construcción escalonada y su doble significado en Robert WALTER, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Wien, Manz, 1974, p. 53 ss.; puede verse también Theo OLINGER, *Des Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Wien, Manz, 1975; por último, es interesante la singular aproximación de Werner KRAWIETZ, «Die Lehre vom Stufenbau des Rechts —eine säkularisierte politische Theologie?», *Rechtstheorie (Rth)*, Beiheft 5 (1984), p. 255-271.

(47) KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.^a ed., cit., p. 241 ss., 205 ss. Nuevamente parece interesante contrastar la concepción dinámica y la teoría del derecho de Kelsen con los desarrollos del análisis lingüístico. Searle, profundizando en el tema de los significados de las expresiones y los actos de habla en la perspectiva analítica que desarrollara Austin, distingue entre «hechos brutos» y «hechos institucionales». Los hechos *institucionales* «son, en efecto, hechos; pero su existencia, a diferencia de la existencia de los hechos brutos, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas (...). Estas 'instituciones' son sistemas de reglas constitutivas. Todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma 'X cuenta como Y en el contexto C'», cfr. John SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, trad. L. M. Valdés, Madrid, Cátedra, 1980, p. 60. Contrastar con KELSEN, *La teoría pura del derecho*, 1.^a ed., cit., p. 30: «lo que convierte a ese suceso (exterior, las más de las veces conducta humana) en acto jurídico —o antijurídico— no es su facticidad —*Tatsächlichkeit*—, no es su 'ser' natural, esto es, su ser causalmente determinado y contenido en el sistema de la Naturaleza, sino el sentido objetivo que está ligado a ese acto, la significación que él tiene. El hecho en cuestión recibe el sentido específicamente jurídico, su peculiar significación jurídica, mediante una norma que se refiere a él con su contenido, que le confiere una significación jurídica de suerte tal que el acto puede ser interpretado con esa norma».

centra en la validez de la ejecución o acto enunciativo. Las pertinencias teóricas se desplazan desde el contenido de la norma al propio acto de decir. Esta concepción dinámica del sistema lleva a contemplar las normas como actos significativos, perdiéndose un tanto de vista el contenido de las mismas. Los actos normativos adquieren su significado como tales dentro de un marco performativo que es concebido como un universo cerrado de sentido en cuyo vértice se sitúa una norma hipotética fundamental. Este marco performativo opera como un esquema de interpretación de unos hechos que sólo en virtud del mismo cobran significado normativo y entran a formar parte de un universo de hechos normativos, esto es, hechos institucionales, con un significado objetivo (48). Tal esquema de interpretación en lo que se refiere a los actos de ejecución normativa, atiende principalmente a la *competencia* de la emisión. De cara a la crítica de la emisión, el contraste de su validez, se desplaza la pertinencia desde el contenido a la ejecución. La atribución de significado al acto normativo, según Kelsen, no tiene tanto que ver con una convencionalidad lógico-deductiva como con la existencia de una posición de sujeto y un procedimiento de ejecución establecidos por una norma legal general pre-existente. Como comprobamos más arriba —*supra* 1.2.—, la toma en consideración de este marco performativo se articula en torno a una posición de sujeto y a unos cauces reglados de ejecución. Esta posición de sujeto configura un espacio vacío, un marco regulativo que establece quién puede ocupar esa posición de sujeto y cómo puede ocuparla. Pues bien, según lo que hemos visto en este punto, para Kelsen las reglas que conforman esa posición de sujeto son propiamente las reglas de formación del ordenamiento jurídico, las reglas del sistema jurídico.

Lo anterior nos describe una fundamentación de la racionalidad del sistema jurídico menos profunda en apariencia que la que parte de suponer una voluntad o un pensamiento perfectos detrás de la expresión lingüística de la norma legal; pero no por ello se aleja de los parámetros de una fundamentación racional. Todo lo contrario. Kelsen desaloja la voluntad del legislador de los habitáculos profundos en que había sido encerrada y la distribuye superficialmente. Concibe la racionalidad del legislador no como un hecho metafísico antecedente, sino como algo que se realiza en cada acto de ejecución normativa. Ahora bien, para que este punto de partida se sostenga hay que aceptar ciegamente que las posibilidades de ejecución correcta que facilita una determinada posición de sujeto se adecúan en todo caso a los presupuestos de la racionalidad sistemática y que las ejecuciones concretas tienden en todo caso a respetar ese desiderátum de racio-

(48) Véase *supra* nota (21), sobre la relación de esta concepción con la teoría filosófico-lingüística de Austin.

nalidad. Tenemos, pues, que la racionalidad de las ejecuciones normativas depende de hecho de que éstas se atengan a las exigencias y requisitos del sistema jurídico. Ahora bien, una vez que suponemos, dándola por descontado, la racionalidad del legislador, habrá que entender que las ejecuciones normativas convalidadas dentro del sistema jurídico se adecúan a las exigencias de racionalidad aceptadas dentro de una determinada cultura jurídica. Consecuentemente, también, la interpretación de esas normas deberá buscar soluciones hermenéuticas compatibles con las exigencias formales de armonía, coherencia y plenitud del marco enunciativo y, en definitiva, del sistema jurídico.

2.2. *La coherencia del ordenamiento jurídico.*

Sin restar importancia a todo lo expuesto, cabe afirmar que la relevancia metodológica del postulado del legislador racional y la consideración sistemática del orden jurídico se centra en la presunción de la consistencia y plenitud del mismo y que esta importancia se manifiesta no sólo en la elaboración de teorías generales, sino en la aplicación del mismo a los casos concretos, cuando el jurista necesita interpretar el ordenamiento jurídico en su conjunto (49). Al respecto nos ocuparemos, en primer lugar, de las formas en que se plantea la correlación del postulado de la racionalidad del legislador con el dogma de la coherencia del

(49) Este punto de partida implica una opción previa. Frente a las perspectivas más habituales que atienden a la sistematicidad del ordenamiento jurídico en el plano de la estructura del derecho, entendemos que tanto el jurista práctico como el jurista científico asumen y toman en consideración el postulado de un derecho racional y sistemático no en el estudio teórico de la estructura del derecho, sino cuando resuelven situaciones concretas o cuando presentan interpretaciones jurídicas. Desde este punto de vista, consideramos que la presunción de consistencia del ordenamiento jurídico tiene una importancia fundamental en la aplicación del derecho a los casos concretos, y ello con independencia de la elaboración de teorías generales del derecho. Un trabajo particularmente interesante en esta perspectiva puede verse en Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974 (la edición original en inglés es del año 1971), p. 101-2 y 113 ss. En general, sobre la presunción de consistencia lógico-sistemática del ordenamiento jurídico, cfr. dos visiones clásicas en Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2.^a ed., cit., p. 214 ss. y Karl ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. E. Garzón, rev. L. García San Miguel, Madrid, Guadarrama, 1967, páginas 197 ss.; desde el punto de vista de los problemas lógicos de las antinomias, son interesantes algunas precisiones de Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 124 ss.; son útiles como visión general del tema la exhaustiva monografía de Giacomo GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, Giappichelli, 1959, y la excelente síntesis de BOBBIO, *Ordinamento*, cit., p. 80 ss.; por último, una buena panorámica del problema de las antinomias en la ciencia jurídica actual puede encontrarse en Chaïm PERELMAN (Edr), *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1965.

sistema jurídico. Pero antes de nada quizá sea bueno hacer un breve repaso sobre lo que queremos decir cuando hablamos de «coherencia» en el ámbito del derecho. En primer lugar, existe una exigencia básica de coherencia derivada del hecho de que el uso técnico de los conceptos y las palabras de la ley tiene lugar dentro de un campo pragmático específico. Al respecto es obvio que presupuesta la racionalidad del legislador, habrá de presuponerse también que el uso de las palabras en la ley se adecúa a las exigencias de racionalidad propias de los usos lingüísticos de una determinada comunidad jurídica. En segundo lugar, hay un requisito de coherencia estrictamente científico o dogmático. Si bien se trata de una exigencia de coherencia que tiene como soporte la exposición sistemática de puntos de vista interpretativos y de las consecuencias normativas derivadas de los mismos, no podemos confundir esta exigencia de coherencia con lo que es propiamente la *consistencia normativa* en los términos en que a continuación hablaremos de la misma. La exposición del derecho en los estudios y trabajos de carácter dogmático debe respetar unos criterios sistemáticos propios y las condiciones al uso; pero en ningún caso debe confundirse este tipo de proposiciones sobre normas con las normas propiamente dichas, las proposiciones normativas (50). Por último, en tercer lugar, cabe hablar de coherencia postulando este requisito de un ordenamiento jurídico o sistema de normas, es decir, de la consistencia sistemática como un valor propio del ordenamiento jurídico. Este es el sentido que aquí nos ocupa. De todas formas, aún tendremos que hacer algunas precisiones que desbordan la clarificación terminológica y corresponden a la perspectiva teórica a adoptar.

Una vez sentado que cuando en este punto hablamos de coherencia aludimos estrictamente a la exigencia de consistencia normativa, hay que precisar que de consistencia normativa se puede hablar atendiendo a perspectivas diferentes y que esta diferencia incide en la organización y las pertinencias del estudio de los fenómenos de inconsistencia normativa. Para la primera de estas perspectivas, que podríamos denominar *programática*, el dogma de la coherencia sistemática del derecho se resuelve bien en el sentido de considerar que la ley es la expresión de una lógica de la voluntad coherente o bien en la consideración de que el ordenamiento jurídico es una estructura de normas coherentes. En realidad el paradigma programático viene a ser una revisión de los planteamientos del positivismo imperativista desde los nuevos conceptos del sistema dinámico. Quizá, la formulación más acabada del significado de la ley desde el prisma de la lógica de una

(50) Sobre las consecuencias lógicas de esta distinción, cfr. Juan-Ramón CAPELLA, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 29 ss. Por lo demás, éste es un tema ampliamente tratado en la literatura jurídica desde perspectivas bien diversas. Una forma clásica de distinguir y proyectar metodológicamente la distinción entre normas y enunciados sobre normas es la de Kelsen *Teoría pura del derecho*, 2.^a ed., cit., p. 84 ss. y 214 ss.

voluntad unitaria y racional hay que ir a buscarla hasta un autor bisagra como Bentham. Este autor considera que la disposición normativa no es sino la expresión de una voluntad, el signo declarativo de un contenido volitivo expresado a través del significado de la norma. A partir de esto, Bentham modaliza los cuatro aspectos o caracteres normativos básicos —obligación, prohibición, permisión y facultamiento—. Al mismo tiempo, diseña una teoría de la acción que le permite simplificar la consideración circunstancial de los actos jurídicos y llegar a la interdefinibilidad de esos cuatro aspectos o caracteres normativos (51). Esta lógica de la voluntad expresa con tanta fuerza los postulados básicos del imperativismo jurídico que caracteriza a la ciencia jurídica desde los albores de la modernidad que no sólo no desaparece sino que se refuerza con su reformulación desde la concepción dinámica del sistema jurídico (52). El ordenamiento jurídico siendo la expresión de una lógica de la voluntad coherente es también una estructura coherente.

Frente a la perspectiva estrictamente programática, para el jurista práctico la trascendencia de un postulado que supone la consistencia normativa del ordenamiento jurídico aparece, por lo general, ligada a la aplicación de la ley y, en concreto, al momento lógico de la decisión interpretativa. La coherencia de las normas de un sistema jurídico, al igual que las hipotéticas antinomias del mismo, se demuestra en el momento lógico de la decisión interpretativa, cuando el jurista tiene que juzgar un caso concreto a partir de lo dispuesto por las normas y preceptos de ese sistema jurídico. Desde esta perspectiva (53), la coherencia del sistema jurídico implica que ante un mismo caso el ordenamiento jurídico no puede ofrecer dos soluciones incompatibles. Esto es, dado que la interpretación o especificación del significado de una norma jurídica tiene como función calificar institucional o normativamente un hecho («x» vale como Dx en el contexto D) y establecer a partir de esa calificación las consecuencias institucionales específicas del mismo; un sistema jurídico D no será coherente cuando se localicen dos o más segmentos locutivos que pertenezcan al mismo y sean válidos de tal forma que impliquen, primero, una calificación jurídico-institucional no unívoca del hecho en cuestión y/o, segundo, puedan dar lugar a consecuencias o soluciones jurí-

(51) Cfr. Jeremy BENTHAM, *Of Laws in General*, H.L.A. Hart (Edr.), University of London, 1970, p. 95 ss. Una buena exposición de la lógica de la voluntad de Bentham y su alcance puede verse en Joseph RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 53 ss. Cfr. al respecto, también Herbert L. A. HART, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 111 ss. y Peter M. S. HACKER, «Bentham's Theory of Action and Intention», *ARSP* LXII/1 (1976), p. 89-110.

(52) Cfr., por ejemplo, BOBBIO, *Ordinamento*, cit., p. 82 ss.

(53) Esta perspectiva es deudora en buena medida de los planteamientos de ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción...*, cit., p. 101-102. Cfr. *supra* n. (49).

dicas diversas o contradictorias, incompatibles. Vista así, la coherencia sería la prueba de fuego de un sistema jurídico. Si admitimos el postulado de la racionalidad del legislador, la no coherencia es impensable desde el momento en que la ejecución de un acto normativo para ser válida debe adecuarse al marco performativo específico incorporado teóricamente a una función autor que se caracteriza precisamente por una presunción absoluta de racionalidad.

Según lo que llevamos dicho, ¿cuáles son las consecuencias de presuponer que el ordenamiento jurídico es coherente? Al suponer la racionalidad sistemática de las reglas que integran los espacios de ejecución normativa, se condiciona radicalmente cómo debe proceder el jurista en la interpretación de las leyes. Si se presume que el ordenamiento jurídico es sistemáticamente perfecto, de la interpretación de los preceptos del mismo no se podrá en absoluto colegir que éste es incoherente. En otras palabras, que la conclusión de la actividad interpretativa de las normas y preceptos de un sistema jurídico ante un supuesto de hecho dado no puede resultar en que el mismo prevea dos soluciones incompatibles para ese caso. Lo cual nos lleva a un criterio hermenéutico básico del siguiente tenor: la especificación correcta del significado de una norma, la interpretación correcta de una norma jurídica debe ser tal que ésta resulte compatible con la totalidad de las otras normas del sistema o, lo que sería igual, no es admisible que el significado atribuido a una norma suponga considerar que ésta entre en contradicción con otra u otras normas del sistema jurídico. Las anteriores no son sino dos formas de formular lo que se entiende como una consecuencia del requisito de consistencia normativa inherente al postulado del legislador racional, según el cual «dos proposiciones enunciadas por el legislador no pueden ser contradictorias» (54).

Tenemos, pues, que si se admite el postulado del legislador racional, sea cual sea su formulación y los criterios de justificación que se ligen al mismo, cualquier situación que ponga ante los ojos del intérprete una inconsistencia normativa que conduzca a consecuencias como las descritas más arriba supone, de entrada, que la interpretación de alguna o de todas las normas implicadas en la contradicción es incorrecta y, en un segundo momento, obligará a reinterpretar todas o alguna de las normas implicadas en tal contradicción. Una situación de este tenor lo único que le diría a un jurista que acepta el postulado del legislador racional es que algo en su interpretación no encaja, por lo que deberá proceder a revisar sus decisiones hermenéuticas para lograr que todo encaje según los principios actuales del sistema jurídico. En resumidas cuentas, debe descartar alguna o todas las interpreta-

(54) Cfr., respectivamente, OST, «L'interprétation...», cit., p. 163; NINO, «El modelo dogmático...», cit., p. 92 y BOBBIO, «Le bon législateur», cit., p. 244.

ciones realizadas *prima facie* y proceder a una reinterpretación de las normas implicadas que tenga como resultado, si ello es posible, la compatibilización de las mismas dentro del sistema y, si ello no es posible, la exclusión de alguna de ellas del sistema jurídico (55). Es decir, el intérprete deberá proceder primero a una *interpretación armonizadora* y, si la armonización no es posible, a una *interpretación derogatoria*. Es un problema similar al que se plantea cuando alguien procede a comprobar un cálculo, a hacer la prueba de un cálculo. La aplicación correcta de las reglas del mismo no puede dar lugar a dos o más resultados válidos, sólo puede haber un resultado correcto: el resultado que justifiquen las reglas del cálculo. Las dificultades surgen desde el momento en que si bien las reglas del cálculo pueden ser definidas explícitamente de forma taxativa, no ocurre lo mismo con las reglas de la interpretación jurídica. En el ámbito de lo jurídico, la competencia para establecer cuál es el resultado correcto tiene su origen en la existencia de un orden dogmático que administra la racionalidad del sistema. Más allá de ese respaldo difuso, sólo el logro de la unidad sistemática es lo que justifica la validez de las reglas particulares propuestas para resolver la contradicción o aclarar la inconsistencia.

Mientras que en el supuesto de la interpretación armonizadora, es decir, la interpretación tendente a buscar la compatibilidad sistemática de las normas implicadas, las reglas que administran la ambigüedad del texto son bastante imprecisas dado que dependen tanto de los usos lingüísticos generales como de factores específicos del campo pragmático del derecho y pueden llegar a ser tan generales o ambiguas como las que recoge el artículo 3.1 del Código civil; las reglas derogatorias propiamente dichas, por el contrario, han sido concretadas por una larga tradición jurídica: *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* y *lex specialis derogat generali* (56). Al coincidir los dos primeros criterios —*lex posterior* y *lex superior*— con los principios básicos de convalidación de los actos normativos en el sistema dinámico, es evidente que en tal caso la derogación afecta a la propia existencia de la norma como tal o al segmento normativo cuyo ámbito de validez ha entrado en contradicción con una ley de superior grado jerárquico o posterior en el tiempo. Por el contrario, en el caso frecuente de que el criterio de resolución sea el tercero de los enunciados, criterio que en todo caso es subsidiario de los otros dos, entonces lo que se deroga no es la validez propiamente dicha de la norma, sino su *efectividad*. Esto es, la efectividad de la norma general remite en aquel punto concreto en el cual el

(55) En este sentido, Aleksander PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, p. 62 ss. Sobre la preferencia de la interpretación armonizadora sobre la derogatoria, cfr GAVAZZI, *loc. cit.*, p. 167 ss.

(56) Una información más detallada sobre los criterios de la interpretación derogatoria y su *modus operandi* en BOBBIO, *Ordinamento*, cit., p. 113 ss. y GAVAZZI, *loc. cit.*, p. 75 ss.

ámbito de validez de las dos normas incompatibles se superpone; pero ambas normas contradictorias seguirán siendo igualmente válidas (57). Este es quizá el único supuesto en el que, desde el punto de vista de la concepción dinámica del sistema jurídico, puede hablarse *stricto sensu* de contradicción.

2.3. *El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico.*

Junto al ideal de consistencia normativa y en estrecha relación con él, la otra exigencia básica derivada de la aceptación del postulado del legislador racional consiste en la presuposición de la *plenitud del sistema jurídico*. La genealogía de este ideal ha de vincularse a las consecuencias metodológicas e ideológicas del racionalismo y a la estatalización de los instrumentos normativos legales. Tales presupuestos originan una fuerte predisposición teórica y política a encerrar el significado, es decir, la voluntad del legislador o el pensamiento de la ley, en el texto de la norma legal. Este proceso llegará a su cénit con los ideales codificadores y la fundamentación positivista del derecho. La consecuencia ideológica inmediata de esta tendencia es una fe absoluta en la capacidad del ordenamiento legal para regular de forma omnicompreensiva y perfecta, de una vez por todas y sin fisuras, la decisión de cualquier caso sobre el que hubiera necesidad de pronunciarse en el ejercicio de las funciones jurídicas que consisten en juzgar o atribuir significado institucional a ciertos hechos o acciones humanas de interés jurídico. Esta ideología impregna de tal modo la perspectiva y el análisis jurídico de las situaciones que incluso la propia mentalidad humana y los esquemas psicológicos y éticos de justificación se ven profundamente alterados. Max Weber, autor con una aguda capacidad para captar y reflejar este tipo de cortes, señala un cierto desplazamiento a partir del cual «la forma de legitimidad más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto» (58). El mismo resumió en cinco postulados básicos la premisa racionalizadora que expresa metodológicamente el genuino ideal burgués de seguridad, el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico: «1) Toda decisión jurídica concreta representa la "aplicación" de un precepto abstracto a un "hecho" concreto; 2) es posible encontrar, en relación con cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apove en los preceptos abstractos en vigor; 3) el derecho objetivo vigente es un sistema "sin lagunas"

(57) Sobre la trascendencia práctica de estas distinciones, compárese las STC 4/1981, de 2 de febrero, ponente: Rafael Gómez Ferrer, y STC 11/1981, de 8 de abril, ponente: Luis Díez-Picazo. Es especialmente interesante el voto particular de Francisco Rubio Llorente en la primera de ellas.

(58) WEBER, *Economía y sociedad*, cit., p. 30.

de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a los casos singulares; 4) todo aquello que no es posible "construir" de un modo racional carece de relevancia para el derecho; 5) la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como "aplicación" o "ejecución" o, por el contrario, como "infracción" de preceptos jurídicos» (59).

Aunque hoy en día haya podido remitir en parte la superlegitimación de la ley, los fundamentos de esta ideología perviven todavía, si cabe, con renovadas fuerzas. En el estricto terreno de la lógica jurídica, que es el que aquí nos interesa, las críticas al modelo deductivo tienen como principal objetivo abolir o mitigar la tendencia a considerar la ley como una fuente formal de derecho privilegiada o exclusiva. Esto no supone en modo alguno atacar las raíces de la ideología deductiva. Todo lo contrario, se trata de cubrir huecos, de rellenar los agujeros que origina el entender que el único modo posible de legitimidad formal —o *formalista*, si se prefiere— pasa por ejecutar mandatos que son exclusivamente y en todo caso legales en sentido estricto. La ley, como código de conducta o esquema de interpretación, se ha mostrado como un código con demasiados agujeros. Por eso, desde Geny a Dworkin, lo que se plantean muchos de los críticos del formalismo legalista es meramente la necesidad de completar las fuentes legales —en sentido formal— con el conjunto de los medios *legales* —en sentido material— de que dispondría un sistema jurídico en un momento dado: la costumbre, las normas de derecho natural, los principios generales del derecho, etc. (60). En este mismo sentido, la reforma del Título preliminar del Código civil en 1974 lo que hace es aclarar los términos en orden a reforzar la conclusión según la cual la plenitud se predica del ordenamiento jurídico en su conjunto y no de la ley en sentido estricto. Por ello, en el artículo 1.7. se establece terminantemente que «los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan *ateniéndose al sistema de fuentes establecido*».

Obviaremos el debatido y ya un tanto caduco tema de las lagunas. Nos mueve a ello, aparte de ser un tema de sobra conocido (61), la convicción de que puede ser bueno, en aras de una

(59) *Ibidem*, p. 511-512.

(60) GENY, *Método de interpretación y fuentes de Derecho privado positivo*, cit., Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

(61) Cfr. Amedeo G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962; Chaïm PERELMAN (Edr.), *Le problème des lacunes en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968; BOBBIO, *Ordinamento*, cit., p. 125 ss.; Carlos COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Buenos Aires, Losada, 1939; Juan-Ramón CAPPELLA, *El derecho como lenguaje*, cit., p. 288 ss.; Luis LEGAZ LACAMBRA, «La plenitud del orden jurí-

mayor claridad, el que nos apartemos de la polémica, en muchos aspectos estéril, sobre si existen o no de hecho lagunas y cómo existen en su caso. Esto aparte, la cuestión que nos ocupa aquí tiene que ver con la virtualidad del postulado del legislador racional y las consecuencias que resultan de asumirlo como principio hipotético fundamental en la labor hermenéutica. Al igual que ocurría con el tema de la consistencia sistemática, el hecho de presuponer la racionalidad del legislador no lleva directamente a afirmar que en la superficie del sistema jurídico no existen lagunas, sino a la exigencia de que éstas sean eliminadas. Es decir, el postulado del legislador racional no supone la plenitud superficial e inmediata del ordenamiento jurídico, sino más bien que «el orden jurídico debe poseer en sí mismo la capacidad de completarse» (62). Las implicaciones de este punto de partida son importantes. De entrada, supone introducir una especie de regla de clausura en el sistema (63). Pero, al mismo tiempo, tal presuposición tiene como consecuencia la posibilidad de eludir —en cuanto subsana- bles— los problemas derivados de cualquier clase de opacidad interna o externa del sistema de las normas jurídicas. Así, si damos por sentado el postulado del legislador racional, no podemos concluir como resultado de una interpretación «que no hay ninguna solución jurídica para un caso determinado» (64). Cuando el intérprete se enfrenta a un caso límite o marginal, su labor hermenéutica no puede concluir en que no es posible hallar una solución para estos hechos mediante la especificación del sentido de una norma válida del sistema jurídico. Como es sabido, los casos límite se caracterizan por no estar claramente ni excluidos ni incluidos por el significado de uno o varios preceptos legales.

dico», en *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, Bosch, 1947, p. 129-147; José M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Las lagunas del ordenamiento jurídico», en *Ley y derecho*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 77-88; Franciszek STUDNICKI, «Completeness and Conclusiveness of Normative Systems», *ARSP* LIX (1973), p. 305-325. Sobre el tratamiento de este tema desde la perspectiva del Derecho civil, cfr. Felipe Clemente de DIEGO, *De las lagunas de la ley*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1945; José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, Tom. I, vol. 1: *Parte general de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 256 ss. Por nuestra parte, tenemos muy en cuenta en lo que sigue a ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción...*, cit., p. 145 ss.

(62) FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, trad. G. Posada, Madrid, ERDP, 1941, p. 115.

(63) Avanzamos esta afirmación *cum grano salis*, ya que a pesar de que generalmente se suele identificar la plenitud del ordenamiento jurídico con la existencia de una o más reglas de clausura, ello no deja de presentar dificultades teóricas importantes. Un caso paradigmático es el de la regla de clausura propuesta por Kelsen, en el sentido de que lo que no está prohibido está permitido. Una regla de clausura de este tenor permitiría identificar un conjunto prácticamente infinito de enunciados normativos de carácter negativo que habrían de ser considerados como los enunciados que clausuran el sistema jurídico. Ante esto, comparto plenamente la opinión de ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción...*, cit., p. 169 ss., en el sentido de que la noción de clausura, aun si ésta es relativa, es mucho más fuerte que la mera idea de plenitud.

(64) NINO, «El modelo dogmático...», cit., p. 94.

Los casos límite nos sitúan ante un problema de opacidad significativa de hecho; pero si partimos de la racionalidad del legislador no podemos instalarnos en una conclusión de este estilo. Por ello, ante este tipo de supuestos, el jurista tiene que recurrir a una ficción: «para considerar el caso como incluido o como excluido, ha precisado Carrió, el intérprete se ve forzado a *adjudicar* a la regla un sentido que, en lo que hace al caso presente, hasta ese momento no tenía» (65). De hecho, ésta es la única forma de salvaguardar los fundamentos del esquema de legitimación descrito más arriba y conseguir que la decisión jurídica represente, también en los casos límite, la aplicación de un precepto abstracto a un hecho concreto.

Adjudicar un sentido a la ley, en el sentido arriba mencionado, quiere decir lisa y llanamente que el significado no habría sido puesto por el intérprete. Sin embargo, las reglas que explican, que dan razón de esa especificación de sentido no se derivan directamente de las palabras de la ley. Lo cual nos pone en la pista de que junto a las reglas comunes o generales de los usos lingüísticos de la ley tienen que existir otras reglas hermenéuticas *agregadas* para que la justificación de la decisión interpretativa sea suficiente. Una buena gestión de la objetividad hermenéutica requiere una cuidadosa administración de esas reglas agregadas. En última instancia, la función del postulado del legislador racional consiste en extrapolar más allá del texto de la ley una función autor artificial que permita administrar la aceptabilidad de los enunciados hermenéuticos dentro del orden dogmático de la ley. La vaguedad o las incertidumbres expresivas de la ley ante un caso determinado no llevan a concluir que el ordenamiento jurídico no tiene una solución concreta para el mismo, dado que esto resultaría incompatible con la presuposición sobre la racionalidad del legislador. Por ello, cuando esa solución no existe en la superficie del texto, el intérprete ha de acudir al espacio racional, omnicomprendivo y perfecto, de una función autor *ideal* para así atribuir un sentido al texto superficialmente opaco o incompleto. No es otra cosa lo que se conoce en la teoría del derecho como *interpretación integradora*, un forzar el principio de legalidad que tendría pleno reconocimiento en nuestro sistema jurídico (66).

(65) CARRIÓ, *Notas...*, cit., p. 4. Carrió asume como punto de partida la conclusión positivista sobre la «textura abierta del derecho», cfr. HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 155 ss.

(66) En realidad, en cierto sentido, toda interpretación integradora supone de hecho, forzar el principio de legalidad. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico se entiende que, en base a la *ficción* consistente en proyectar el resultado interpretativo en la construcción jurisprudencial o dogmática como un significado *lato sensu* dependiente de la norma legal la interpretación integradora es compatible con el principio de legalidad. Esta quiebra del principio de legalidad ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en el ámbito del derecho penal incluso, esto es, ante normas «odiosas» (STC 89/1983, de 2 de nov., ponente. Francisco Rubió Llorente).

El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional

Por Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS
San Sebastián

1. LA NOCION DE ARGUMENTO A CONTRARIO

1.1. Concepto.

El argumento *a contrario* es uno de los argumentos de la interpretación jurídica que podríamos denominar «clásicos», en el sentido de que su uso se remonta a varios siglos (1).

En principio no hay grandes diferencias entre los autores a la hora de definirlo. La fórmula más elaborada es seguramente la de Tarello, para quien es un argumento por el que «dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado

(1) G. TARELLO (*L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, pp. 347-349) señala que, en materia de interpretación del derecho, la historia del uso del argumento *a contrario* se remonta al siglo IV. Hace un recorrido histórico de su uso y constata su escasa utilización en Roma, su importancia en la cultura cristiana y su auge con la codificación unido al dogma de la separación de poderes y a la interpretación literal. Vid. también del mismo autor: *Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto*, Bolonia, 1947, p. 426, nota 4; *Sur la spécificité du raisonnement juridique*, en «ARSP», Beiheft neue Folge nr. 7, 1972, p. 104, nota 4. Esta larga historia del argumento es seguramente lo que explica la gran cantidad de máximas que lo expresan. P. FABREGUETTES (*La logique et l'art de juger*, París, 1926, 2.^a ed., p. 378) señala que el argumento *a contrario* está inspirado por las siguientes máximas romanas: *qui dicit de uno, negat de altero, qui de uno negat, de altero dicit; inclusio unius, fit exclusio alterius; exceptio fimat regulam in casibus non exceptis*; y *exceptio est strictissime interpretationis*. F. DEGNI (*L'interpretazione della legge*, Nápoles, 1909, 2.^a ed., p. 158) considera que el argumento se apoya en la máxima *inclusio unius fit exclusio alterius: qui de uno dicit de altero negat*; y el mismo G. TARELLO (*L'interpretazione della legge*, ob. cit., p. 346) recoge el brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*, como expresión del argumento *a contrario*. Como ejemplo de la forma de entenderlo en la antigüedad, pueden consultarse, por último, las consideraciones de M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Vol. I, Turín, 1863, pp. 350-358.

de aquel término de tal modo que comprenda a sujetos o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo» (2). Sin embargo, aunque quizás con una redacción más simple, todos los autores coinciden en señalar que el argumento *a contrario* se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella. A partir de ahí, no obstante, se aprecian algunas diferencias en las formas de entender el argumento. Así, hay autores que consideran que el argumento *a contrario* consiste en que cuando la ley prevé y da una regulación a una hipótesis, se debe entender que ha pretendido regular de forma diferente *la hipótesis contraria* (3). Pero lo más frecuente, y a nuestro juicio lo más acertado (y lo que resulta además, como veremos, confirmado con el análisis empírico de la jurisprudencia constitucional española), es considerar que por medio del argumento *a contrario* lo que se rechaza es *cualquier otra hipótesis* distinta a la expresamente contemplada por el legislador, y no sólo la hipótesis contraria; en concreto, se opina que la regulación no se extiende a las demás especies del mismo género no mencionadas en el texto (4).

(2) G. TARELLO: *L'interpretazione della legge*, ob. cit., p. 346; e ID.: *Teoria dell'interpretazione della legge. Introduzione*, en S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO: «Introduzione teorica allo studio del diritto», Génova, 1979, p. 366. Señala también Tarello que el argumento *a contrario* en sus aplicaciones más antiguas funcionaba como una regla sobre la producción jurídica por la que «dada una norma que predica una calificación normativa cualquiera (por ejemplo, un poder, una obligación, un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, en ausencia de otra norma expresa se debe excluir la validez (que exista, que sea válida) de otra norma distinta que predique aquella misma calificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos (*L'interpretazione...*, ob. cit., p. 346; y *Teoria dell'interpretazione...*, ob. cit., pp. 365-366; una definición prácticamente idéntica puede encontrarse también en *Diritto, enunciati, usi*, ob. cit., p. 426, nota 4, y en *Sur la spécificité du raisonnement juridique*, ob. cit., p. 104, nota 4. La definición dada en este último trabajo es recogida literalmente por Ch. PERELMAN en *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad., esp., Madrid, 1979, p. 78).

(3) Por ejemplo, P. FABREGUETTES (ob. cit., p. 378, nota 3) dice: «Cuando de dos hipótesis directamente inversas, la ley no ha previsto más que una sola, y la ha regulado de una cierta forma, es verosímil que ella ha pretendido regular la hipótesis contraria de una forma diferente». En el mismo sentido A. REIG considera que el argumento *a contrario* «consiste en dar la vuelta a la fórmula de un texto para extraer de ella una deducción nueva, y está por lo tanto fundado sobre la premisa de que si un texto afirma algo, está obligado a negar lo contrario» (*Rapport Français. Droit Civil et Commercial*, en «Travaux de l'Association Henri Capitant L'interprétation par le juge des règles écrites. Journées Louisianaises de Nouvelle-Orléans et Bâton Rouge», Tomo XXIX, 1978, p. 80).

(4) Es la opinión, entre otros, de F. Osr, para quien el argumento lleva a que cuando el legislador ha regulado expresamente determinada hipótesis, «se deduce que ha querido conservar el *statu quo* en lo que concierne a las otras especies del mismo género» (*L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur*, en «L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire», dirigido por M. VAN DE KERCHOVE, Bruselas, 1978

Aquellos autores que sostienen la primera de las dos posturas expuestas, adoptan un concepto restringido de argumento *a contrario* y de las condiciones de su uso. Así por ejemplo, entienden que para que pueda ponerse en práctica una argumentación *a contrario* es preciso que la hipótesis regulada por el legislador esté formulada en forma negativa (5). Este es seguramente el punto más vulnerable de esta manera de entender el argumento, ya que no sólo excluye su aplicación a las hipótesis redactadas por el legislador en forma de listas (6), sino que —como vamos a ver enseguida— no se ve confirmada por la práctica judicial, al menos en la jurisdicción constitucional española que es de la que nos vamos a ocupar, que denomina argumento *a contrario* operaciones mucho más amplias que las contempladas por los autores que mantienen la postura que analizamos.

p. 123; de P. VANDER EYCKEN, que señala que, por medio del argumento *a contrario*, «cuando se posee una afirmación relativa a una especie, se concluye que lo contrario debe ser verdad en las demás especies del mismo género» (*Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruselas-París, 1907, p. 296); y de E. P. HABA, que describe el razonamiento *a contrario* del siguiente modo: «puesto que para los casos expresamente enunciados en el texto se dan determinadas consecuencias jurídicas, «a contrario» resulta que para otros casos —los no enunciados allí— no proceden las mismas consecuencias» (*Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*, Caracas, 1972, p. 47). A estos autores habría que añadir la postura ya expuesta de G. TARELLO (vid. nota 2) y la de Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, quienes al analizar la argumentación en general, consideran que el argumento *a contrario* trata de la no aplicación a otra especie del mismo género, lo que ha sido afirmado para una especie particular (*Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, 1976, 3.^a ed., p. 325).

(5) Así, por ejemplo, P. FABREGUETTES (ob. cit., p. 378) dice en este sentido: «Cuando la ley dispone en una hipótesis dada, en forma de proposición negativa, ella regula, evidentemente, de una forma restrictiva; y, entonces, el argumento *a contrario* es admisible». Algo parecido parece opinar G. KALINOWSKI cuando afirma: «El *argumentum a contrario* hace explícito el sentido de la expresión cuantificadora «solamente» y de uno de sus sinónimos, como «únicamente», «exclusivamente», etc., sea en el caso de que el legislador lo haya introducido *expressis verbis*, sea que lo haya dejado sobreentendido. La expresión mencionada permite usar una sola proposición para expresar una idea que de otro modo necesitaría de dos proposiciones, de las que la segunda constituiría la negación de una proposición que diferiría de la primera sólo por la negación que aparecería delante de la expresión a la que se refiere el cuantificador «solamente» (*Introduzione alla logica giuridica*, trad. ital., Milán, 1971, pp. 235-236. Para conocer la forma que tiene G. KALINOWSKI de concebir el argumento *a contrario*, vid. su trabajo *Interprétation juridique et logique des propositions normatives*, en «Logique et Analyse», n.º 6-7, 1959, pp. 138-140).

(6) G. TARELLO señala incluso que: «Uno de los empleos más frecuentes del argumento *a contrario* es el que se verifica en el campo de los enunciados normativos que contienen listas: si se emplea el argumento *a contrario* se configura la lista contenida en el enunciado como una lista *taxativa*» (*Teoria dell'interpretazione della legge. Introduzione*, ob. cit., p. 366; vid. también del mismo autor: *L'interpretazione della legge*, ob. cit., p. 350).

1.2. Características.

Es difícil establecer un conjunto de características del argumento *a contrario* que le sean propias, ya que en última instancia esas características van a depender del concepto que manejamos. No obstante, pasaremos revista a algunos caracteres que normalmente se predicán del argumento. Unos los criticaremos, otros los intentaremos justificar. En definitiva, será el estudio de las STC el que confirmará o no nuestras afirmaciones.

a) El argumento *a contrario* es considerado un instrumento de la interpretación lingüística o literal (7), en dos sentidos: primero, en cuanto que en la actividad interpretativa llevada a cabo por medio de este argumento no se sale fuera del texto a interpretar, se trabaja exclusivamente a un nivel lingüístico; y segundo, en cuanto que supone un respeto o «veneración» de la letra (8), que hace tomar a ésta como única guía para la interpretación (9).

b) El argumento *a contrario* sirve para motivar o proponer la denominada «interpretación restrictiva» (10). Es consecuencia de lo dicho hace un momento. Interpretación literal, restrictiva y argumento *a contrario* se encuentran estrechamente relacionados: este último es un instrumento de la interpretación literal, que tendría como resultado la interpretación restrictiva del texto entendida como producto (11). En definitiva, la interpretación restrictiva es aquélla que limita los significados posibles de un texto, de tal modo que no todos los sugeridos por la letra del documento o por otros datos extratextuales son adoptados. Es claro que para ese fin el argumento *a contrario* es una herramienta de gran utilidad (12).

(7) Esta es una de las características del argumento *a contrario* puesta de manifiesto por G. TARELLO: *Teoria dell'interpretazione...*, ob. cit., p. 366; y *l'interpretazione...*, ob. cit., p. 346.

(8) G. TARELLO *L'interpretazione*, ob. cit., p. 349.

(9) Así, el argumento *a contrario* tendrá una importante fuerza persuasiva en las culturas jurídicas en las que se da gran valor a la letra documental, bien porque se considera emanación directa de la divinidad, bien porque se quiere entorpecer o limitar la actividad creadora de los órganos de aplicación del derecho (vid. G. TARELLO: *L'interpretazione*, ob. cit., pp. 346 y 347). Por esta misma razón el argumento *a contrario* es un instrumento típico del «formalismo interpretativo» (Ibídem, p. 349; sobre el formalismo, vid. G. TARELLO: *Diritto, enunciati, usi*, ob. cit., pp. 19 y ss.; y la voz *Formalismo*, en el «Novissimo Digesto italiano», Tomo IX, Turín, 1961).

(10) G. TARELLO: *Teoria dell'interpretazione...*, ob. cit., p. 366; ID.: *L'interpretazione...*, ob. cit., p. 346; y P. BARILE: *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1982, 4.ª ed., p. 58.

(11) Sobre la diferencia entre interpretación-actividad e interpretación-producto, vid. G. TARELLO: *L'interpretazione...*, ob. cit., pp. 39 y ss.

(12) Ibídem, p. 36. En el mismo sentido señala E. P. HABA (ob. cit., p. 40) que: «La interpretación es «restrictiva»..., cuando en la norma cabe *considerar incluidos ciertos requisitos limitativos que no figuran a texto expreso*, y que hacen que éste tenga un radio de aplicación menos extenso —menos indiscriminado— que el que la letra por sí sola autorizaría».

c) El argumento *a contrario* impone como condición para su utilización el silencio de la ley (13). Esta afirmación puede resultar paradójica puesto que acabamos de señalar que el argumento que analizamos está al servicio de la interpretación lingüística. No obstante, como ya apuntábamos al comienzo, para que pueda emplearse el argumento *a contrario* es preciso distinguir (aunque más teórica que prácticamente) dos hipótesis distintas: la expresamente regulada por el legislador; y otra segunda (hay que suponer que cercana a la primera) no mencionada por el legislador, pero que *prima facie* pudiera considerarse incluida dentro de la previsión legal. Por medio del argumento *a contrario* se entiende que el legislador no ha querido extender esa regulación a la hipótesis no expresamente recogida en el texto. Es en ese sentido en el que se afirma que la puesta en práctica del argumento *a contrario* exige el silencio de la ley (14).

d) El argumento *a contrario* se basa en la presunta voluntad del legislador. El argumento psicológico, por ejemplo, pretende «descubrir» la voluntad del autor del texto por medio de distintas fuentes extra-textuales, mientras que el argumento que ahora analizamos solamente pretende deducir la voluntad del legislador a partir de sus palabras. La fuerza persuasiva la obtiene precisamente del hecho de ser fiel a la voluntad del autor del documento. A partir de lo redactado por el legislador para una especie concreta, se deduce que su voluntad ha sido excluir de esa regulación otra serie de supuestos del mismo género que *prima facie* hubieran podido considerarse allí incluidos (15).

No es posible ahora entrar a analizar el carácter lógico o no del argumento *a contrario* (16), sin embargo, por lo dicho hasta

(13) Ponen de manifiesto esta circunstancia, entre otros, F. OST (ob. cit., p. 123); y L. PATRAS (*L'interprétation en droit public interne*, Atenas, 1962, p. 249).

(14) Esta exigencia parece obvia, sin embargo es interesante señalarla. Cuando el legislador ha incluido en el texto las dos hipótesis a que hacíamos referencia, el argumento *a contrario* no entra en juego puesto que desaparece la condición necesaria para la apertura de todo proceso interpretativo: la duda. No obstante, consideramos —en contra, por ejemplo, de la opinión de Kalinowski (vid. nota 5)— que tampoco es necesaria la motivación de la interpretación por medio del argumento *a contrario* cuando el propio texto incluye expresiones como «solamente» o «únicamente». En estos casos, el mismo texto es apoyo suficiente para una interpretación restrictiva, que no sería tal puesto que ni tan siquiera *prima facie* se podría otorgar a la redacción legal un significado más amplio.

(15) Vid., en este sentido, F. OST (ob. cit., p. 123); y P. VANDER EYCKEN (ob. cit., p. 36).

(16) Sería imposible reflejar en una nota, ni tan siquiera de modo aproximado, el vivo debate acerca del carácter lógico de algunos de los argumentos de la interpretación. Para una visión global y concisa de la relación histórica entre derecho y lógica puede consultarse el trabajo de N. BOBBIO: *Diritto e logica*, en «RIFD», 1962, fasc. I-II, pp. 9-44, pero lo que más nos interesa es la polémica entre las tendencias representadas por G. KALINOWSKI y CH. PERELMAN, formalista y no formalista respectivamente. De G. KALINOWSKI pueden destacarse entre sus trabajos de lógica aplicada al derecho, además de los ya

ahora (y por los datos extraídos de la jurisprudencia constitucional, que veremos a continuación) parece difícil otorgarle ese carácter lógico. Las conclusiones a las que conduce el uso de este argumento no pueden ser consideradas ciertas más que con muchos esfuerzos. Recordemos que siempre que se hace intervenir el argumento nos encontramos ante un silencio del legislador, silencio que puede ser sustituido tanto por medio del argumento *a contrario* como por medio del argumento analógico. El hecho de optar por uno o por otro se justifica exclusivamente en base a una presunción: respetar la voluntad del legislador, voluntad que en ningún caso ha sido expresada ya que el texto a interpretar guarda silencio acerca de la hipótesis que plantea la duda interpretativa (17). En esas circunstancias, averiguar si, una vez que se ha optado por utilizar esa forma argumentativa, la aplicación del argumento responde a un esquema lógico de cualquier tipo o

citados, los siguientes: *Y-at-il une logique juridique?*, en «Logique et Analyse», 1959, pp. 48-53; *De la spécificité de la logique juridique*, en «APD», 1966, pp. 7-23; *Le raisonnement juridique et la logique juridique. Leur spécificité et leurs rapports avec la logique déontique*, en «Logique et Analyse», 1970, pp. 3-18, 19-25 y 56-62; *Le raisonnement juridique: état actuel de la question*, en «ARSP», 1972, pp. 17-42; y la voz *Logica del diritto*, en la «Enciclopedia del diritto», XXV, Milán, 1975, pp. 7-12. De las obras de CH. PERELMAN sobre el razonamiento jurídico destacaremos, además de las ya citadas, las siguientes: *Logique formelle, logique juridique*, en «Logique et Analyse», 1960, pp. 226-230; *Raisonnement juridique et logique juridique*, en «APD», 1966, pp. 1-6; *Le raisonnement juridique*, en «ARSP», Beiheft nr. 7, 1972, pp. 1-15; *L'interprétation juridique*, en «APD», 1972, pp. 29-37; y la recopilación de artículos *Le champ de l'argumentation*, Bruselas, 1970. Sobre la obra de PERELMAN vid. el interesante estudio de L. GIANFORMACIO: *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milán, 1973; y sobre la polémica entre PERELMAN y KALINOWSKI vid. G. TARELLO: *L'interpretazione...*, ob. cit., pp. 75-85 (sobre el papel de la lógica en la interpretación; en concreto sobre Kalinowski, pp. 82-85), pp. 85-99 (sobre el papel de la retórica en la interpretación; en concreto sobre Perelman, pp. 88-99); J. LENOBLE y F. OST: *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, 1980, pp. 187-218 (a Kalinowski se dedican las pp. 191-198; a Perelman las pp. 198-210; y a la concepción marxista las pp. 210-217); y M. MIAILLE: *Une introduction critique au droit*, París, 1978, pp. 210 y ss., que pretende terciar en el debate desde posiciones marxistas. Respecto al argumento *a contrario* en concreto, G. KALINOWSKI (*Interprétation juridique et logique des propositions normatives*, ob. cit., pp. 138 y ss.); y en *Introduzione alla logica jurídica*, ob. cit., pp. 235 y ss.); y U. KLUG (*Juristische Logik*, Berlín, 1963, 3.ª ed., pp. 24 y ss.), lo consideran un argumento lógico. Por el contrario, N. AMATO (*Logica simbolica e diritto*, Milán, 1969, pp. 395 y ss.) e I. TAMMELO (*Outlines of Modern Legal Logic*, Wiesbaden, 1969) consideran que el *a contrario* no es un argumento lógico completo (vid. sobre estos autores G. TARELLO: *L'interpretazione...*, ob. cit., p. 350, nota 25; *Diritto, enunciati, usi*, ob. cit., p. 426, nota 4; y *Sur la spécificité du raisonnement juridique*, ob. cit., p. 104, nota 4).

(17) En el mismo sentido se expresan F. OST (*L'interprétation logique et systématique...*, ob. cit., p. 123) y P. SOULEAU (*La logique du juge* en «La logique judiciaire. 5e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires. Paris, 18-20 mai 1967» París, 1969, p. 59), que señala cómo ni el razonamiento analógico ni el *a contrario* conducen a conclusiones lógicamente constrictivas para el espíritu y cómo conducen incluso a resultados a menudo contradictorios.

no, carece de interés, puesto que la elección inicial que es la que realmente provoca la intervención del argumento queda sin justificar o se justifica exclusivamente por medio de valoraciones.

2. EL ARGUMENTO A CONTRARIO EN LAS STC

No conocemos ningún estudio empírico del uso del argumento *a contrario* en una jurisdicción constitucional. Ni tan siquiera trabajos teóricos sobre el mismo en el ámbito constitucional. La razón parece clara: *a priori* no pueden adivinarse grandes diferencias al emplear el argumento en una jurisdicción constitucional y en una ordinaria. Es el típico argumento «técnico» (y nos permitimos resaltar el uso de las comillas), aparentemente neutral, sin connotaciones especiales y cuya utilización no denota ninguna opción concreta: se emplea cuando es necesario emplearlo. Sin embargo, ya apuntábamos hace un momento que las cosas no son tan claras y que su puesta en práctica no es tan mecánica.

El estudio de las STC nos va a proporcionar información sobre el uso típico u ordinario del argumento *a contrario* por parte de los jueces, datos que fácilmente podrán extrapolarse a cualquier órgano aplicador del derecho, pero también a poner de manifiesto que la mayoría de los estudios teóricos sobre el argumento *a contrario* se ven superados por la práctica judicial (al menos en el campo de la jurisdicción constitucional española), en el sentido de que los supuestos de aplicación del argumento, las conclusiones a las que conduce y los fines que con su utilización se persiguen pueden ser más complejos y variados que los señalados por la mayoría de los trabajos teóricos sobre la materia. En este último aspecto, nuestras conclusiones serán válidas exclusivamente para el TC español y deberá comprobarse empíricamente si son aplicables al resto de los jueces y Tribunales.

Analizaremos en primer lugar algunos ejemplos en los que el TC ha realizado un uso normal o típico del argumento *a contrario*, y pasaremos a continuación a estudiar otros casos en los que el argumento es utilizado con otras finalidades distintas.

2.1. *Algunos ejemplos de utilización típica del argumento a contrario en las STC.*

Con la expresión «utilización típica del argumento *a contrario*» nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el TC emplea el argumento de la forma descrita por los teóricos que se han ocupado de estudiarlo. En definitiva, a aquellas situaciones en las que se dan los requisitos siguientes: a) la *duda* respecto a si una hipótesis está o no incluida en la previsión legal, provocada por el *silencio* del legislador sobre la misma; b) la *presunción* de que ese silencio significa que la *voluntad* del autor del texto ha sido excluir de la regulación legal toda hipótesis no expresamente mencionada. Vamos a ver algunos ejemplos.

El TC ha utilizado el argumento *a contrario* para interpretar diversos artículos, tanto de la CE como de otras leyes, tanto reconociendo explícitamente que ponía en práctica una argumentación *a contrario* como sin mencionarlo de forma expresa. Por ejemplo, al interpretar el artículo 25.3 de la CE el TC señaló:

«Del artículo 25.3 se deriva «a sensu contrario» que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (18).

El artículo 25.3 de la CE dice: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». El artículo no menciona para nada a la Administración militar, pero el TC interpreta ese silencio como un acto voluntario del constituyente para exceptuar a esta Administración de la prohibición del artículo 25.3.

Otro ejemplo casi idéntico, aunque en esta ocasión el TC no dice expresamente estar realizando una argumentación *a contrario*, es la interpretación que hace el Tribunal del artículo 25.1, también de la CE. Este artículo enuncia el principio de legalidad penal con la siguiente fórmula: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El TC interpretó *a contrario* este artículo y no lo consideró aplicable a «los simples ilícitos de naturaleza civil», con el siguiente razonamiento:

«El precepto literalmente menciona los delitos, las infracciones y las faltas administrativas, por lo cual no es directamente aplicable a los simples ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar de manera tan estricta» (19).

El Tribunal realiza aquí una interpretación restrictiva del precepto, o mejor, de la enumeración realizada por el mismo, y la considera una lista cerrada no ampliable a otros supuestos análogos. La justificación implícita que parece dar el TC a esa interpretación restrictiva es de nuevo la presunta voluntad del legislador, que fue consciente de excluir otros supuestos que podrían haber figurado en la enumeración del precepto constitucional. En este caso, además, el propio Tribunal pone de manifiesto los motivos que presumiblemente tuvo en cuenta el legislador para no incluir a «los simples ilícitos de naturaleza civil», que consistirían en la necesidad de que la tipicidad y la legalidad sean más atenuadas respecto a esos ilícitos (20).

(18) STC de 15 de junio de 1981, f. j. 8.

(19) STC 73/1982, de 2 de diciembre, f. j. 3.

(20) Otra sentencia en la que el TC interpreta restrictivamente una enumeración legal considerándola una lista cerrada, es la 12/1983, de 23 de febrero, en la que el TC interpreta el artículo 87 del ET. Este artículo enumera

Por último, y en el mismo sentido que en los ejemplos anteriores, el TC también ha utilizado el argumento *a contrario*, reconociéndolo expresamente, para interpretar la Disposición transitoria 5.^a.2 de la LORAFNA (Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra), que dice: «Los actuales parlamentarios forales no gozarán de las prerrogativas a las que se refieren los artículos 13.2 y 14 de la presente Ley Orgánica, ni podrán ejercer la iniciativa legislativa prevista en el artículo 19.1.b, de la misma. El TC, basándose en este precepto, señala:

«La propia Ley viene a considerar al Parlamento entonces existente como Parlamento Foral que asume —en lo sustancial— las competencias y facultades que se reconocen en la misma, y atribuye a los «actuales» parlamentarios forales el Estatuto de los que posteriormente serán elegidos, según se deduce de la disposición transitoria quinta, número 2, interpretada a «contrario sensu» (21).

El razonamiento del TC es claro: al entrar en vigor la LORAFNA existía ya una cámara legislativa en Navarra, y el problema que se planteaba era el de saber si el Estatuto establecido por la LORAFNA para los parlamentarios forales elegidos en virtud de esa Ley Orgánica se aplicaba a los miembros electos en virtud de la legislación anterior. La LORAFNA no decía expresamente nada al respecto, pero —dice el TC— al establecerse en la Disposición transitoria 5.^a una excepción (relativa a inviolabilidad e inmunidad —art. 13.2 y 14—; y a la iniciativa legislativa —art. 19.1.b—), se debe entender *a contrario* que es aplicable a los parlamentarios forales anteriores a la LORAFNA todo lo no expresamente exceptuado.

Al considerarse el argumento *a contrario* como un instrumento de la interpretación literal, aferrado a la letra de la ley, al servicio de la interpretación restrictiva, podría pensarse que es un argumento «conservador», en el sentido de que entorpece la «evolutividad» de la interpretación. En efecto, el argumento *a contrario* parte del texto elaborado por el legislador y por esta razón es menos idóneo que otros instrumentos interpretativos para adaptar el texto legal a nuevas situaciones. Sin embargo, no hay que olvidar que cuando se aplica este argumento lo primero que se está reconociendo es un silencio del legislador, una laguna legal (22) que

las personas y organizaciones legitimadas para negociar y concluir los Convenios Colectivos laborales, y respecto de las mismas señaló el TC:

«El artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores, utilizando el término «técnico-jurídico» de legitimación, delimita quiénes son las personas que pueden llevar a cabo las negociaciones y, en su caso, concluir los Convenios Colectivos laborales, debiendo entenderse que contiene una fórmula cerrada, dado el carácter normativo que el Convenio tiene para todos los afectados por él (f.j. 2).

(21) STC 28/1984, de 28 de febrero, f.j. segundo.

(22) En este sentido, P. PESCATORE señala que «el razonamiento *a contrario*, en realidad, no es un argumento lógico, sino una simple conjetura fundada en el silencio del legislador», no es más que «una interpretación psico-

ha de ser solucionada, por lo que el respeto al texto es muy relativo. Por otro lado, lo que en definitiva otorga al argumento, o mejor a los resultados interpretativos a los que conduce, el carácter de «conservadores» o «progresistas» es el enunciado al que se aplica: si ese enunciado reconoce derechos o libertades, la aplicación del argumento *a contrario* llevará a restringir el área de la libertad y a ampliar el campo de los deberes, y en ese sentido el resultado interpretativo podría ser calificado de «conservador»; pero si el enunciado formula restricciones a los derechos o impone deberes u obligaciones, su interpretación *a contrario* conducirá a extender el área de las libertades y a ampliar las condiciones de ejercicio de los derechos, en cuyo caso el resultado interpretativo sería calificado de «progresista» (23). Vamos a verlo con un ejemplo extraído de la jurisprudencia del TC.

El artículo 7.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, recoge los tipos de huelga considerados como actos ilícitos o abusivos. En un recurso de amparo se planteó ante el TC la cuestión de si la huelga intermitente (huelga en días alternos) se debía entender incluida en ese artículo o no. En su sentencia el Tribunal resolvió en sentido negativo y el argumento ofrecido en su motivación fue precisamente que «la huelga intermitente no aparece expresamente citada entre aquellas que el artículo 7.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, considera como actos ilícitos o abusivos» (24). Al interpretar el artículo 7.2 del Real Decreto-ley el TC podía haber aplicado el argumento analógico y en virtud del

lógica de las intenciones del legislador» (*Introduction à la science du droit*, Luxemburgo, 1960, puesto al día 1978, pp. 348 y 357). Por otra parte, N. BOBBIO señala cómo en los ordenamientos jurídicos existen normas generales exclusivas e inclusivas. Si el intérprete aplica una norma general inclusiva, frente a una laguna recurrirá a las normas que regulan casos similares o materias análogas, por lo que estará adoptando el argumento *a simili*; si aplica una norma general exclusiva, al encontrarse con una laguna el caso no regulado será resuelto de forma opuesta al regulado, por lo que estará adoptando el argumento *a contrario*. Por todo ello, continúa BOBBIO: «no sólo nos parece imposible excluir las lagunas, en contra de lo afirmado por la teoría de la norma general exclusiva, sino que se ha precisado el concepto mismo de laguna: se verifica no tanto por la falta de una norma expresa para regular un determinado caso; sino por la ausencia de un criterio para elegir cuál de las dos reglas generales, la exclusiva y la inclusiva, debe ser aplicada. En cierto sentido vamos más allá de la teoría de la norma general exclusiva, ya que admitimos que en los casos de comportamiento no regulado expresamente no sólo hay siempre una solución jurídica, sino que hay dos. En otro sentido, sin embargo, desmentimos la teoría, en cuanto, precisamente porque las soluciones jurídicas posibles son dos, y falta un criterio para aplicar al caso concreto una u otra, volvemos a encontrarnos aquí con la laguna que la teoría había creído poder eliminar: no la laguna respecto al caso singular, sino respecto al criterio sobre cuya base debe ser resuelto el caso» (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960, pp. 152-155). Vid. en el mismo sentido y recogiendo la exposición de Bobbio, E. PATTARO: *Introduzione ai concetti giuridici*, Bolonia, 1978, pp. 210-211.

(23) Así la señala, por ejemplo, G. TARELLO: *L'interpretazione...*, ob. cit., p. 349.

(24) STC 72/1982, de 2 de diciembre, f.j. 4.

mismo considerar incluida en el precepto la huelga intermitente. Sin embargo, en este caso, la puesta en práctica de una argumentación *a contrario* sirve precisamente para restringir el ámbito de las limitaciones al derecho a la huelga y, en consecuencia, para ampliar el campo de la libertad.

Todas estas circunstancias hacen que la puesta en práctica del argumento *a contrario* no sea en ningún caso automática y que en ocasiones se revele incluso problemática. Alguna vez estos problemas han sido puestos de relieve en las deliberaciones en el seno del propio TC. Un ejemplo ayudará a comprenderlo enseguida.

En un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 1/1982, de 11 de febrero, sobre cooperativas, el TC declaró que la Comunidad Autónoma Vasca tiene competencia legislativa en esa materia, pero se planteaba el problema del ámbito territorial de esa competencia, es decir, si únicamente se extendía a las relaciones jurídicas producidas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca o si se refería también a un espacio territorial más amplio. Para resolver el tema el TC partió del artículo 20.6 del EAPV, según el cual es necesaria una «disposición expresa» para que una competencia sobrepase el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Esa disposición debe —para el TC— estar contenida en el bloque de constitucionalidad, según el artículo 28 de la LOTC, es decir, en la Constitución, el Estatuto o en las Leyes determinadoras de competencias. Como en este caso no existe esa disposición expresa, el TC concluye que la competencia ha de entenderse referida exclusivamente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Pero a continuación añade el Tribunal:

«Conclusión inicial que se confirma si se observa que el Estatuto sí a previsto en determinados supuestos de forma expresa, y en relación a determinadas personas jurídicas, que las competencias asumidas lo son en relación a las que desarrollen «principalmente» sus funciones en el País Vasco, como sucede en el artículo 10.13 del mismo, que atribuye competencia exclusiva al País Vasco en materia de "Fundaciones y Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el País Vasco". Es decir, que cuando la competencia se ha asumido en forma distinta a la prevista en el artículo 20.6, el propio Estatuto lo ha hecho constar de forma expresa, por lo que, como es claro, en ausencia de tal disposición expresa hay que entender que la competencia asumida en materia de cooperativas lo ha sido en cuanto a las entidades de este carácter que desarrollen su actividad cooperativa exclusivamente en el ámbito territorial del País Vasco» (25).

Frente a esta argumentación del Pleno del TC, hubo dos magistrados que formularon conjuntamente un voto particular a la sentencia, en el que señalaban precisamente que: «El argumento "a

(25) STC 72/1983, de 29 de julio, f.j. 4.

contrario sensu'' por sí solo carece de validez» (26). En realidad, el Pleno del Tribunal no había utilizado el argumento *a contrario* «por sí solo», ya que, en algún sentido, la mayoría de los magistrados realizó en la sentencia una argumentación de tipo sistemático. En efecto, el empleo del argumento que analizamos lo motivó el Tribunal de la siguiente forma: hay otras ocasiones en las que en el propio Estatuto Vasco se prevé expresamente que una competencia sobrepasa los límites territoriales del País Vasco; ha de entenderse, por tanto, que cuando el legislador ha querido otorgar a una competencia ese alcance, lo ha hecho constar; en virtud de todo ello, cuando no consta esa previsión expresa del legislador, la competencia de que se trate debe regirse por la normativa general establecida en el artículo 20.6 del EAPV. De cualquier forma (y a pesar de que la discrepancia de los magistrados disidentes no se refería tanto a la forma de utilización del argumento *a contrario*, como a los resultados a los que conducía), esta sentencia ofrece un excelente ejemplo de cómo la puesta en práctica del argumento está sometida a constantes problemas y está lejos de ser automática.

Un caso parecido en el que también se discrepaba más de la oportunidad de emplear el argumento *a contrario* o de las consecuencias a las que llevaba, que de la forma de ponerlo en práctica (aunque en esta ocasión los que no se mostraron conformes eran los actores de un recurso de inconstitucionalidad), es una STC en la que se pedía (entre otras cosas) la declaración de inconstitucionalidad de la Base 34.2 de la Ley 41/75, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen local. El TC declaró lo siguiente:

«La base 34.2 de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local dispone que las Entidades locales que concierten determinadas operaciones de crédito que no rebasen el porcentaje que periódicamente fije el Gobierno no precisarán de autorización previa del Ministerio de Hacienda. Por consiguiente, «sensu contrario», debe entenderse que las operaciones que superen tal proporción estarán sujetas a dicha autorización» (27).

Pero precisamente lo que los recurrentes consideraban inconstitucional era la consecuencia a la que llevaba la interpretación *a contrario* de la base 34.2, por lo que el TC se vio obligado a justificar la utilización del argumento.

2.2. Algunos ejemplos de utilización atípica del argumento *a contrario* en las STC.

Hasta ahora nos hemos limitado a analizar algunas motivaciones del TC en las que ponía en práctica una argumentación *a contrario* sin sobrepasar los márgenes dentro de los cuales normalmente se explica el argumento. Aun así hemos detectado cantidad de puntos oscuros que permiten poner en duda la descripción

(26) Voto particular de los Magistrados Luis Díez Picazo y Francisco Rubio Llorente a la STC 72/1983, de 29 de julio.

(27) STC de 2 de febrero de 1981, f.j. 16, f.

que suele hacerse de su utilización. Ahora iremos un poco más lejos. El estudio de las decisiones del TC revela que junto al uso ordinario del argumento *a contrario* se detecta lo que hemos denominado una «utilización atípica» del mismo, en el sentido de que estos supuestos no pueden ser explicados con los instrumentos teóricos que habitualmente se ponen al servicio de esta forma de motivación de las decisiones judiciales.

En unos casos esta «atipicidad» en el uso del argumento deriva de la materia objeto de interpretación: la Constitución; en otros casos se trata simplemente de la asociación del argumento *a contrario* con otras figuras argumentativas, como por ejemplo el razonamiento *ad absurdum*.

2.2.1. La interpretación *a contrario* de un precepto constitucional sirve para enunciar un principio constitucional.

Como ha quedado dicho, el argumento *a contrario* se basa en el silencio del legislador sobre un supuesto concreto. Por lo tanto su utilización lleva a la creación (en el sentido que se verá luego en el ejemplo) de una norma «nueva» no expresamente dictada por el legislador, que sirve para regular una situación no prevista en los textos normativos. Para evitar posibles críticas por la excesiva creatividad judicial que comporta entonces el uso del argumento, éste ha sido tradicionalmente justificado por medio de una presunción: la conclusión normativa a la que se llega fue implícitamente dictada por el legislador al promulgar expresamente una regulación particular para una especie del género de que se trate. Este mecanismo puede llevar en cualquier proceso interpretativo a la creación de normas generales no expresamente dictadas por el legislador, pero cuando el objeto de ese proceso es el documento normativo que se encuentra en la cúspide del ordenamiento, el argumento *a contrario* puede dar lugar a la creación (o, si se prefiere, a la enunciación) de verdaderos principios constitucionales, como en el siguiente ejemplo.

El artículo 9.3 de la CE señala que: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». En un recurso de amparo el TC interpretó este precepto constitucional y señaló:

«La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, a «contrario sensu» en el artículo 9.3 de la Constitución, que declara la irretroactividad de las no favorables o restrictivas de derechos individuales» (28).

(28) STC de 7 de mayo de 1981, f.j. 7. Poco tiempo antes el TC ya había interpretado el artículo 9.3 de la CE en el mismo sentido: «Interpretando *a contrario sensu* este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable» (STC de 30 de marzo de 1981, f.j. 3).

Si el artículo 9.3 de la CE recoge (y constitucionaliza) diversos principios clásicos del Estado de derecho, el TC, por medio del argumento *a contrario*, constitucionaliza un nuevo principio, el de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, que desde ese momento viene a añadirse a los expresamente recogidos en el artículo 9.3 y a gozar del mismo rango que los principios mencionados por el legislador en el texto constitucional.

2.2.2. El argumento *a contrario* se asocia con la reducción al absurdo.

En las STC encontramos el argumento *a contrario* asociado con el argumento *ad absurdum* (o argumento apagógico) de dos formas distintas: en primer lugar, cuando el argumento *a contrario* enmascara en realidad una *reductio ad absurdum*; y en segundo lugar, cuando se justifica la interpretación (o el significado) obtenido a través del argumento *a contrario* por medio de un razonamiento *ad absurdum*.

En un conflicto de competencia entre el Gobierno Vasco y el Gobierno de la Nación se discutía a quién corresponde la competencia de determinar un orden de preferencia de suscripción de valores computables en el coeficiente de fondos públicos. El TC resolvió que la fijación, con vigencia en todo el ámbito estatal, de ese orden de prioridad es un aspecto esencial de la ordenación del crédito y, por tanto, una medida incluida en la competencia del Estado para establecer las bases de tal ordenación (art. 149.1.11 de la CE), justificando su interpretación de la siguiente manera:

«Argumentando «a contrario» cabe decir que si la fijación de ese orden de prioridades constituyera competencia de cada Comunidad, éstas podrían dar preferencia a títulos emitidos por sus respectivos Gobiernos y por las Corporaciones públicas o privadas de la Comunidad para atender y financiar necesidades particulares de cada una de ellas con lo cual si pudiera tener carácter preferente el interés propio de cada Comunidad frente al general del conjunto nacional, la finalidad del coeficiente de fondos públicos resultaría de imposible cumplimiento (29).

En esta motivación el TC declara estar realizando una argumentación *a contrario*, pero en realidad está razonando *ad absurdum*. En efecto, la diferencia fundamental entre ambos argumentos estriba en que, mientras en el *a contrario* el legislador ha regulado de cierta forma una hipótesis concreta, de donde se deduce *a contrario* que ha pretendido regular de distinta forma el resto de hipótesis similares no expresamente mencionadas, en el apagógico, de dos (al menos) significados posibles de un texto, se elige uno de ellos en virtud de las consecuencias absurdas a las que conduciría (o conducirían) el otro (o los otros). En algún

(29) STC 1/1982, de 28 de enero, f.j. quinto.

sentido también en el razonamiento *ad absurdum* se argumenta *a contrario*, pero lo que se tiene en cuenta para la interpretación es el *significado* contrario del texto a interpretar (que llevaría a consecuencias absurdas), no el *supuesto de hecho* contrario. Veamos qué es lo que sucede en la argumentación transcrita. En ella el TC realiza una interpretación del sistema de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma Vasca en materia de ordenación del crédito, que le lleva a atribuir la competencia debatida al Estado. Y a continuación se plantea la hipótesis contraria: imaginemos que la competencia corresponde a cada Comunidad Autónoma, es decir, aceptemos la solución contraria; entonces el TC pone de manifiesto las consecuencias que se derivarían de esta interpretación y las considera (aunque sin decirlo expresamente) absurdas por provocar la ineffectividad de una institución legal (resultaría de imposible cumplimiento la finalidad del coeficiente de fondos públicos) y por resultar incoherentes con un principio constitucional (el de la unidad económica nacional). En otras palabras, el problema debatido podría tener dos soluciones posibles: a) el titular de la competencia es el Estado, y b) el titular de la competencia es la Comunidad Autónoma Vasca; el TC opta por la solución a), y la justifica señalando que la solución b) conduciría a una conclusión absurda, por lo que parece claro que su razonamiento no es *a contrario* sino *ad absurdum*.

La segunda forma de asociarse los argumentos *a contrario* y apagógico que vamos a analizar es aquella en la que este último sirve de justificación a la utilización del primero. Vamos a verlo también con un ejemplo extraído de las decisiones del TC.

Interpretando los artículos 18.3 y 18.1 de la CE, el TC señala:

«Quien graba una conversación de otro atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsales ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex artículo 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación» (30)

Vamos a intentar analizar con detalle la argumentación llevada a cabo por el TC. La base legal de la que parte son los artículos 18.1 y 18.3 de la CE, que garantizan respectivamente, entre otras cosas,

(30) STC 114/1984, de 29 de noviembre, f.j. séptimo.

la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones. La cuestión principal a la que el Tribunal debía dar respuesta era la de si grabar una conversación con otro viola o no el artículo 18.3, a lo que respondió negativamente. A continuación, y para justificar su interpretación del artículo 18.3, el TC recurre al argumento apagógico y se plantea como hipótesis la solución contraria: el grabar una conversación con otro viola el deber del secreto en las comunicaciones exigido por el artículo 18.3. El propio Tribunal enumera entonces las consecuencias a las que conduciría esa interpretación del artículo 18.3: en primer lugar, habría que entender que el artículo 18.3 impone un deber genérico de secreto en las comunicaciones; y además, en segundo lugar, se vaciaría de sentido gran parte del artículo 18.1 (protección de la esfera íntima personal). Hasta aquí el TC no ha empleado más que un razonamiento *ad absurdum* para interpretar el artículo 18.3 de la CE, pero a partir de ese momento la argumentación se complica. El Tribunal realiza una interpretación sistemática de ambos puntos del artículo 18, aplicando simultáneamente un argumento *a contrario* que se justifica a partir de las consecuencias absurdas a las que conduciría la solución contraria. Lo intentaremos aclarar. El artículo 18.1 protege la esfera íntima personal y el 18.3 el secreto en las comunicaciones; por tanto, el secreto en las comunicaciones se impone solamente en cuanto sea necesario para proteger la intimidad personal; argumentando *a contrario*, cuando no se ve afectada la intimidad no es exigible el secreto; justificación: la solución contraria (es decir, un deber general y absoluto de secreto en las comunicaciones) llevaría a conclusiones absurdas (imposibilidad de que se lleven a cabo procesos de libre comunicación). Por lo tanto, en este caso —dice el TC— es necesario aceptar la solución a que nos conduce el argumento *a contrario*, porque la solución opuesta tendría consecuencias absurdas.

3. CONCLUSIONES

1. Hemos visto que por medio del argumento *a contrario* una determinada regulación no se aplica a cualquier otra hipótesis distinta a la expresamente contemplada por el legislador. Estas otras hipótesis no tienen por qué ser contrarias a la recogida en el precepto a interpretar, es suficiente que sean distintas.

2. El argumento *a contrario* es considerado un instrumento de la interpretación lingüística, que sirve para motivar o proponer interpretaciones restrictivas, que impone como condición para su utilización el silencio de la ley y cuya fuerza persuasiva, así como su justificación, las obtiene de la presunta voluntad del legislador.

3. Sin embargo, el análisis de las motivaciones del TC español nos muestra que junto a un uso típico del argumento *a contrario*,

explicable teóricamente por medio de las construcciones proporcionadas por la dogmática jurídica, cabe lo que hemos denominado un «uso atípico» del mismo argumento, uso que no encaja dentro de los límites marcados por los teóricos del derecho para el argumento *a contrario*.

4. Las STC ponen de manifiesto que *a priori* no puede considerarse el argumento *a contrario* como un argumento conservador, por ir en contra de la evolutividad de la interpretación. Hemos visto que puede constituir un instrumento idóneo para obtener interpretaciones «progresistas» (es decir, interpretaciones que lleven a extender el área de las libertades y a ampliar las condiciones de ejercicio de los derechos).

5. Cuando el TC realiza un «uso atípico» del argumento, puede ser, entre otras, por dos razones: porque por medio de esta figura se enuncia un principio constitucional; o porque asocia el argumento *a contrario* con un razonamiento *ad absurdum*.

6. Si el documento al que se aplica el argumento *a contrario* es un precepto constitucional, su utilización puede dar lugar a la enunciación de verdaderos principios constitucionales no expresamente formulados por los constituyentes.

7. El argumento *a contrario* puede asociarse con el apagógico de dos formas distintas: cuando aquél está enmascarando lo que en realidad es una argumentación *ad absurdum*; y cuando el significado obtenido por medio del argumento *a contrario* se justifica a través de la *reductio ab absurdum*.

Del método jurídico a las teorías de la argumentación

JUAN ANTONIO GARCIA AMADO
Oviedo

1. PLANTEAMIENTO: CRISIS DE LA METODOLOGIA JURIDICA POSITIVISTA.

En la actual literatura jurídica vemos cómo se simultanean con frecuencia las referencias a la metodología y a la teoría de la argumentación jurídica. Se trata de dos materias que han de entenderse emparentadas, por cuanto que tienen por objeto una misma problemática: la aplicación del derecho, la decisión jurídica como resultado del enjuiciamiento de un hecho concreto a la luz de las determinaciones normativas del ordenamiento jurídico.

Se ha dicho que tal fluctuación de las denominaciones, entre metodología jurídica y teoría de la argumentación, es mera cuestión de modas (1). De que efectivamente es así parece dar testimonio el hecho de que a menudo planteamientos metodológicos muy similares se presentan bajo una u otra de estas denominaciones, entremezclan ambas o, incluso, se acogen a otras, como la de teoría del razonamiento jurídico.

Se habla hoy en día de la existencia de una tal diversidad de enfoques que resultaría imposible referirse con propiedad a algo así como «la» metodología jurídica, y se ha dicho que la consecución de una teoría metodológica básicamente unitaria no se logrará por la adición de nuevas teorías al conjunto de las ya existentes, sino que lo primero que se necesitaría sería el tratamiento expreso y abierto de las cuestiones de base tácitamente presupuestas en las distintas doctrinas sobre el método (2).

(1) En tal sentido K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 507; F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Viena-Nueva York, Springer, 1982, p. 21, n. 47; W. KRAWIETZ, *Recht und Rationalität in der modernen Systemtheorie*, en *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, p. 741.

(2) J. SCHMIDT, «Begründung». *Einige Probleme eines rechtstheoretischen Problems*, en *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1978, pp. 550-551.

Aun a riesgo de simplificar en exceso, se podría decir que lo que preside el tratamiento teórico de estos temas en las últimas décadas es la crisis de los postulados metodológicos centrales del positivismo jurídico y el intento por parte de toda una serie de nuevas teorías, agrupadas bajo nombres diversos, pero con una serie de rasgos comunes que iremos viendo, de proporcionar criterios y reglas metódicas que eviten la conclusión escéptica, ligada a los últimos estadios de aquella crisis, de que quien enjuicia un hecho y decide en sede jurídica realiza, en última instancia, una pura opción arbitraria entre alternativas posibles, opción que no sería susceptible de auténtico control (3).

Como dice Abraham Edell (4), en el pasado en modelo de lo racional ha sido el sistema deductivo, acorde con un modelo de conocimiento científico que encontraba la máxima pureza y objetividad del saber en la matemática pura y en el esquema axiomático. Frente a esto, la progresiva penetración en el campo de la teoría jurídica de una visión de la ciencia y del conocimiento más consciente de las «impurezas» políticas, axiológicas, metafísicas incluso, que acompañan y determinan la evolución de la ciencia, incluso en el caso de las ciencias naturales, ha dado lugar a la crisis de lo que Adomeit denomina el «determinismo jurídico» (5).

La progresiva conciencia del carácter irreal de la metodología ligada a la teoría de la subsunción llevará a la formulación en la doctrina metodológica de propuestas como la de que es el sentimiento jurídico el que en última instancia dicta la decisión, o que ésta depende de factores no sólo emocionales, sino incluso fisiológicos (la famosa *digestion theory* del realismo americano), o que se ha de buscar la fuente última de su legitimidad en su consonancia con postulados morales trascendentes del sistema de las normas positivas.

Frente a esta caótica situación, una serie de teorías comparten a partir de los años cincuenta el intento de rescatar la práctica jurídica de los peligros de la arbitrariedad, tratando de proporcionar un fundamento que pueda pretenderse intersubjetivamente válido y plausible para las valoraciones concurrentes en la determinación de la decisión jurídica. A partir de estos momentos, una serie de teorías heterogéneas participarán de un punto de partida común: allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico-natural, de intuiciones valorativas o de

(3) Del repliegue del positivismo hacia una metodología que lo sea únicamente de la ciencia del derecho y que deja de lado la posibilidad de control efectivo sobre la labor valorativa del juez que aplica el derecho, da buena muestra la Teoría Pura del Derecho, en particular la doctrina kelseniana de la interpretación.

(4) A. EDELL, *Limits under a Non-Rationalistic Rationality*, en «Rechtstheorie», Beiheft 8, 1981, p. 101.

(5) K. ADOMEIT, *Methodenlehre und Juristenausbildung*, en «Zeitschrift für Rechtspolitik», 3, 1970, p. 176.

la pura emotividad, se impone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de *argumentación*, de modo que se abra la posibilidad de que las valoraciones se legitimen por su sintonía con el sentir general de cada momento, con los criterios de una racionalidad práctica en continuo fluir en el seno del grupo social.

Previa y simultáneamente otras teorías, principalmente la Jurisprudencia de intereses y la Jurisprudencia de valoraciones, muestran cómo el juez está siempre abocado a sopesar en su decisión algo más que los puros términos normativos, y que es este *prius* de intereses y valores sociales a que el derecho sirve lo que justifica tanto las normas positivas como la necesidad de su permanente actualización por el juez. Lo que las teorías de la argumentación y afines pretenderán será ir aún más allá y ofrecer pautas justificativas de la racionalidad para los criterios rectores de esa ponderación judicial, de esa opción entre intereses y valores enfrentados que se pueden acoger a la protección de un mismo sistema normativo. Heck trataba de salvar el hiato entre ley y decisión judicial mediante la referencia a la «obediencia pensante» del juez (6). Las teorías a que aludiremos no tratarán tanto de negar esa obediencia como de partir de su insuficiencia. Los términos legales señalan sólo un marco más o menos amplio dentro del que la decisión ha de recaer (7), es la suya una función meramente limitativa (8). Aun cuando se respete la ley, ésta deja siempre un margen decisorio, por la necesidad de que sea interpretada, por la existencia de lagunas, por la selección y calificación de los hechos que se enjuician, etc. Es la presencia de la arbitrariedad en estos momentos en que las valoraciones del que decide son dirimientes lo que se trata de evitar.

Como dicen Aarnio, Alexy y Peczenik, se parte del entendimiento de que no es de hecho posible ningún procedimiento de producción estatal del derecho que pueda ofrecer en todo momento a los sometidos al derecho y a los encargados de aplicarlo normas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo tal que a partir de tales normas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión, ya sea porque ésta se siga lógicamente de las normas conjuntamente con premisas empíricas o con ayuda del «método jurídico». La existencia de casos en los que conforme a un mismo material normativo son posibles diversas decisiones justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la prác-

(6) PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (ed. de R. Dubischar). Bad Homburg vor der Höhe, Gehlen, 1968. p. 174.

(7) Ver. por ejemplo, W. KILIAN, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*. Frankfurt/M., Athenäum, 1974. p. 174.

(8) Se trata de la *Grenzfunktion* de que habla Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlín, Duncker & Humblot, 2.^a ed., 1976, p. 153.

tica jurídica (9). En el momento en que la idea de una única decisión jurídicamente correcta se revela ilusoria se plantean, como señala Büllesbach, dos cuestiones principales. Por un lado, la constatación de que la decisión no es unívocamente determinada ni por la Ley ni por otros criterios normativos lleva a preguntarse «qué otros factores son significativos para la decisión». Por otro lado, se plantea como problema la fundamentación de la decisión. Si la corrección de la decisión no se determina plenamente por factores normativos habrá que buscar en su fundamentación las razones que avalen la opción decisoria que se haya tomado. Y fundamentar una decisión es una actividad argumentativa: «Si el silogismo jurídico clásico (...) por sí solo no es capaz de proporcionar un adecuado esquema de la argumentación se plantea la pregunta acerca de qué argumentos y qué valoraciones son capaces de legitimar una decisión (...), esto es, en general: cómo se argumenta efectivamente» (10). Con la teoría de la argumentación jurídica se trata de lograr «una teoría que fundamente, justifique y limite el proceder argumentativo de la praxis» (11).

En estas teorías actuales el objeto central del análisis es la concreta actividad decisoria de la práctica jurídica, y la cuestión principal a la que se trata de responder es la de cuáles sean los criterios que puedan asegurar su objetividad y racionalidad. La reflexión gira en torno a la tensión siempre existente entre «decisión» y «justificación», entre lo que es imposición autoritaria de una opción y lo que es el intento de conciliar esa dimensión con la pretensión de objetividad intersubjetivamente aceptable, esto es, la pretensión de que la decisión sea racional (12).

2. PRIMEROS PASOS DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: PERELMAN Y VIEHWEG.

De teoría de la argumentación en general comienza a hablarse en el sentido actual a fines de los años cincuenta, merced a dos obras cuya influencia en este campo se deja sentir hasta hoy: *El Traité de l'Argumentation* de Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca y *The Uses of Argument*, de Stephen Toulmin (13). El punto

(9) A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, en W. Krawietz (ed.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983, pp. 53-54.

(10) A. BÜLLESBACH, *Sind sozio- und psycholinguistische Methoden zur Rekonstruktion von Gerichtsurteilen verfügbar?*, en ARSP, Beiheft NF 14, 1980, p. 128.

(11) W. HASSEMER, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 2, 1972, p. 468.

(12) G. LUF, *Rechtsverwirklichung im Spannungsfeld von Entscheidung und Rechtfertigung*, en «Rechtstheorie», Beiheft 6, 1984, pp. 269-271.

(13) CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles, 3.^a ed., 1976 (1.^a ed., 1958). S. E. TOULMIN, *The Uses of Argument*, Cambridge, University Press, 4.^a ed. 1974 (1.^a ed. 1958).

de referencia frente al que las teorías de la argumentación se constituyen en esta primera época es el positivismo lógico y su afirmación de que no hay de los juicios más fundamentación racional que la que de los enunciados empíricos proporciona la verificación o falsación o de los analíticos proporciona la lógica formal. Las diversas teorías de la argumentación tratarán en lo sucesivo de mostrar cómo son posibles afirmaciones cuya racionalidad sea defendible aun cuando no sean susceptibles de contrastación empírica o expresen contenidos en el lenguaje ordinario. Frente a la deducción como única vía para la obtención de nuevos enunciados que puedan pretenderse racionales, se afirmarán la argumentación y su «lógica» propia como campo en que es posible la obtención de enunciados racionales sobre cuestiones valorativas, es decir, sustraídas a la determinación empírica de su verdad o falsedad (14).

Se parte del propósito de salvaguardar la posibilidad de un pensamiento valorativo racional y de la insuficiencia radical de la lógica y del método empírico para satisfacer tal necesidad. Sin embargo, variará la orientación de las diversas doctrinas que admiten ser encuadradas bajo la denominación de teorías de la argumentación. Perelman, por ejemplo, cifra la parte central de su obra en la descripción del tipo de recursos argumentativos utilizables para lograr en estas materias la adhesión del auditorio de que se trate; Toulmin desarrolla el esquema o esqueleto formal de la argumentación; y los intentos de Viehweg y quienes continúan su teoría tópica lo que hacen en realidad es mostrar la técnica de la invención o hallazgo de argumentos (15).

Circunscribiendo nuestra atención a las teorías de la argumentación jurídica, vemos cómo los primeros intentos de obtener criterios que garanticen la racionalidad de las opciones valorativas que en la aplicación del derecho acontecen desembocan en propuestas de un alto grado de inconcreción, como es el caso de las de Perelman, o se quedan en un análisis de los momentos previos a la opción decisoria, como ocurre con Viehweg.

2.1. Perelman y la Nueva Retórica.

Perelman se alineaba en 1945, en su estudio primero sobre la justicia, del lado de la teoría del positivismo lógico. Sostenía que no hay más criterio racional acerca de qué sea lo justo que el

(14) Indicaciones valiosas respecto a este propósito originario pueden verse en K.-H. GÖTTERT, *Argumentation. Grundzüge ihrer Theorie im Bereich theoretischen Wissens und praktischen Handelns*, Tübingen, Max Niemeyer, 1978, pp. 1 ss.; U. BERK, *Konstruktive Argumentationstheorie*, Stuttgart, Frommann-Holzboog, 1979, pp. 190 ss.; H. W. JOHNSTONE, *Theory of Argumentation*, en: R. Klibansky (ed.), *La philosophie contemporaine*, Florencia, 1968, vol. 1, pp. 177 ss.

(15) Un tratamiento comparativo de estos autores puede verse en K.-H. GÖTTERT, op. cit., pp. 10 ss.

postulado formal de que cada enjuiciamiento se siga de una regla general y que los valores subyacentes a cualquier regla de justicia no son racionalmente fundamentables, pues «no hay valor que no sea lógicamente arbitrario» (16).

En un segundo momento trata Perelman de trascender esta postura escéptica y busca la forma de poder dotar de justificación racional a las opciones por unos sistemas de valores frente a otros. La primera conclusión al respecto sigue siendo que es imposible encontrar para ello principios incontestables. De lo que se tratará será de elaborar «una lógica de los juicios de valor», no a partir de los principios de la lógica formal, sino «a partir de un examen detallado de la manera cómo los hombres razonan efectivamente sobre los valores». Se desarrolla, así, una teoría de la *argumentación*, complementaria de la teoría de la demostración, objeto esta última de la lógica formal» (17). Esto es lo que Perelman pretende haber llevado a cabo en el *Traité de l'Argumentation*.

Este tratado lleva como subtítulo *La nouvelle rhétorique*, por cuanto Perelman piensa haber encontrado en la retórica aristotélica el esquema básico que, convenientemente actualizado y completado, puede servir para mostrar esa pretendida lógica de los juicios de valor.

En este campo, en que no existen pruebas concluyentes de lo verdadero y lo falso, las decisiones se siguen de un proceso argumentativo. Lo que de modo terminante no se impone por la experiencia o la demostración lógica se ha de justificar. Y «justificar una proposición o una regla es justificar el hecho de adherirse a ella o de enunciarla en un momento dado; es, pues, justificar un comportamiento» (18). El discurso práctico está siempre orientado a la acción y a lograr para los principios o reglas rectoras de ésta el asentimiento de los demás.

Tres conceptos desempeñan en el marco de esta teoría un papel central: el de auditorio y la diferenciación entre persuadir y convencer.

Si se argumenta en cada cuestión práctica con vistas a motivar una acción o a obtener el asentimiento para una actuación determinada, la configuración de la argumentación dependerá en buena medida del tipo y el número de los sujetos de los que ese asentimiento se pretende. A esos destinatarios del discurso justificativo en cada caso los llama Perelman «auditorio»: «el conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir mediante su argumentación» (19).

Es evidente que el orador dispondrá su discurso en función del respectivo auditorio, cuya aquiescencia se busca, pues «el cono-

(16) CH. PERELMAN, *De la Justice*, Bruselas, 1945, recogido en CH. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruselas, Presses Universitaires, 1963, p. 75.

(17) CH. PERELMAN, *Cinq leçons sur la justice*, en CH. PERELMAN, *Droit, morale et philosophie*, París, LGDJ, 2.^a ed. 1976, p. 48.

(18) *Ibidem.* pág. 49.

(19) CH. PERELMAN, *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 25.

cimiento de aquellos a los que se pretende ganar es una condición previa de toda argumentación eficaz» (20). Hay una permanente interacción entre orador y auditorio, de forma que aquél se adapta a éste y al mismo tiempo va conformándolo por medio de la argumentación misma. Mas, si a esta configuración de cada argumentación de modo relativo al auditorio se suma la circunstancia de que el orador dispone de un amplio arsenal de recursos argumentativos, tendentes a lograr sobre el respectivo auditorio el efecto deseado, y de que en cada caso elegirá de entre ellos los más eficaces (21), cabe preguntarse: ¿cuándo se podrá decir, si es que se puede, que la argumentación es racional o da lugar a un consenso entre el auditorio que pueda tenerse por racional?

Aquí es donde distingue Perelman entre persuadir y convencer. Persuasiva es la argumentación «que sólo pretende valer para un auditorio particular», mientras que convincente es aquella que se pretende apta para «obtener la adhesión de todo ser de razón» (22), es decir, del «auditorio universal». Sólo esta argumentación que se orienta a lograr la convicción del auditorio universal puede pretenderse racional. La otra, la dirigida a persuadir en un determinado sentido a un auditorio particular, tendrá un valor puramente instrumental, ligado a la justificación o defensa de intereses particulares o de grupo, ideologías, etc., pero jamás podrá pretender imponerse frente a todos como la que mejor se complace con una razón objetiva. «El discurso dirigido a un auditorio particular tiende a persuadir, mientras que el que se dirige al auditorio universal tiende a convencer». Y añade Perelman: «Un discurso convincente es aquel en el que las premisas y los argumentos son universalizables, es decir, aceptables, en principio, para todos los miembros del auditorio universal» (23).

El prototipo de argumentación racional es, por lo que acabamos de decir, el de la argumentación filosófica, en cuanto que se representa su auditorio inmediatamente como constituido por todos los sujetos razonables (24). Hay aquí, por tanto, un primer interrogante respecto del grado de racionalidad posible en aquellas argumentaciones que, como en el caso de la jurídico-práctica, se dirigen a auditorios particulares.

El problema de la indefinición del criterio de racionalidad de la argumentación se acentúa si tenemos en cuenta que la remisión al auditorio universal no sirve como baremo que ofrezca una referencia firme y constatable, sino que se trata de una pura construcción ideal, de una idea regulativa a la que tendencialmente se acercarán ciertas construcciones argumentativas en razón del grado de generalidad con que sus premisas se formulen y sin que el

(20) *Ibidem*, p. 26.

(21) *Ibidem*, p. 30 ss.

(22) *Ibidem*, p. 36.

(23) CH. PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, París, J. Vrin, 1977, p. 31.

presunto acuerdo universal del que serían susceptibles pueda encarnar en ninguna forma de consenso efectivamente mensurable. Al hablar del acuerdo del auditorio universal, dice Perelman que «se trata evidentemente en este caso no de un hecho experimentalmente probado, sino de una universalidad y de una unanimidad que se representa el orador, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal». Y añade: «*el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho*» (26).

Si la posibilidad de predicar la racionalidad de un juicio práctico se encuentra ante estas limitaciones cabe preguntarse qué relación tiene con la cuestión de la racionalidad y en qué consiste en campos como el de la práctica jurídica esa teoría de la argumentación, concebida como nueva retórica y que, según Perelman, «cubre todo el campo de la argumentación tendente a convencer o a persuadir, *cualquiera que sea el auditorio al que se dirija y cualquiera que sea la materia de la que se trate*», y cuyas peculiaridades en disciplinas singulares pueden ser estudiadas en razón de las particularidades de éstas y del tipo de su auditorio. Es de esta forma como Perelman afirma la posibilidad de elaborar tanto una lógica jurídica como una lógica filosófica, «que no serían sino aplicaciones particulares de la nueva retórica al derecho y a la filosofía» (27). Mas, curiosamente, y esto no lo dice Perelman, en un caso, el segundo, se trataría de la lógica de un discurso racional y en el otro, de la de un discurso que no merece tal nombre, en cuanto que no se orienta sino a la persuasión de un auditorio particular.

En realidad nos encontramos con que la lógica de discursos como el jurídico no parece consistir sino en el hábil empleo de una serie de recursos retóricos, tendentes a mover al auditorio a adherirse a una tesis, de modo que la estructura toda del discurso se determina en función de esta su instrumentalidad (28). Y de la descripción y el mejor uso posible de estos recursos retóricos habla Perelman fundamentalmente en el *Traité de l'Argumentation*. Mientras tanto, de la supuesta lógica de la filosofía, es decir, del discurso racional por excelencia, no trata sino mediante vagas referencias a la universalidad con que presenta sus premisas o al

24) CH. PERELMAN, *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 41.

(25) O. WEINBERGER, *Jurisprudenz zwischen Logik und Plausibilitätsargumentation*, en O. WEINBERGER, *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín, Ducker & Humblot, 1979, p. 51.

(26) CH. PERELMAN, *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 41 (subrayado en el original).

(27) CH. PERELMAN, *L'empire rhétorique*, cit., p. 19.

(28) Dice PERELMAN (*Jugements de valeur, justification et argumentation*, en «Revue Internationale de Philosophie», 58, 1961, p. 334) que lo que se califica como «lógica de los juicios de valor se extrae a partir del análisis de diversas formas de justificación (téngase en cuenta que Perelman entiende aquí «justificación» como contrapuesta a «demostración»). Esta lógica no formal —añade— no es otra cosa que la *técnica* de la argumentación» (el subrayado es nuestro).

hecho de que se representa su auditorio como constituido por la humanidad entera.

El mismo Perelman reconoce que la argumentación jurídica difiere por los condicionamientos prácticos a que está sometida del tipo de argumentación racional encarnado por la filosofía (29). Obviamente se apoya en un principio rector expresado en términos generales, como son las normas positivas, pero éstas no son capaces de presentarse como premisas indubitadas, de las que la decisión se siga deductivamente. La estructura silogística de la decisión no garantiza la racionalidad en la conformación de las premisas: «el papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas» (30). Es en la configuración de las premisas donde el juez interviene de modo decisivo, en la interpretación de la ley, en el colmado de lagunas, en la calificación de los hechos, en la apreciación del valor de las presunciones y pruebas, etc. (31). Y es respecto de estos aspectos de la práctica donde falta en la obra de Perelman la indicación de criterios controlables de racionalidad de la actuación valorativa del juez. Se conforma con referencias a lo que su sentido de la equidad le muestre como social y moralmente más deseable (32). Lo que la teoría de Perelman no pone de manifiesto es, precisamente, la cuestión central de cómo se ha de concebir u orientar ese sentimiento particular de la equidad para que pueda ser tenido por racional y no mera expresión de emociones subjetivas. Al respecto se contienen en su obra únicamente referencias a la necesidad de que tanto el legislador como el juez no han de decidir «lo que personalmente les parezca justo, sin tener en cuenta las aspiraciones del público del que su poder emana». Al respecto hace suyas Perelman las palabras de C. J. Friedrich en el sentido de que «el acto más justo es el acto que es compatible con el mayor número de valores y de creencias, teniendo en cuenta su intensidad». Añade Perelman que tales valores y creencias son los de la comunidad en la que y en nombre de la cual se ejerce el poder político de crear y aplicar las leyes (33).

Con todo esto parece introducirse un nuevo elemento de confusión, pues no queda claro si lo que hace racionales las valoraciones que subyacen a la decisión es su coincidencia efectiva con las opiniones sociales, con lo que el problema de la racionalidad se ha de resolver en última instancia con datos empíricos, cuyos modos de obtención por el juez Perelman no menciona; o si, por el contrario, es la aproximación de la argumentación judicial con-

(29) CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979 (trad. de Luis Díez-Picazo), pp. 162 ss.

(30) *Ibidem*, p. 232.

(31) CH. PERELMAN, *Le raisonnement juridique*, en *Droit, morale et philosophie*, cit., p. 100.

(32) *Ibidem*.

(33) CH. PERELMAN, *Cinq leçons sur la justice*, cit., p. 54.

creta al modelo ideal de la argumentación lo que determina el grado de racionalidad posible de las valoraciones justificadas por el juez mediante la argumentación. Sobra decir que en este caso el control efectivo de la racionalidad de la argumentación jurídica práctica presenta aún mayores dificultades, salvo que se reduzca la cuestión a consideraciones puramente formales, como la de los términos generales o particulares con que se presenten las consideraciones valorativas, o como la composición del auditorio al que tal argumentación pretenda dirigirse. En este caso la racionalidad posible será también puramente formal y faltará aquello precisamente que se pretendía hallar: un fundamento objetivo para la justificación racional de valoraciones.

2.2. *Viehweg y la tópica jurídica.*

En 1953 publica Theodor Viehweg la primera edición de su *Topik und Jurisprudenz* (34), que se presenta como crítica radical del supuesto papel que las ideas de sistema axiomático y lógica deductiva jugarían en el método jurídico del positivismo, y como intento de proponer como cuadro teórico explicativo del tipo de proceder que se lleva a cabo al aplicar el derecho el mostrado por la tópica aristotélica y sus desarrollos por Cicerón y otros, hasta Vico.

La aplicación del derecho sería un caso prototipo de la clase de pensamiento que se orienta al problema como fuente primaria para la obtención de la solución, frente a cualquier tipo de pensamiento que se oriente a un sistema preestablecido de verdades apodícticas, de las que se siga, sin más, la verdad de una conclusión, de la que deberá salir la solución que para el problema se pretende. Los tópicos son argumentos, puntos de vista susceptibles de ser utilizados en una pluralidad de contextos diferentes, como recurso justificativo de la toma de postura en pro o en contra de una determinada solución. Serían, conforme a la definición ciceroniana, *sedes e quibus argumenta promuntur* y la tópica constituiría *ars inveniendi*, técnica o arte de la obtención de argumentos. Será a la luz de cada específico problema como se determinará qué tópicos son en cada caso susceptibles de invocación argumentativa.

El derecho constituye, para Viehweg, un campo dominado por el modo de pensar tópico, por cuanto que la solución de problemas concretos que en la decisión jurídica se lleva a cabo está marcada por la presencia de lo que llama la «aporía fundamental»: qué sea lo justo aquí y ahora. Esta situación aporética del pensamiento jurídico obedece a la imposibilidad de que pueda constituirse con el derecho ninguna forma de sistema axiomático

(34) TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 1953, 5.^a ed., 1974.

de preceptos o principios, del que las soluciones para cada caso se sigan mediante una pura operación deductiva dentro del sistema. Un sistema tal, ajeno a toda discusión, es imposible, no sólo porque el método tópico de discusión estaría presente ya previamente a él en la elección de sus axiomas, sino porque exigiría una perfecta formalización del lenguaje jurídico, que evitase la necesidad de su interpretación para la decisión de cada caso. La constante presencia de la cuestión acerca de qué sea para cada caso lo justo lleva a Viehweg a sostener que las premisas para la decisión se obtendrán a partir del catálogo de tópicos disponibles, ya sean generales o específicamente jurídicos (35), que el criterio que rige la legitimación de tales premisas como adecuadas será la aceptación de los interlocutores y que la discusión es la única instancia de control.

El amplio eco de esta obra de Viehweg posiblemente se explique más por la originalidad de sus planteamientos al rescatar la tópica y por la radicalidad de su crítica a los intentos de extender al campo del método jurídico los esquemas de la lógica deductiva y del método axiomático, que por ofrecer propuestas concretas que solucionen los principales interrogantes que para la metodología jurídica se plantean a partir de tales críticas. Hay en Viehweg anticipaciones de muchas de las que serán posteriormente ideas centrales de las teorías de la argumentación jurídica, como la insistencia en el diálogo y la discusión como fuente de la legitimación para los criterios valorativos que rigen la decisión, la remisión a un cierto consenso de los más o los más sabios respecto a la aptitud de los argumentos en litigio, etc.

Sin embargo, como propuesta metódica, parangonable a los intentos actuales de fundamentar la racionalidad de la decisión jurídica, la tópica adolece de una clara indefinición a la hora de fundamentar la racionalidad de las opciones últimas de quien decide. Contrariamente a lo que a primera vista podría parecer, el consenso no funciona en la teoría de Viehweg como criterio final de racionalidad de la decisión jurídica, sino como medio por el que se legitima la invocación como admisibles de los tópicos en litigio para la solución de un problema jurídico. Mas, como los tópicos no forman un sistema jerarquizado o axiomatizado, y puesto que para cada problema son invocados tópicos fundadores de propuestas de decisión contrapuestas, el consenso respecto a la admisibilidad de determinados tópicos como argumentos posibles no sirve, sin más, como criterio justificativo de la decisión última, de la opción final entre las decisiones que caben.

Creemos que tiene razón Kriele cuando dice que ningún defensor de la tesis de la tópica jurídica establece la relación entre

(35) Viehweg da muy escasos ejemplos de tópicos jurídicos. El más amplio catálogo de los mismos lo presenta G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt/M., Athenäum, 1971, pp. 20 ss. Una exposición sistematizada de los mismos puede encontrarse en CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., pp. 119 ss.

los tópicos y la decisión jurídica final como si aquellos fueran determinantes por sí solos de la solución del problema. Serían meras propuestas de solución que se someten a discusión. El mismo autor señala que la cuestión acerca de la justificación de la opción por unos u otros de los tópicos sometidos a discusión es respondida por los defensores de la tónica de modo conscientemente vago (36).

3. ALGUNAS ORIENTACIONES COMUNES A LAS TEORIAS ARGUMENTATIVAS DEL METODO JURIDICO

A partir de estas primeras construcciones en torno a la idea de una teoría de la argumentación jurídica, van cobrando importancia, en palabras de Esser, los intentos de construir una «teoría de la praxis de la aplicación del derecho», orientada a lograr una «conciencia metodológica crítica» y que ponga como centro de sus consideraciones el problema de la racionalidad de las valoraciones presentes en tal práctica, en lugar de poner entre paréntesis la problemática valorativa, como solía hacer la metodología imperante (37).

El giro que marca esta nueva orientación metodológica puede ser indicado mediante el contraste con las posturas anteriormente imperantes respecto de una serie de puntos.

3.1. *De la norma a la decisión.*

La crisis de la visión del derecho positivo como perfectamente autosuficiente para determinar el resultado de su «aplicación» en todos sus extremos dejará paso a un mayor protagonismo teórico de la idea de decisión.

Si el juez realiza algo más que un mero silogismo al aplicar el derecho, ya que sus valoraciones intervienen de modo determinante a la hora de elegir las normas aplicables, de optar entre sus posibles interpretaciones, de seleccionar e interpretar los hechos, etc., hay que convenir en que dispone de un margen resolutivo, de decisión propiamente dicha (38) y que «no es pensable ningún tipo de objetividad jurídica exenta de valoración y decisión» (39).

Como dice Letizia Gianfromaggio, los modelos de justificación jurídica elaborados por la metodología más reciente pueden ser distinguidos por el peso que asignen a la norma en cuanto razón

(36) M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2.^a ed., 1976, pp. 151-152.

(37) J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, Mohr, 1956, pp. 7-8.

(38) S. JORGENSEN, *Norm und Wirklichkeit*, en «Rechtstheorie», 2, 1971, página 13.

(39) F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 134.

de la decisión (40). Pues bien, en el momento en que la decisión no es mera consecuencia de la norma, las ideas de objetividad y seguridad jurídica dejan su paso al tema de la racionalidad del elemento decisorio. Y este es precisamente el objeto expreso de las más innovadoras orientaciones metodológicas actuales y, concretamente, de las denominadas teorías de la argumentación. Ulfrid Neumann ha expresado con gran claridad los caracteres del nuevo enfoque, al decir que no constituye una mera cuestión teórica la de si la actividad del juez se ha de entender como actividad cognoscitiva o decisoria, pues «la respuesta a esta pregunta determina las necesidades de legitimación de la actividad judicial. El conocimiento de lo previamente dado no necesita legitimación; se legitima a sí mismo en cuanto conocimiento», mientras que cuando se trata de decisión carente de tal apoyo en lo dado se precisa justificación de la misma, para lo cual no servirá ya la coincidencia con algo previo, sino la aptitud para provocar el consenso (41).

3.2. Del conocimiento al consenso.

Reconocer la imposibilidad de total objetividad de las decisiones supone, si no se quiere hacer de ellas mero dominio de la arbitrariedad, recalcar la necesidad de «objetivizarlas», es decir, de mostrar argumentativamente su conveniencia, de fundamentarlas. A partir de este dato se operará en la teoría metodológica una compleja inflexión: la obtención de criterios que aseguren la racionalidad o corrección de la decisión ya no se hará depender de la conciencia individual de un sujeto cognoscente, sino de una construcción social entre sujetos interactuantes; y el lugar de la demostración, de la objetividad lógica o científica, pasará a ocuparlo la justificación. Hay un desplazamiento de perspectivas desde lo individual hacia lo social, desde el conocimiento hacia la acción y desde la lógica hacia la argumentación.

Ya no se entiende que el examen o estudio «científico» de las normas por parte del sujeto que está llamado a resolver un conflicto jurídico sea el modo de alcanzar para éste una solución que pueda reputarse como la verdadera o la única correcta. Ni que por vía intuitiva o similar le sea accesible ningún tipo de certeza racional respecto de los fundamentos valorativos de su decisión. La pauta para tal fundamentación sólo puede venir dada por un cierto consenso social, que se constituye y se actualiza en el marco de la comunicación entre los sujetos, de lo que hace ya bastantes años llamó Engisch la «suprasubjetividad» (42). A partir

(40) L. GIANFROMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milán, Comunità, 1983, p. 139.

(41) U. NEUMAN, *Rechtsontologie und juristische Argumentation*, Heidelberg, Decker, 1979, p. V.

(42) K. ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München, Hueber, 1963, p. 19.

de esta orientación general cobra sentido la exigencia de que la teoría jurídica se presente prioritariamente como teoría de la acción y de la decisión, más centrada en la decisión jurídica racional que en el mero conocimiento del derecho positivo (43).

Desde el momento en que se reconoce la no idoneidad en estos ámbitos de la teoría positivista de la racionalidad, como racionalidad exclusivamente lógica o empírica, la tendencia predominante se orientará a buscar el fundamento de la racionalidad práctica en los principios pragmáticos de la convivencia social. Lógica y verdad dejan su lugar preeminente a argumentación y consenso. Lo racional ya no lo es en virtud meramente del método de conocimiento o de la concordancia de lo que se predica con alguna forma de objetividad individualmente aprehensible, sino en virtud de las posibilidades de control intersubjetivo del razonamiento (44).

3.3. *Del método a la justificación.*

De ser cierto que en materia de decisión jurídica no se puede pretender corrección objetiva, sino sólo una más o menos amplia fuerza de convicción intersubjetiva (45), habrá que situar en primer plano de la consideración aquello que hace posible ese consenso, y tal es la motivación o justificación de la decisión. Como dice Wróblewski, «la exigencia de justificación significa que las decisiones en cuestión no son ni evidentes ni arbitrarias» (46). Lo evidente no necesita justificación; lo arbitrario prescinde de ella.

Fundamentar una decisión jurídica significa justificar por medio de razones o argumentos el porqué de la opción por esa determinada decisión, de entre las que son compatibles con el tenor de las normas, o posibles por la ausencia de ellas. Y aquí es precisamente donde inciden de modo preferente las teorías de la argumentación jurídica. Por «argumentación» se designa, según Scarpelli, «procesos discursivos tendentes a justificar las conclusiones, obteniendo para éstas el consenso de los interlocutores». Y añade el mismo autor que «en sentido estricto la argumentación se contrapone a la demostración y consiste en un proceso discursivo tendente a justificar una conclusión y caracterizado por la carencia de una fundamentación unívoca de la conclusión misma, de modo que (...) es posible sustraerse a su conclusión justi-

(43) O. BALLWEG, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1970.

(44) «Una conclusión es racional cuando está fundada sobre razonamientos cuya legitimidad (...) es intersubjetivamente controlable» (E. P. HABA, *Rationalité et méthode dans le droit*, en «Arch. Phil. Dr.», 23, 1978, p. 275).

(45) K. ADOMEIT, *Methodenlehre und Juristenausbildung*, cit., p. 177.

(46) J. WRÓBLEWSKI, *Justification of legal decisions*, en «Revue Internationale de Philosophie», 127-128, 1979, p. 277.

ficando, si se quiere, una conclusión diversa con una diversa justificación» (47).

Ahora bien, la argumentación jurídica, así entendida, como actividad discursiva tendente a fundamentar o justificar mediante argumentos una decisión, puede ser objeto de estudio puramente descriptivo, mostrando, por ejemplo, los diferentes tipos de argumentos que a tal fin tienen cabida en la práctica jurídica (48) o el modo cómo en la práctica se interrelacionan y jerarquizan (49); o de análisis lógico, mediante el examen de la estructura lógica de la argumentación, mostrando sus peculiaridades y sirviendo de medio para descubrir en ellas posibles defectos formales (50). Y cabe una teoría normativa de la argumentación jurídica, que proporcione «criterios que permitan diferenciar buenas y malas justificaciones en el campo del derecho» (51). Es esta última la que aborda de lleno el problema metodológico central de la práctica jurídica, el de la racionalidad de las valoraciones en ella concurrentes a la hora de establecer las premisas de toda decisión.

Desde el momento en que se admite que en el *iter* que conduce a la decisión intervienen factores extrajurídicos, ligados a las valoraciones del llamado a decidir, se abre la posibilidad de una discrepancia entre los motivos reales que orientan la decisión en un sentido determinado y los motivos expresos que se aducen como fundamentación de la decisión recaída. Con frecuencia se dice que la justificación de las decisiones no es sino el intento de legitimar *a posteriori* lo que no es sino una opción arbitraria o puramente subjetiva, guiada por condicionamientos ideológicos, sociales, etc., del que decide. Es así como se distingue entre el proceso intelectual real que lleva a la decisión y la fundamentación argumentativa que de la misma se da con la pretensión de lograr un cierto asentimiento de los interlocutores o del medio social, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación de la decisión jurídica. Las direcciones metodológicas a que nos estamos refiriendo, a la hora de tratar de las condiciones de racionalidad de las decisiones jurídicas, hacen en gran medida abstracción de su contexto de descubrimiento y atienden sólo a su contexto de justificación, a las condiciones de su fundamentación argumentativa. Se insiste en que se ha de diferenciar la pregunta

(47) U. SCARPELLI, *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, Comunità, 1976, p. 434.

(48) Ver, por ejemplo, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 341 ss.

(49) Ver U. SCHROTH, *Eine Methode der formalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*, ARSP, Beiheft NF 14, 1980, pp. 119 ss.

(50) R. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, en ARSP, Beiheft NF 14, 1980, pp. 181 ss.; D. SIMON, *Juristische Logik und die richterliche Tätigkeit*, en «Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft», 81, 1982, pp. 63 ss.

(51) A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, cit., p. 38.

acerca de los determinantes reales de la decisión jurídica y la pregunta acerca de la aceptabilidad de una determinada fundamentación, pues «de la respuesta a una de las preguntas no se sigue de modo fundamental nada para la respuesta de la otra: (...) motivos objetables no convierten en malos fundamentos buenos, y motivos aceptables no convierten en buenos fundamentos malos» (52). La cualidad del contenido de la decisión no depende del modo cómo se alcanza, sino del modo cómo se muestra mediante la fundamentación, y la doctrina metodológica tendría por objeto, precisamente, lo relativo al contexto de justificación, «al menos en tanto no sean conocidos procedimientos efectivos en el ámbito del contexto de descubrimiento» (53). Sólo respecto de la motivación y no de los motivos parece posible un cierto control intersubjetivo, y de ahí que en un primer paso estas teorías suelen situar en el dato de la justificación expresa de la decisión la base para su racionalidad. Ya el hecho mismo de la elaboración de la motivación constituye un proceso de control de la decisión misma (54).

En cuanto a los presupuestos ontológicos de estas orientaciones metodológicas, hay que decir que se presentan, en buena medida, como «crítica ontológica» (55), como crítica de los presupuestos ontológicos en que se apoyaba el método anteriormente dominante. Predominan tesis de índole nominalista y se entiende que las normas o los conceptos jurídicos no poseen ningún tipo de existencia real previa a su uso argumentativo para la decisión. Como dice Esser, en la disputa sobre el derecho válido el enfrentamiento discursivo tiene «significado constitutivo», y el discurso carece de toda «cualidad ontológica» que lo relacione con ningún tipo de verdad o esencialidad preestablecida (56). Es la actividad discursiva en cuanto tal lo que interesa a las teorías de la argumentación jurídica, y no sólo rechazan el condicionamiento por cualquier tipo de presupuesto ontológico relativo al material con que se opera, sino que hacen, incluso, abstracción de los contenidos

(52) H.-J. KOCH, *Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation: zur Rehabilitation des deduktiven Begründens juristischen Entscheidungen*, en ARSP, Beiheft NF 14, 1980, p. 60.

(53) J. SCHMIDT, «Begründung». *Einige Probleme eines rechtstheoretischen Problems*, cit., pág. 553.

(54) U. SCARPELLI, *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, cit., p. 440.

(55) U. NEUMANN, *Rechtsontologie und juristische Argumentation*, cit., pp. 52 ss.

(56) J. ESSER, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Heidelberg, Carl Winter, 1979, pp. 7, 14. Una versión radical de esta orientación se da en Jan BROEKMANN (ver, por ejemplo, su trabajo *Der juristische Diskurs*, en P. Trappe (ed.), *Conceptions contemporaines du droit*, Wiesbaden, Steiner, 1982, p. 124). Una cierta excepción entre los autores que comparten las modernas orientaciones metodológicas la constituyen a este respecto Ota WEINBERGER y Neil MACCORMICK. Ver sus tesis «ontológicas» en su obra conjunta *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

posibles del discurso. Se tratará, en el caso de las teorías normativas de la argumentación, de dar las reglas que gobiernen el discurso racional y posibiliten así la racionalidad de sus resultados, no de reglas referidas de modo inmediato al contenido de tales resultados (57).

4. SOBRE LOS CRITERIOS DE RACIONALIDAD DE LA DECISION JURIDICA.

Ya hemos visto repetidamente cómo la idea de racionalidad, como opuesta a arbitrariedad, a decisión exenta de control posible, se constituye como la referencia central de las teorías de la argumentación jurídica y las modernas teorías metodológicas en general. Una precisa caracterización de este concepto no es aquí posible, máxime cuando se trata de reflejar las orientaciones fundamentales de su empleo por parte de teorías que, como vamos a ver, no le confieren un mismo alcance. Por ello hemos de contentarnos aquí, como punto de partida, con la remisión a una cierta comprensión intuitiva o común del concepto. Un examen pormenorizado de los diversos contenidos con que en distintas disciplinas se dota la idea de racionalidad, así como de sus subdivisiones, sólo nos puede proporcionar la conciencia de que se trata de una serie de requisitos constitutivos de una noción de racionalidad formal, que precisará en cada caso de complemento material, y de que «no existe *el* concepto de lo racional, sino sólo una combinación de caracteres más o menos adecuada a las respectivas pretensiones teóricas» (58).

Raramente se articula la idea de racionalidad de la argumentación jurídica en torno a una única nota o criterio, sino que reviste habitualmente este concepto un carácter complejo, como exigencia de la combinación de varios tipos de criterios o reglas. Aquí nos referiremos de forma breve a algunos de los más frecuentes, dejando abierta la cuestión de sus combinaciones posibles.

4.1. *Racionalidad como justificación.*

La más elemental de las caracterizaciones de la racionalidad de la decisión jurídica viene dada por la identificación de ésta con la mera justificación, con su simple motivación expresa. Si no elemento de por sí determinante de la racionalidad, sí que se la tiene por condición necesaria para el control de tal racionalidad. Como dice Wróblewski, «el término racional significa que una sentencia, una norma o una evaluación es justificable mediante

(57) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 34 ss.

(58) J.-M. PRIESTER, *Rationalität und funktionale Analyse*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1, 1970, p. 477.

una apropiada argumentación» (59). Frente a ello el irracionalismo metodológico sostendría, según Dreier, que la decisión jurídica exige valoraciones propias del juez que no son susceptible de control racional mediante ningún tipo de justificación (60).

Es a la hora de concretar qué tipo de argumentos han de prevalecer en esta justificación, o qué expectativas ha de satisfacer, cuando aparecen criterios o enfoques diversos.

4.2. *Racionalidad como explicitación de valoraciones.*

Un criterio de índole formal y aún altamente impreciso está constituido por la descripción de la racionalidad como revisabilidad, refutabilidad, controlabilidad, etc., y especialmente por la exigencia de que se hagan explícitas, y susceptibles, por tanto, de discusión y control, las razones en que la decisión se basa (61).

4.3. *Racionalidad como corrección lógica de la argumentación.*

Otro tipo de requisitos habitualmente ligados a la idea de argumentación jurídica racional son los relativos a su corrección lógica o a ciertos caracteres que conciernen a la forma lógica de los argumentos.

Una primera cuestión se refiere al papel de las reglas de la lógica formal o al valor del esquema deductivo correcto como garantía de la racionalidad del razonamiento que conduce a la decisión. Es ya un lugar común sostener que ningún tipo de regla lógica o de esquema silogístico puede garantizar la corrección de la conclusión en que tal razonamiento termina, pues tal corrección depende de la de las premisas, y la elección de éstas no es un asunto de lógica sino de valoraciones de contenidos. Ahora bien, a pesar de ello, y no obstante ciertas posturas extremas que niegan que en la argumentación jurídica puedan tener aplicación principios lógicos como el de no contradicción (62), la opinión más frecuente y aceptable parece ser la de que la corrección lógica del razonamiento es condición necesaria, aunque no suficiente, de una

(59) J. WRÓBLEWSKI, *Justification of legal decisions*, cit., p. 277.

(60) R. DREIER, *Irrationalismus in der Rechtswissenschaft*, en «Rechtstheorie», Beiheft 8, 1985, p. 187.

(61) Ver, por ejemplo, J. ESSER, *Juristisches Argumentieren...*, cit., p. 5; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, Berlín, Duncker & Humblot, 1966, p. 74; M. KRIELE, *Offene und verdeckte Urteilsgründe* en *Collegium Philosophicum. Studien Joachim Ritter zum 60 Geburtstag* Basel, Schwabe, 1965, pp. 99 ss.; G. HAVERKATE, *Offenes Argumentieren im Urteil*, en «Zeitschrift für Rechtspolitik», 1973, pp. 281 ss.

(62) H. RODINGEN, *Das Rechtsverfahren: Lern- oder Unterwerfungsprozess?*, en Bierbrauer y otros, *Zugang zum Recht*, Bielefeld, Gieseking, 1978, pp. 75 ss.

decisión racional (63). De ahí los esfuerzos por mostrar la utilidad del esquema deductivo o silogístico como marco de la decisión jurídica racional (64).

La importancia conferida a este requisito ha llevado a destacados autores, como Wróblewski o Alexy, a sostener que racionalidad como justificación de una decisión es una propiedad relativa a las premisas del razonamiento y a las reglas de inferencia. Consiguientemente, se distingue entre justificación interna y justificación externa de la decisión, la primera de las cuales ha de mostrar la corrección de la inferencia de la decisión a partir de las premisas y la segunda la corrección de las premisas utilizadas (65). Será de la justificación o racionalidad externa de la que propiamente se ocupan las teorías de la argumentación.

Un segundo grupo de requisitos en este apartado son los referentes a la forma lógica de los argumentos que han de basar la decisión jurídica o al modo de su interrelación temporal, no meramente lógica. Así es como se dice que toda decisión jurídica ha de seguirse de la formulación de al menos una regla general, o que de tales reglas se ha de poder predicar coherencia y consistencia.

La exigencia de que para la fundamentación de una decisión jurídica se deba introducir al menos una norma universal (66) es, según recalca MacCormick, un «requerimiento de la justicia formal», del principio de que se ha de tratar lo igual de modo igual. Con ello no se quiere decir que esta que Wróblewski llama «regla de decisión» sólo pueda ser, para cumplir con este principio formal, una norma jurídica positiva. El mismo Wróblewski ha mostrado cómo puede ser también una determinada interpretación de una norma, un principio del sistema jurídico o de parte de él o, incluso, algún tipo de reglas o de evaluación extrajurídica (67).

Sin embargo, puesto que casi siempre es posible el hallazgo o construcción de una pluralidad de tales reglas que pueden justificar decisiones divergentes, el siguiente problema que se plantea es el de cómo se puede justificar la elección de una determinada

(63) Expresamente en estos términos: K. ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, cit., p. 12; R. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, cit., pp. 184-185.

(64) J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en «Rechtstheorie», 5, 1974, pp. 33 ss.; H.-J. KOCH, H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, München, Beck, 1982, pp. 14 ss.

(65) J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, cit., pp. 399, 46; R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 273 ss.

(66) Así, por ejemplo, R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 275.

(67) N. MACCORMICK, *The Artificial Reason and Judgement of Law*, en «Rechtstheorie», Beiheft 2, 1981, p. 110. Ver también del mismo autor, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, pp. 70-72, 80-82; J. WRÓBLEWSKI, *La règle de décision dans l'application judiciaire du droit*, en Ch. Perelman (ed.), *La règle du droit*, Bruselas, Bruylant, 1971, pp. 68 ss., especialmente 75 ss.

de entre ellas. Según MacCormick, se toman al efecto criterios sustantivos, como la ponderación de las consecuencias de las diversas reglas disponibles, pero se pueden indicar también ciertos requisitos formales de la elección, de resultados del mismo principio de justicia formal antes mencionado. Son los requisitos de coherencia y consistencia. El primero se refiere a la necesidad de que la regla decisoria propuesta sea subsumible dentro de algún principio general del sistema jurídico. El segundo alude a la necesidad de que cuando en un determinado asunto el que decide se aparte de una anterior regla decisoria justifique qué es lo que ha cambiado en el nuevo caso o en las circunstancias para que tal cambio de regla decisoria tenga lugar (68).

4.4. *Racionalidad como prelación entre argumentos y como ponderación de consecuencias.*

Puesto que para la decisión se opera una selección de razones o argumentos que apoyen una opción decisoria determinada y no otras, se ha querido ver la peculiaridad del razonamiento jurídico en esta circunstancia de ser un razonamiento ponderador de argumentos enfrentados y que se inclinará por aquél cuyo peso sea mayor para determinar la decisión. Ahora bien, no se puede perder de vista, como señala MacCormick, que esto no es sino una metáfora, pues las razones no pesan y lo determinante será el criterio por el que se les adscribe un peso mayor o menor. Con ello el tema vuelve a sus términos iniciales y la cuestión es cómo hallar al respecto un criterio objetivo (69).

A la hora de establecer preferencias entre los posibles criterios a considerar, una primera reserva se establece en la mayor parte de estas teorías en favor de los argumentos legales. Se trata de dejar claro que el problema a resolver es el de cómo hacer razonable la decisión dentro de los márgenes que las normas legales dejan libres, pero no fuera de ellos. Y de esta voluntad de no negar el principio de la vinculación a la ley, sino de dejarlo dentro de los límites reales en que puede operar, se deriva, por ejemplo, la regla argumentativa a que alude Alexy cuando establece que los argumentos que traigan a colación la vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico tienen preferencia frente a otros argumentos, salvo que razones de peso permitan entender lo contrario (70).

(68) N. MACCORMICK, *The Artificial Reasons and Judgement of Law*, cit., pp. 113, 118.

(69) N. MACCORMICK, *On Reasonableness*, en Ch. Perelman, R. Vander Elst (ed.), *Les notions a contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984, pp. 146, 152.

(70) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 22, 305. Ver también A. AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Viena-Nueva York, Springer, 1979, pp. 102 ss.; A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena-Nueva-York, Springer, 1983, pp. 180 ss.

En cuanto a los criterios materiales para orientar la elección de alternativas compatibles con los términos legales, el más frecuente es probablemente el que remite a las consecuencias de las distintas decisiones posibles y a la necesidad de su ponderación respectiva como criterio decisorio. Se dice que este criterio hace aumentar la racionalidad de la decisión porque «la corrección o incorrección de una decisión, o, mejor dicho, su aceptabilidad o no para la sociedad, sólo es discutible como debate acerca de las consecuencias de la decisión para la sociedad» (71). Se estima que la remisión a las consecuencias como pauta valorativa sirve para aumentar la racionalidad de las valoraciones, en cuanto que permite la discusión con una referencia precisa y controlable, contrariamente a lo que ocurriría cuando la justificación de la valoración que conduce a la decisión remite a principios abstractos o valores ideales, en cuyo caso no habría referencia posible para el control de la arbitrariedad valorativa (72). La introducción de consideraciones empíricas como fundamento de las valoraciones hace que éstas sean revisables y controlables en el marco social.

Este criterio presenta dos tipos de problemas. Por un lado, remite necesariamente a otro criterio, aquél a cuya luz han de ser medidas las distintas consecuencias para fijar su orden de preferencia. Aquí parece en muchas ocasiones que el factor decisivo acaba situándose en el consenso social respecto a las consecuencias preferibles (73).

En segundo lugar, al elegir entre las consecuencias previsibles de las decisiones se está operando con juicios de probabilidad que no son ni auténticos juicios de probabilidad estadística, ni de probabilidad inductiva, con lo cual lo que queda son apreciaciones subjetivas de probabilidad por parte del juzgador. Por esta vía se ha vinculado este método a los cálculos de la teoría de la decisión, tratando de proporcionar orientaciones formales que puedan regir la interrelación de las variables constituidas por las diferentes consecuencias que se valoran, el grado de probabilidad con que se prevé su acaecimiento y la escala de preferencias que se maneje (74).

4.5. *Consenso como criterio de racionalidad.*

El criterio que cuenta en la teoría actual con mayor número de referencias es el del consenso. Así es como se dice que el término «racionalidad» se emplea «en el sentido de posibilidad de

(71) A. PODLECH, *Wertungen und Werte im Recht*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 995, 1970, p. 209.

(72) *Ibidem*, pp. 197 ss.

(73) En H.-J. KOCH, H. RUESSMANN, *Juristische Begründungslehre*, cit., p. 230.

(74) W. KILIAN, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, cit., pp. 221 ss.

consenso sobre cuestiones de justicia, en el marco de instituciones sociales y jurídicas positivamente dadas» (75).

Este papel que al consenso se atribuye es siempre matizado en estas teorías. Alexy, por ejemplo, puntualiza que no basta la mera invocación del consenso fáctico sobre un tema para que exista un adecuado criterio de racionalidad, pues las convicciones sociales son difícilmente averiguables con exactitud, a menudo se constatan en el grupo social valoraciones divergentes, y cabe cuestionar si del simple predominio fáctico de una opinión se sigue con fundamento bastante la racionalidad de una valoración (76).

Una ulterior relativización de este criterio viene dada por la conciencia de que no proporciona ningún tipo de pauta intemporal o de validez general, sino que es relativo a cada contexto socio-político. Es dentro de cada uno de estos ámbitos donde proporciona el consenso un cierto criterio de corrección, a partir de lo que en cada sociedad y momento se tiene por evidente y por valores compartidos, de lo que Clemens llama la «base del consenso» (77). De este modo, el consenso no supone «ninguna garantía de corrección en sentido ontológico», sino que se limitaría a ser el único indicio verificable de lo que en sociedad se tiene por correcto (78).

Para evitar la confusión en este tema se han de distinguir dos cuestiones distintas y a menudo entremezcladas:

— El consenso como meta que el que decide pretende para su decisión. No es la única meta, pero hasta cierto punto es condición de la posibilidad de obtener la satisfacción de otros objetivos primarios.

— El consenso como fundamento de la racionalidad de la decisión.

Confundir ambos aspectos supone:

— O bien entender que la racionalidad de la decisión sobreviene *a posteriori*, en virtud de la obtención efectiva del consenso para ella.

— O bien confundir, como si no hubiera entre ellas solución de continuidad, fundamentación racional y aceptación empírica (79).

La salida que a menudo se busca para tal dilema, y que enlaza ambos aspectos, es entender que racional es aquella decisión que *tendencialmente* se orienta al consenso. Se piensa que no todo acuerdo sirve de pauta de lo correcto, pues cabe el consenso ma-

(75) J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/M., Athenäum, 2.^a ed. 1972, p. 15.

(76) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 27-28.

(77) CHR. CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, p. 24.

(78) J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., p. 29.

(79) Ver, sobre la diferenciación entre validez cognitiva o fundamentación y validez social de las normas, H. LÜBBE, *Die Begründbarkeit von Normen und die sogenannte Wertfreiheit der Wissenschaften*, en A. Paus (ed.), *Werte-Rechte-Normen*, Graz, Butzon und Bercker Kvelaer, 1979, pp. 171 ss.

nipulado o circunstanciales acuerdos respecto de injusticias evidentes. De ahí que «el acuerdo debe hacerse depender de algo». Se tratará de delimitar las condiciones que el proceso discursivo ha de cumplir para que el consenso pueda ser tenido por racional. «Cuando al término de un discurso se da un consenso, éste sólo puede ser valorado como criterio de corrección si las argumentaciones en el discurso fueron racionales». Y esto sólo se puede establecer en el marco de una «doctrina prescriptiva de la argumentación» (80).

Tal doctrina es la que, por ejemplo, desarrolla Alexy de modo prototípico y aún no superado. Pero se trata de una teoría procedimental de la argumentación jurídica, en la que el consenso sólo es racional cuando es la culminación de una argumentación racional, y la racionalidad de la argumentación viene dada por la satisfacción de ciertas condiciones ideales que hacen posible tal consenso. Desde el momento que se reconoce que el conjunto que componen esas condiciones es un cuadro ideal que nunca va a ser plenamente realizado en la práctica (81), el consenso perfectamente racional que se toma como referencia de lo correcto es un consenso «ficticio» (82), y los consensos reales que puedan acontecer no serán racionales sino de modo aproximativo. Siempre quedará abierta la cuestión de a partir de qué momento un tal consenso imperfecto en cuanto a su racionalidad sirve efectivamente como pauta suficiente para poder decir que una decisión es correcta.

Otro tema problemático en relación con el consenso es el de su alcance. Generalmente parece sobreentenderse que es la posibilidad de consenso en el seno del grupo social amplio lo que determina la racionalidad de las valoraciones. Pero una forma de eludir los problemas a los que nos estamos refiriendo consiste en sostener que el consenso que se busca con la justificación argumentativa de la decisión es únicamente el de los partícipes en el proceso decisorio concreto, esto es, el juez, las partes en litigio y sus defensores y los órganos superiores llamados a decidir posibles recursos. Pero no desaparecen con esta delimitación los problemas, pues con ello deja de verse uno de los sentidos que generalmente se otorgan a la fundamentación de las decisiones y, además, se pierde de vista que en asuntos jurídicos litigiosos la decisión normalmente no sobreviene por acuerdo entre las partes, sino mediante resolución del juzgador, y que en caso de recurso en última instancia se resuelve también motivadamente, aún cuando ya no

(80) J. SCHNEIDER, U. SCHROTH, *Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung*, en A. Kaufmann, W. Hassemer (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, Müller, 4.ª ed., 1985, pp. 403-404.

(81) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 36.

(82) Véanse las críticas de O. WEINBERGER, *Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik*, en «Rechtstheorie», Beiheft 2, 1981, pp. 147 ss.

queda ningún órgano superior al que convencer ni es posible ya el acuerdo entre las partes enfrentadas respecto a la bondad de la solución que se sanciona.

Por encima de estos problemas de concreción práctica del consenso decisivo, se encuentran las justificaciones filosóficas y políticas de su invocación genérica como fuente legitimadora. En este sentido, la defensa del consenso es, como dicen Koch y Rüßmann, un «acto de fe», ligado a la fundamentación de una determinada filosofía del hombre y la sociedad. Si el fundamento del derecho se sitúa en su reconocimiento y en el sometimiento libre al mismo por parte de hombres libres hay que concebir que toda norma general, del tipo que sea, ha de poder contar con el hipotético consenso de todos los sujetos (83).

A ello se añade que la organización democrática del Estado de Derecho presupone que mediante el intercambio de opiniones puede cristalizar un acuerdo respecto de las pautas básicas de la convivencia, y tal presupuesto es condición de posibilidad y fuente de legitimidad de toda práctica argumentativa. Kriele lo ha expresado con particular claridad: la teoría del discurso o teoría de la argumentación es una «renovación de la teoría democrática clásica, que se basaba en la idea de que se pueden alcanzar razón y progreso mediante la discusión pública. La teoría del discurso trae al recuerdo la idea socrática de que en cuestiones prácticas puede obtenerse consenso «ideal» mediante argumentos o contraargumentos, siempre que sólo se participara en el discurso de modo imparcial, sincero, inteligente y bien intencionado y que el discurso pueda proseguir indefinidamente, sin compulsión práctica a la decisión». La utilidad de la teoría del discurso jurídico racional radica en que «hace consciente lo que está presupuesto en todo discurso, la posibilidad de la razón, que depende del respeto de las reglas del discurso. Este hacer consciente tiene también una función política: defiende la forma estatal de la discusión, el Estado constitucional democrático, contra las teorías políticas que cuestionan sus fundamentos filosóficos». Y el mismo Kriele añade: «el consenso es una posibilidad pensable, y tal posibilidad es, al mismo tiempo, *condición de posibilidad del pensamiento práctico*. El discurso (...) presupone que la posibilidad de un consenso subyace idealmente, aunque no necesariamente de modo real, y no de un consenso falaz, sino de un consenso fundamentado» (84).

4.6. Racionalidad sistémica.

Generalmente se entiende hoy que la labor argumentativa que se desarrolla a lo largo del proceso de aplicación del derecho

(83) H.-J. KOCH, H. RUESSMANN, *Juristische Begründungslehre*, cit., páginas 365 ss.

(84) M. KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, s. a., pp. 30 ss. Véase también A. OLLERO, *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*, en ACFS, 23-24, 1983-84, pp. 181.

tiene una función ilustradora de las conciencias de los sujetos, de modo que, a partir de los datos, valoraciones y puntos de vista que en este intercambio comunicativo tiene lugar, se sientan las bases para que pueda darse un consenso racional respecto de la solución alcanzada. Este consenso, en su modelo ideal, será fruto de la reflexión madura e imparcial de sujetos intelectualmente capaces y libres.

Sin embargo, existe un tipo de teoría que, pese a negar la autonomía ética e ideológica del sujeto y, consiguientemente, la posibilidad de que el criterio decisivo para la racionalidad de las decisiones jurídicas pueda seguirse de ningún tipo de ponderación reflexiva en las conciencias individuales, no se alinea con ello junto con las doctrinas irracionistas de la decisión jurídica, sino que proclama la vigencia para ésta de un tipo distinto de racionalidad, de carácter sistémico. Es así como dice Krawietz que «aparece hasta hoy como irracional mucho de lo que, contemplado desde una perspectiva jurídica y sistemática, resulta racional en virtud del sistema» (85). Desde este enfoque, tanto el sistema social global como sus subsistemas, entre los que se encuentra el jurídico, aseguran por sí mismos, las condiciones de su subsistencia, autorregulan sus propios mecanismos integradores y adaptadores al medio respectivo. Con ello, los sujetos particulares, considerados individualmente, no poseen las claves para influir el funcionamiento del sistema, sino que son ellos los que están determinados por éste como meros engranajes, poseedores sólo del grado de autonomía suficiente para cumplir su función para el sistema, pero no para influir sus mecanismos.

Desde el momento en que se revela ilusoria la autonomía moral y de decisión del individuo, la racionalidad de sus acciones sólo puede comprenderse desde el punto de vista del sistema para el que prestan su función. De ahí que las categorías éticas con que las acciones de los sujetos suelen ser calificadas sólo conserven sentido como descripciones de caracteres del sistema. Justicia, por ejemplo, será para Luhmann «la adecuada complejidad del sistema jurídico» (86).

Acorde con esta orientación, para Luhmann la aplicación del derecho no es un acontecimiento para cuya racionalidad tengan que aportar nada las valoraciones del juez. Las decisiones de éste están «condicionalmente programadas» en las normas generales, de modo que cuando se da el supuesto previsto en el antecedente o supuesto de hecho de la norma la decisión debe recaer como mera aplicación de lo establecido en el consecuente de la

(85) W. KRAWIETZ, *Recht und Rationalität in der modernen Systemtheorie*, en *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, p. 732.

(86) Ver N. LUHMANN, *Gerechtigkeit in dem Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, en N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1981, pp. 374 ss.

misma (87). La racionalidad de la decisión programada que el juez lleva a cabo consiste en su coincidencia con los criterios marcados en la decisión programadora del legislador (88).

Este reparto de funciones entre legislador y judicatura se explica como mecanismo de reducción de la complejidad social. Es imposible que ante cada problema se plantee la consideración de todos sus aspectos e implicaciones teóricas y prácticas, pues ello privaría al sistema social de su capacidad para dar respuestas homogéneas a los problemas sociales y de generar así expectativas de comportamiento, por las que los sujetos puedan regir con suficiente confianza su vida social. De ahí que haya de atenerse en cada decisión de aplicación del derecho a los marcos generales que el legislador establece por medio del derecho positivo. Al legislador es al que corresponde la consideración cognitiva de los datos oportunos, a los efectos de programar la práctica jurídica mediante el derecho positivo que, a la vista de esos datos, se considere más adecuado. Por contra, la perspectiva del que aplica ese derecho positivo a la solución de casos no es de carácter cognitivo. La decisión del juez no estará afectada en su contenido por el conocimiento de la realidad, es una decisión programada que recae a partir de la mera constatación de la coincidencia entre supuesto de hecho normativo y los caracteres del caso que se enjuicia. Y son las necesidades de la dinámica social en las sociedades complejas modernas las que imponen este reparto de tareas y perspectivas como mecanismo de reducción de complejidad, que impida el colapso del sistema por obra de una sobresaturación de estímulos.

La necesidad de pautas generales de comportamiento impide que pueda ante cada nuevo caso cuestionarse la normatividad vigente. «En la perspectiva de este proceso decisorio programado, los programas son tomados con premisas y no se problematizan más. La realización de la decisión programadora en los casos dudosos toma el carácter de interpretación y de reducción a lo ya conocido. Ello impide una reactualización del problema de la decisión legislativa» (89).

Esta visión del juez como aplicador aséptico de las normas positivas parece justificar el hecho de que, a propósito de Luhmann y quienes siguen sus orientaciones metodológicas, se haya hablado de «escuela de la neo-exégesis» (90). El problema de la legitimación de las valoraciones del juez desaparece y se sustituye por la

(87) Ver, por ejemplo, N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, en *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., pp. 275-276.

(88) N. LUHMANN, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., p. 134.

(89) *Ibidem*, p. 136.

(90) P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milán, Giuffré, 1984, pp. 56 ss. Ver también J. J. GIL CREMADES, *La motivación de las decisiones jurídicas*, en *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, p. 426.

legitimidad que su función para el sistema atribuye a sus actuaciones. La legitimidad no tiene que ver con los contenidos de sus actuaciones o valoraciones, sino que le es inducida desde fuera, desde el sistema, y es el propio sistema el que asegura los mecanismos para el reconocimiento de esa legitimidad por medio de las instituciones.

Puesto que la elevada complejidad social hace imposible la formación es un auténtico consenso social respecto de cada concreta cuestión, el necesario acuerdo que posibilite la convivencia se articula en torno a las instituciones. Es la institucionalización lo que hace posible la «generalización de consenso». La práctica concreta de estas instituciones estará así legitimada de antemano por el consenso en torno a ellas constituido, como soporte de la organización social (91). Y en lo que a la decisión jurídica se refiere, su legitimación vendrá dada por el respeto de ciertas formalidades institucionales, no por el acuerdo respecto al contenido, pues éste es fruto de una institución distinta y legitimada a su vez en razón de sus propios mecanismos, como es el aparato legislativo. Se tratará, por tanto, de una «legitimación por el procedimiento», como radicalmente diversa de una legitimación por el contenido o la fundamentación argumentativa del mismo (92).

La teoría de Luhmann sobre nuestro tema acaba por tropezar con el mismo obstáculo que todas las que pretenden hacer de la decisión judicial una pura aplicación de la norma general: el desfase entre los términos necesariamente generales de la norma y los perfiles concretos de cada caso. «El problema —dice Luhmann— no radica para los juristas en el cálculo y la justificación de los efectos de su actuación, sino en la interpretación de las normas establecidas. En tanto éstas no definan inequívocamente las condiciones de determinadas decisiones —y sólo entonces— se toma en consideración la finalidad o la función de la norma para la búsqueda de auxilios adicionales para la decisión» (93). Si esto es así, mal puede entenderse que la teoría de Luhmann sea capaz de sustituir con éxito los postulados de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Ya hemos visto que éstas no pretenden generalmente negar la primacía de la norma general para la decisión jurídica, sino únicamente ofrecer criterios para la corrección de las valoraciones que en la decisión acontecen dentro de los márgenes de las normas, y de modo prototípico a la hora de interpretar éstas.

En última instancia, las diferencias parecen quedar explicadas únicamente por un problema numérico o de distinta apreciación

(91) N. LUHMANN, *Institutionalisierung. Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft*, en H. Schelsky (ed.), *Zur Theorie der Institution*, Düsseldorf, Bertelsmann, 1970, pp. 29 ss.

(92) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 3.ª ed., 1978; *Positivität des Rechts...*, cit., pp. 132-133.

(93) N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, cit., pp. 277-278.

de frecuencias. Mientras para Luhmann parece que la aplicación mecánica e inequívoca de las normas generales es la regla, y la necesidad de optar entre interpretaciones divergentes de la misma la excepción, para las teorías de la argumentación jurídica la realidad sería justamente la inversa. De todos modos, y con independencia de cuál sea a este respecto la apreciación más acertada, parece posible que ambas teorías puedan entenderse como complementarias, en cuanto que se centran en aspectos distintos y compatibles de la aplicación del derecho (94). Y tal vez no sea descaminado hablar de la posibilidad de un doble tipo de racionalidad de la decisión, sistémica y discursiva, según que se atiende a su función para la organización social o a su dependencia de la conciencia racional del sujeto. Pero para ello hay que partir de dejar a salvo la posibilidad de que ésta posea un cierto margen para su autonomía y libre desarrollo.

En la obra de Luhmann y quienes lo siguen tal complementariedad de perspectivas no aparece recogida de modo claro. Luhmann se ocupa de negar de modo general la legitimidad de criterios de corrección extralegales para la decisión jurídica, como la ponderación de las consecuencias de la decisión (95). Y expresamente dice también que quien como juez aplica derecho y está llamado a interpretarlo no posee la libertad con que el sociólogo del derecho puede problematizar las normas a partir de la consideración de todo tipo de datos sociales. «Al jurista —dice Luhmann— le están prohibidas tales miradas entre bastidores» (96).

En el aire queda, pues, en la obra de Luhmann la cuestión del criterio de corrección de las opciones interpretativas en los casos, abundantes o escasos, en que sean necesarias para la decisión. Insistir aquí en la función social que cumple el juez que en tales condiciones decide, como aspecto único de la racionalidad de la decisión, supone extremar uno solo de los tipos de racionalidad a los que hace un momento nos referíamos, en detrimento del otro.

4.7. Racionalidad procesal.

Un aspecto clave de las teorías metodológicas actuales estriba en la relación que se establece en ellas entre argumentación jurídica racional y racionalidad del resultado de la argumentación, es decir, racionalidad de la decisión jurídica. No se piensa ya que unas determinadas reglas metódicas o argumentativas puedan conducir a un único resultado cierto y sustraído a toda discusión, ya por ser el único legalmente admisible, ya porque respecto de él

(94) Ver, sobre la posibilidad de tal compatibilidad, R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 47-48.

(95) Ver N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 59 ss. (trad. de Ignacio de Otto).

(96) N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, cit., p. 291.

quepa una determinación exacta de su mayor racionalidad a la luz de algún criterio material, como la ponderación de consecuencias o el consenso. Lo que la argumentación jurídica correcta o racional define son las «condiciones estructurales» (97) para que la decisión pueda tenerse por racional, aun cuando no sea la única decisión racional posible.

Se trata de establecer reglas de la argumentación que definan un procedimiento que sirva como modelo ideal de todo proceso decisorio que pueda pretenderse racional. La decisión sólo será correcta «cuando pueda ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional». Se trata, pues, de una teoría *procesal* de la racionalidad (98).

Alexy ha establecido un cuadro de veintidós reglas y seis formas de la argumentación práctica general y una serie de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica racional. Por ser el discurso jurídico un caso especial del discurso práctico general, participa de las reglas y formas de éste y posee, en razón de su especialidad, reglas específicas. En común con el discurso práctico general tiene, según Alexy, el hecho de ser un discurso orientado a la fundamentación de criterios de corrección respecto de cuestiones prácticas. «Discurso práctico es todo aquel que trata de la corrección de proposiciones normativas». La especialidad del discurso jurídico vendría relacionada, para Alexy, con su vinculación a la ley, con el papel de los precedentes y de la dogmática y con las limitaciones que le imponen las reglas jurídicas procesales (99).

La justificación de la necesidad del discurso jurídico como supuesto especial del discurso práctico general deriva, según este autor, de las limitaciones prácticas de éste. El discurso práctico general no garantiza que para cada cuestión se alcance un acuerdo racional y no susceptible de nuevo cuestionamiento, pues sus reglas sólo pueden ser realizadas de modo imperfecto, todos los pasos de la argumentación no pueden ser prefijados y cada discurso se liga a concepciones normativas históricamente dadas y cambiantes. Sin embargo, las necesidades prácticas imponen que hayan de recaer en ciertos asuntos decisiones que pueden tenerse por definitivas e inatacables, y es así como se justifica la existencia del derecho como normatividad y del discurso jurídico, como supuesto especial del discurso práctico (100).

Las reglas que Alexy formula para el discurso práctico general (101) se pueden reconducir a seis principios: consistencia,

(97) N. HORN, *Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation*, en «Rechtstheorie», 6, 1975, p. 145.

(98) R. ALEXY, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en E. Garzón Valdés (ed.), *Derecho y filosofía*, Barcelona, Alfa, 1985, p. 44 (trad. de E. Garzón Valdés).

(99) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 32 ss.

(100) *Ibidem*, pp. 255-257.

(101) No cabe aquí enumerar todas y cada una de esas reglas. Pero pode-

racionalidad finalística, revisabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad (102). Todas estas reglas o principios procedimentales se presentan con total independencia de los concretos contenidos con que la argumentación se integre. Para Alexy, se da por sentado que, en cuanto a contenidos, el punto de partida del discurso se sitúa en las convicciones normativas fácticamente existentes, en deseos, interpretación de necesidades o informaciones empíricas, pero no es tarea de las reglas de la argumentación definir o establecer tales puntos de partida relativos al contenido. Tal cosa no compete a la teoría, sino a los partícipes en la discusión (103).

Al delimitar únicamente un marco procedimental, las reglas de la argumentación de Alexy no sirven para adquirir certeza respecto a la idoneidad de una solución única o perfecta, sino que simplemente sirven para determinar negativamente aquellas soluciones que, en virtud de deficiencias intrínsecas de la argumentación, no pueden tenerse por racionales. Como dice el mismo autor, «lo importante es tener en cuenta que del hecho de que sean posibles respuestas diferentes no se infiere que todo sea posible» (104). Ya hemos aludido antes a que las direcciones metodológicas emparentadas con la teoría de la argumentación sientan como uno de sus presupuestos que no cabe un conocimiento seguro en materia valorativa y, consiguientemente, en materia de decisión jurídica. «Quien equipara racionalidad con certeza —dice Alexy— debe, por lo mismo, renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional». Y añade que «no es la producción de certeza lo que conforma el carácter racional de la jurisprudencia, sino la satisfacción de una serie de condiciones, criterios o reglas». Y esto es lo que define una teoría procesal de la argumentación (105).

5. SOBRE LOS LIMITES DE LA RACIONALIDAD EN LA DECISION JURIDICA.

Los criterios o perspectivas de la racionalidad de la decisión jurídica a que acabamos de aludir muy raramente se dan de modo aislado, sino que, según los autores, se proponen distintas combinaciones de ellos, acorde con la idea de que «racionalidad es un concepto muy complejo» (106).

mos mencionar alguna a título de ejemplo: «ningún hablante puede contradecirse», «cada uno sólo puede afirmar lo que él mismo cree», «todo hablante puede tomar parte en el discurso», etc. En cuanto a las reglas específicas del discurso jurídico, cabe citar las de que «para la fundamentación de una sentencia jurídica se debe introducir al menos una norma universal», «se han de agotar los cánones interpretativos disponibles», etc.

(102) A. AARNIO, R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 25-36.

(103) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 35-36.

(104) R. ALEXY, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, cit., p. 50.

(105) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 356.

(106) A. PECZENIK, *Legal Rationality and its Limits*, en «Rechtstheorie»,

Pero también han ido poniéndose de manifiesto ciertos límites de la racionalidad posible de la decisión, implícitos en las distintas teorías.

Hay quienes proclaman de mano su escepticismo respecto de la posibilidad de lograr «criterios intersubjetivos plenamente vinculantes para la corrección de las decisiones jurídicas» y hacen de la argumentación un mero recurso legitimatorio tendente a obtener el reconocimiento del carácter vinculante de la decisión, mediante el ocultamiento de la carga de subjetividad presente en toda decisión (107). Otros concluyen, a partir de la imposibilidad de fundamentaciones últimas de la decisión jurídica, que ésta no tiene una racionalidad mayor ni distinta que las decisiones políticas (108).

Ya hemos visto cómo para los defensores de la teoría de sistemas el tipo de racionalidad posible de la decisión no tiene que ver con pautas valorativas de la acción, sino con los mecanismos sociales que la determinan y a los que sirve.

También se ha hecho mención del modo cómo a menudo lo que se define son condiciones ideales de racionalidad que nunca se realizan en la práctica plenamente, con lo que la racionalidad de la decisión real parece oscilar siempre entre márgenes fluidos.

Por su parte, los criterios lógicos o formales precisan siempre del complemento material. Y al delimitar estos criterios materiales parece darse siempre una indefinida remisión de unos a otros como baremos últimos, como sucede, por ejemplo, entre las ideas de ponderación de consecuencias y consenso.

Por todo ello hay que decir que en la mayoría de estas más recientes doctrinas metodológicas, aún cuando no se puede afirmar que imperen el irracionalismo o el escepticismo, sí que domina un amplio relativismo. La racionalidad alcanzable para la decisión es siempre relativa a un contexto histórico y social determinado. Aarnio ha mostrado esto de modo particularmente claro mediante el recurso al concepto de «forma de vida» de Wittgenstein. Para Aarnio los valores no pueden nunca ser plenamente fundados por referencia a datos objetivos, pero tampoco son meras apreciaciones personales dependientes de una «cuestión de gustos»: «Hasta un cierto límite es posible hacerlos utilizables para la argumentación». Siempre es posible buscar sucesivas fundamentaciones a un valor hasta que llega un momento en que no cabe ofrecer un fundamento ulterior, hasta que se alcanza ese

15, 1984, p. 417. Para este autor, por citar un caso, hay que distinguir tres géneros de racionalidad: racionalidad formal, como resultado del respeto de las reglas de la lógica; la racionalidad resultante del hecho de que un enunciado determinado está apoyado por «buenas razones»; y la racionalidad discursiva, relativa a la satisfacción de ciertas condiciones de la argumentación. La tercera presupone la segunda y ésta presupone la primera.

(107) CHR. CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation*, cit., p. 9.

(108) G. STRUCK, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, pp. 152-153.

límite en que ya no cabe una justificación que vaya más allá. Pues bien, para Aarnio, tal límite está constituido por la *Lebensform*, por la «forma de vida» que enmarca socialmente la argumentación. El consenso posible, como criterio de corrección de las propuestas decisorias en litigio, cabe sólo en el seno de un auditorio cuyo factor aglutinante radica en el hecho de compartir una común *Lebensform*. Es de ésta de donde nacen los criterios sociales de corrección, no del azar o la arbitrariedad. Por todo ello, «un discurso racional sólo es posible *dentro* de los límites constituidos por la forma de vida» (109). Evidentemente, en contextos sociales definidos por formas de vida diferentes cambia ese armazón para el consenso y, consiguientemente, los criterios de racionalidad que han de tenerse por imperantes (110).

(109) A. AARNIO R. ALEXY A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, cit., pp. 80-83.

(110) A. AARNIO, *Linguistic Philosophy and Legal Theory*, en «Rechtstheorie», Beiheft 1, Berlín, Duncker & Humblot, 1979 pp 35 ss.

Métodos jurídicos

RAFAEL HERNANDEZ MARIN
Barcelona

«Quizá en pocas materias reine tanta imprecisión en el ámbito del saber jurídico, y se abuse tanto de los términos, como ocurre con la palabra método y sus derivados».

Con estas palabras comienza un artículo de 1977 de M. Rodríguez Molinero, publicado recientemente. Y es que, como el mismo autor añade, en el pensamiento jurídico se entiende por método las cosas más dispares, entre ellas «modos o tipos de interpretación [del Derecho]», «modalidades específicas de aplicación y concreción del Derecho» y la exposición de «corrientes de pensamiento, a veces denominadas "Escuelas"» (1).

De todos estos métodos jurídicos trata el presente artículo.

I. INTERPRETACION Y APLICACION DEL DERECHO

1. *La interpretación del Derecho*

1.1. *Interpretación del Derecho como descripción del Derecho*

Mi concepción de la interpretación del Derecho, inspirada en W. V. Quine y expuesta en mi libro «El Derecho como dogma» (1984), es la siguiente:

Al interpretar una oración (legal) le atribuimos un determinado sentido. Esta atribución de sentido se realiza mediante enunciados, llamados *enunciados interpretativos*, los cuales tienen la siguiente forma:

1. El sentido de la oración (legal) *N* es (que)...; o bien:
La oración (legal) *N* establece (dice) que...

Los puntos suspensivos que aparecen en 1 están en lugar de una oración *O*. Se puede así apreciar que no hay diferencia entre 1 y

2. La oración (legal) *N* tiene el mismo sentido que la oración *O*.

(1) Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO: «Sobre los métodos filosóficos y su aplicación al Derecho», en José Iturmendi Morales y Jesús Lima Torrado (Comp.): *Estudios de filosofía del Derecho y ciencia jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980). Tomo II*; Madrid, Centro de estudios constitucionales, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1985, pp. 431-465, p. 431.

De estas observaciones se deduce que, al interpretar una oración (legal) *N*, afirmamos la existencia de una relación de sinonimia entre *N* y una oración *O*. Un enunciado interpretativo, esto es, un enunciado en el que expresamos una interpretación de una oración (legal), es por consiguiente una descripción, un enunciado asertivo (metalingüístico), susceptible de verdad y falsedad. Y, si la interpretación ha de ser correcta, es decir, si el enunciado interpretativo ha de ser verdadero, *N* y *O* tienen que ser oraciones sinónimas.

1.2. Consecuencias de esta concepción

A) Interpretar una oración legal *N* no consiste en decir cómo debe ser entendida *N*; pues esto sería realizar un discurso prescriptivo, opuesto al discurso descriptivo, propio de la interpretación.

B) Un número elevado de autores, partiendo de la premisa (correcta) de que interpretar una oración legal consiste en determinar su sentido, creen que existe algo que es el sentido de una oración legal. Ese algo sería una proposición, una entidad semántica e ideal.

Mas, como hemos visto antes, determinamos o fijamos el sentido de una oración legal *N* afirmando que dicha oración *N* es sinónima de otra oración *O*. Por consiguiente, al interpretar la oración legal, afirmamos o presuponemos que dicha oración tiene sentido, o sea, es significativa; pero, no afirmamos, ni presuponemos que exista una entidad (semántica, ideal) que sea el sentido de dicha oración.

C) Las tradicionales doctrinas (objetiva y subjetiva) y tesis sobre los métodos o elementos de interpretación suponen, por un lado, que existen ciertas entidades ideales (que no son entidades lógicas, ni matemáticas), tales como el fin o voluntad de la ley, la intención o voluntad del legislador, etc. Y, por otro lado, dichas doctrinas o tesis son esencialmente directrices acerca de lo que ha de hacer el intérprete, en vez de ser esencialmente descripciones o análisis de lo que el intérprete realmente hace.

Estas directrices sólo tienen valor en la medida en que su seguimiento facilite al intérprete la consecución de su objetivo, o sea, la búsqueda de oraciones sinónimas de las oraciones legales objeto de la interpretación. Por ejemplo, las directrices acerca del «elemento gramatical» y del «elemento histórico» pueden ser útiles, dado que el sentido de una oración legal depende, entre otras cosas, de su sintaxis y de las circunstancias históricas en que la misma fue creada. Pero, las directrices acerca del fin o función de la ley o acerca de la intención del legislador persiguen conscientemente, en la mayoría de los casos, la búsqueda de oraciones no sinónimas de las oraciones legales, la búsqueda de oraciones más generales o más concretas que las oraciones legales.

2. *La aplicación del Derecho*

La orden «siéntate» es eficaz si y sólo si el destinatario de la misma obra de acuerdo con ella, o sea, se sienta. Del mismo modo, la disposición que ordena a los jueces imponer a los homicidas sentencias de reclusión menor es eficaz si y sólo si los jueces obran de acuerdo con ella, o sea, imponen a los homicidas sentencias de reclusión menor. Mas decir que los jueces obran de acuerdo con dicha disposición significa que ésta es aplicada por los jueces. Resulta entonces, como he expuesto en otro lugar (*Anuario de Filosofía del Derecho* [1984], pp. 159-160), que la aplicación del Derecho es la eficacia de las disposiciones jurídicas dirigidas a los órganos encargados de resolver los conflictos.

3. *Confrontación entre la interpretación y la aplicación del Derecho*

Según la mayoría de los autores, la relación entre la actividad de interpretar y la de aplicar el Derecho es tan íntima que tácita o expresamente no conciben una sin la otra. Sin embargo, son actividades independientes:

Por un lado, es obvio que puede haber interpretación sin aplicación: es posible determinar cuál es el sentido de una oración legal (o de qué oración es sinónima una oración legal) sin necesidad de aplicar dicha oración posteriormente (o anteriormente). Es más, en numerosos casos, a saber: en todos los casos de disposiciones no dirigidas a los jueces u otros órganos encargados de resolver conflictos, las disposiciones pueden ser interpretadas, pero no pueden ser aplicadas (según se deduce de la concepción de la aplicación del Derecho antes expuesta).

Por otro lado, también puede haber aplicación del Derecho sin que exista interpretación del mismo. Pues, fijémonos en la orden «siéntate». Es evidente que podemos actuar conforme a ella sin necesidad de interpretarla previamente, esto es, sin necesidad de emitir previamente un enunciado interpretativo que establezca de qué oración es sinónima la orden «siéntate». Por esta razón, pienso que un juez también puede actuar conforme a una disposición legal a él dirigida (puede aplicarla) sin necesidad de interpretarla previamente.

Se pensará quizá que, antes de actuar conforme a una orden o norma, el destinatario de la misma realiza siempre un enunciado interpretativo, aunque no lo exteriorice verbalmente o por escrito, es decir, realiza un enunciado interpretativo mental o interno. Pero, por su generalidad, yo dudo que esta afirmación sea verdadera incluso para los casos doctrinales usuales.

Y si examinamos casos menos estudiados también resultará claro que es posible obrar conforme a una disposición jurídica, sin necesidad de interpretarla con anterioridad (ni siquiera men-

talmente). Muchísimas personas actúan en conformidad con las disposiciones jurídicas dirigidas a ellas (especialmente en su vida profesional, aunque también en ámbitos distintos); y si pudiéramos a prueba el conocimiento que estas personas poseen acerca de las disposiciones jurídicas respetadas por ellas todos los días, comprobaríamos que dichas personas no son capaces de formular muchos enunciados interpretativos verdaderos. Por tanto, en estos casos, la actuación conforme al Derecho no está precedida por enunciados interpretativos verdaderos (ni tampoco, por supuesto, por enunciados interpretativos falsos).

En el caso de la aplicación del Derecho la situación es distinta, obviamente, dado que los jueces obran en conformidad con disposiciones jurídicas, cuyo contenido conocen perfectamente con anterioridad. Esto es, desde luego, lo que suele suceder. Pero existe la posibilidad, no sólo lógica, sino incluso real o física, de que un juez aplique (o sea, actúe en conformidad con) una disposición jurídica, cuyo contenido (o incluso, cuya existencia) ignora, por ejemplo, por tratarse de una disposición jurídica creada recientemente. Y esto es suficiente para mostrar la independencia entre las actividades de interpretar y de aplicar el Derecho y la necesidad consiguiente de investigar y tratar dichas actividades separadamente.

II. EL METODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

1. *El método jurídico como método de la ciencia del Derecho*

Del mismo modo que en filosofía general la metodología es la teoría del método científico, en filosofía del Derecho la metodología jurídica es ante todo la teoría del método de la ciencia jurídica, la teoría del método que la ciencia jurídica utiliza o debe utilizar en la realización de su tarea. De ahí que sea justificado reservar la denominación «método jurídico» para referirse al método de la ciencia jurídica.

2. *Ni la aplicación ni la interpretación del Derecho son métodos jurídicos*

Ni la aplicación, ni la interpretación del Derecho son métodos jurídicos en el sentido anterior:

Por lo que respecta a la aplicación del Derecho, creo que es innecesario justificar esta afirmación. Es más: cabe incluso preguntarse qué tiene que ver la aplicación del Derecho con el método o con los métodos (jurídicos o no jurídicos). Pues de la concepción de la aplicación del Derecho antes expuesta resulta que un «método» para aplicar el Derecho no puede ser esencialmente diferente del «método» para actuar conforme a las órdenes o prescripciones jurídicas en general. Y este último, a su

vez, tampoco puede ser esencialmente diferente del método para actuar conforme a órdenes no jurídicas, como la orden «siéntate».

En cuanto a la interpretación del Derecho, ésta es una de las actividades esenciales de la ciencia jurídica. Para realizar esa actividad, al igual que para realizar otras actividades (por ejemplo, la de investigar las consecuencias electorales de una disposición legal), la ciencia del Derecho utiliza un método (que hemos llamado «método jurídico»); pero, dicha actividad no es ella misma un método, esto es, una serie de reglas o directrices para conseguir un objetivo determinado.

3. *La disputa de métodos clásica*

La disputa de métodos aquí llamada «clásica» es la disputa que a finales del siglo XIX y sobre todo a comienzos del siglo XX enfrentó en la Europa continental occidental a las principales doctrinas jurídicas, especialmente a la jurisprudencia de conceptos, a la jurisprudencia de intereses y al movimiento del Derecho libre.

Estas doctrinas estaban de acuerdo en que era tarea de la ciencia jurídica formular decisiones de casos concretos (tarea ya asignada a la ciencia jurídica en la Antigüedad clásica). Y divergían, según supone, en cuanto al método que la ciencia jurídica debía utilizar para formular o hallar esas decisiones.

Sin embargo, el estudio detenido de estas doctrinas revela que no hay tales divergencias metodológicas. Pues, el punto que separaba a dichas doctrinas era el relativo a la formación de la proposición jurídica general aplicable al caso concreto. Según la jurisprudencia de conceptos, dicha proposición jurídica general se desprendía de los conceptos jurídicos; según la jurisprudencia de intereses, se desprendía de los juicios de valor del legislador (o de los intereses protegidos por el legislador, o de la voluntad del legislador, etc.); y según el movimiento del Derecho libre, la proposición jurídica general se desprendía de las necesidades del tráfico, de la buena fe, de las normas de cultura imperantes en la sociedad, etc. Pero, las tres escuelas estaban de acuerdo en que, una vez hallada o formada la proposición jurídica general aplicable al caso concreto, la proposición jurídica individual decisoria del caso resultaba de aquélla por deducción lógica. Por consiguiente, más que la metodología, es la ontología jurídica lo que separaba a aquellas doctrinas (2).

4. *La disputa de métodos actual*

4.1. *Descripción de la dogmática jurídica*

En primer lugar, una de las tareas de la dogmática jurídica actual, al igual que en la disputa de métodos clásica, es formular

(2) En mi *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos 1986, justifico cumplidamente todas estas afirmaciones.

decisiones de casos concretos. Esta actividad se enseña a los estudiantes de las Facultades de Derecho mediante la resolución de casos prácticos.

En segundo lugar, la dogmática jurídica actual, al igual también que en la disputa de métodos clásica, continúa suponiendo la existencia de los conceptos jurídicos (como lo muestran las polémicas acerca de la naturaleza jurídica de algo); y continúa también realizando alusiones a la voluntad o intención del legislador, al espíritu o función de la norma, a necesidades sociales, al principio tal, etc., que juegan un papel decisivo en la formulación de la proposición jurídica que se considera aplicable al caso concreto.

En tercer lugar, incluso la parte descriptiva más sólida del discurso dogmático suscita las siguientes observaciones:

Por un lado, el jurista dogmático no contrasta empíricamente cada uno de los enunciados asertivos que integran su discurso. Mientras el dogmático se limita a describir el texto de la ley o circunstancias históricas que rodearon la creación de la ley todo va bien. Pero cuando el discurso descriptivo del dogmático se extiende a otros particulares (a la explicación histórica de por qué se creó tal disposición legal, a las consecuencias sociales o económicas de la misma o, en general, al sector de la realidad social al que la disposición se refiere, etc.), el dogmático está incluso acostumbrado a no contrastar empíricamente sus afirmaciones, a no controlarlas férreamente. Es más, en algunos casos, dicha contrastación resulta imposible, dada la imprecisión de los términos utilizados en las afirmaciones.

Por otro lado, muy frecuentemente, los argumentos del discurso dogmático no son argumentos lógicos, y las conclusiones de dichos argumentos no se deducen de sus premisas.

4.2. *Justificaciones de la dogmática jurídica y crítica de las mismas*

Gran parte de los participantes en la actual disputa de métodos parecen estar de acuerdo en que la dogmática jurídica es ya una ciencia; pero discrepan respecto a cuál es el patrón metodológico-científico a que la dogmática jurídica se ajusta.

La mayoría de ellos ven en alguna de las características antes descritas de la dogmática jurídica su carácter científico:

Por lo que respecta a la formulación de decisiones de casos concretos, obsérvese, antes de nada, que esas decisiones formuladas por la dogmática jurídica son oraciones prescriptivas (es irrelevante a este respecto si esas oraciones prescriptivas son concebidas como oraciones o normas jurídicas, y la ciencia del Derecho como fuente de Derecho —ésta fue la concepción de la jurisprudencia de conceptos—, o si son concebidas como oraciones no jurídicas, y se niega a la dogmática jurídica el carácter de fuente de Derecho). Algunos autores opinan que esta circunstancia

justifica la inclusión de la dogmática jurídica en el ámbito de las ciencias normativas o de las ciencias prácticas (las discusiones actuales acerca de la racionalidad práctica parecen herederas de esta tradición). Pero, en mi opinión, un discurso esencialmente prescriptivo, no sólo es acientífico (esto es, no expresa un conocimiento científico), sino que es incluso no cognoscitivo (no expresa un conocimiento en absoluto).

Por lo que respecta a los conceptos jurídicos, a la voluntad del legislador, a la función de la norma, a los principios jurídicos y otras entidades similares asumidas por la dogmática jurídica, hay autores que ven en esta circunstancia la razón para incluir la ciencia jurídica entre las ciencias ideales, que estudian entidades ideales. Sin embargo, en primer lugar, los filósofos opinan que no hay más ciencias ideales que las ciencias formales o abstractas, la lógica y las matemáticas. Y, en segundo lugar, esas supuestas entidades ideales no existen; de ahí que las divergencias ontológicas entre la jurisprudencia de conceptos, la jurisprudencia de intereses y el movimiento del Derecho libre fueran en realidad meramente verbales.

En cuanto al hecho de que en numerosos casos el jurista dogmático no contraste empíricamente sus aserciones, hay autores que afirman que la falta de control empírico es una característica de las ciencias hermenéuticas o sociales o culturales, frente a las ciencias naturales; de ahí que incluyan la ciencia jurídica entre aquéllas. En mi opinión, sin embargo, y al margen del discurso de las ciencias formales, el control empírico de las afirmaciones es una característica, no sólo del discurso de las ciencias naturales, sino de todo discurso cognoscitivo, incluido el no científico: el discurso contenido en una guía turística o de teléfonos, el discurso descriptivo de un artesano acerca de cosas de su oficio, incluso nuestro discurso asertivo cotidiano acerca de personas y cosas familiares, discursos todos ellos cognoscitivos, son empíricamente contrastables. Un discurso no contrastable empíricamente no es un discurso cognoscitivo.

En cuanto al hecho de que los argumentos del dogmático no suelen ser argumentos lógicos, algunos autores justifican esta circunstancia, aduciendo que es propio de la dogmática jurídica utilizar argumentos de otro tipo (tópicos, retóricos, hermenéuticos, dialécticos, de lógica jurídica, etc.). Mas, a mi juicio, la observancia de las reglas de la lógica también es una característica de todo discurso cognoscitivo, sea científico o no. ¿Quién acudiría a una guía de teléfonos, a un mecánico de automóviles, a un carpintero, o a un empleado de una oficina de información, si éstos violasen el principio de no contradicción u otras leyes o reglas lógicas y discurrieran de acuerdo con otras reglas? Un discurso que viola las reglas de la lógica tampoco es un discurso cognoscitivo.

Pero quizá la más atrevida de todas las justificaciones de la

dogmática jurídica sea la de decir que la comparación entre una ciencia natural avanzada, como la física, y la dogmática jurídica pone de relieve que no existen diferencias sustanciales entre una y otra, puesto que ambas presentan los rasgos esenciales que configuran algún modelo «post-positivista», o sea, post-neopositivista, de ciencia (hay quien dice incluso que no existen diferencias sustanciales entre la actividad de un físico y la de un juez). Mas, ese «modelo» no puede ser otro que el «todo vale» de P. K. Feyerabend.

A historiografia jurídico-institucional e a «morte do Estado»

ANTÓNIO M. HESPANHA

Lisboa

1. *A historiografia pós-moderna.*

Vive-se hoje uma conjuntura nova de produção historiográfica. Mas surge, também, um paradigma intelectual em ruptura com o de há uma década.

O público mais especializado descobriu, há alguns anos, a nova «nova história». Não já a história «social» e «quantitativa» que hegemonizou as nossas vanguardas historiográficas nos anos cinquenta e sessenta. Nem mesmo a história «teoricamente musculada» dos anos setenta, construída sob o pontificado de Althusser, de Poulantzas ou de Samir Amin. Mas a história de coisas inefáveis como as mentalidades, o desejo, o medo, feita com uma utensilagem ela mesma inefável, em que as tradicionais referências à «objectividade» e à «verdade» são substituídas por discursos sobre a contaminação do discurso historiográfico pelos jogos do poder e do desejo (M. Foucault) e em que contra uma compreensão sistemática e global da realidade se eleva a constatação da irremediável «pobreza da teoria» (Edward Palmer Thompson).

O público mais vasto, esse, anda —mais ou menos conscientemente— mergulhado nos temas «pós-modernos», que uma retórica multidimensional vai inculcando na discussão cultural, na discussão política, na discussão económica.

A temática do pós-modernismo mantém uma grande homologia com a da nova «nova história»; ou não fossem elas produto uma da outra ou ambas produto de uma mesma vaga de repúdio do racionalismo, do funcionalismo e do utilitarismo economicista do pós-guerra. Ao geral, opõe-se o particular; ao gigantismo do «grande», opõe-se a beleza do «pequeno»; à eficácia da perspectiva macro, opõe-se a subtileza da perspectiva micro; ao sistema, opõe-se o vector; à análise sistémica, opõe-se a análise estratégica; à necessidade, opõe-se o acaso; ao funcional, opõe-se o arbitrário; à função opõe-se a forma; ao consciente, opõe-se o inconsciente; ao

objectivo, opõe-se o subjectivo; à «verdade», opõe-se a política ou a «economia libidinal».

No leitor de história isto provoca uma certa «pré-compreensão» da sociedade e dos indivíduos ou um certo «sentido (inconsciente) da prática». Ou seja, o leitor (tal como o autor) está predisposto para aceitar certas formas de explicar a acção individual e social; espera que a narrativa se adeque à sua «sociologia impensada» e a comprove. Isto é particularmente nítido em relação às ideias de poder, de Estado e de direito, núcleos temáticos da história jurídica e político-institucional, tal como tem sido entendida desde há quase 200 anos.

Neste plano da ciência política, os *leit-motive* pós-modernistas são os do «informalismo», «poli-centrismo» e «dispersão» dos mecanismos do poder, da relação vicariante entre a «violência», a «persuasão» e a «rotina», da função política de todos os mecanismos da socialização, da substituição da análise macro pela análise micro, da ideia de «intenção» pela de «resultado».

Colhida neste torvelinho teórico-ideológico, a história político-institucional tradicional, centrada no Estado e nos mecanismos oficiais do poder, entrou em crise metodológica, para a qual busca recurso numa ideia de inter-disciplinaridade, de fáceis consensos, mas de problemático rigor teórico. Parece-me, pelo contrário, que a salvação só pode vir de um incremento da «disciplinaridade», ou seja, de um esforço para construir em bases teoricamente rigorosas a identidade dos mecanismos político-institucionais e da sua história.

O objectivo deste artigo é o de sondar as virtualidades teóricas e metodológicas, no domínio da história, de algumas correntes, mais ou menos recentes, que arrancaram a reflexão sobre o poder ao letargo estadualista-positivista instaurado pela teoria política da segunda metade do século passado.

No actual recorte dos domínios historiográficos é costume aparecer uma área chamada «história jurídica» ou «história das instituições». O seu enquadramento Institucional tradicional é o das Faculdades de direito, onde se professa desde os finais do sec. XVIII, como disciplina propedêutica —embora com diversa vocação e de diferente sentido— dos estudos jurídicos (1). Recentemente, entrou também nos planos de estudos de alguns cursos de história, na sequência da revalorização da história política pela última geração da Escola dos Annales (2).

Nas Faculdades de Direito, a definição do objecto da história

(1) V., adiante, n. 2, bem como a meu artigo «Historiografia jurídica e política do direito (Portugal, 1900-50)», *Análise social*, 18 (1982-3), 795-812.

(2) «Manifesto» desta «nova história política», J. JULLIARD, «La politique», J. Le GOFF & P. NORA (eds.), *Faire l'histoire*, II, Paris, 1974; outras informações bibliográficas, H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène «Nouvelle histoire»*, *Stratégie et idéologie des nouveaux historiens*, Paris, 1983, 171 ss.; para Portugal, v. ARMANDO CARVALHO HOMEM, *O Desembargo régio (1320-1433)*, Porto, 1985, ed. polic., 1 ss. («Introdução»).

jurídica foi, durante muito tempo, marcada pela oposição, feita por Leibniz (*Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentia, ...*), entre a história «interna» e a história «externa», a primeira ocupando-se da substância da jurisprudência e a segunda dos factos sociais (económicos, culturais, políticos). Esta ideia leibniziana apontava já para uma orientação metodológica que, depois, veio a prevalecer — a separação entre os «momentos jurídicos» e os «momentos não jurídicos» da história. Mas, durante o século XIX, esta «ideia da separação» entre «o direito» e «os factos» veio a ser ainda reforçada pela influência combinada do legalismo (ou positivismo legalista) e da dogmática conceitualista (*Begriffsjurisprudenz*, conduzindo a uma *Dogmengeschichte*, história dos «dogmas jurídicos»).

Para o legalismo, o direito confundia-se e esgotava-se no conjunto de normas editadas ou reconhecidas pelo Estado (*maxime*, pelas leis), pelo que a história jurídica não seria senão a história desta ordem jurídica oficial (nomeadamente, a história dos seus modos de revelação - as «fontes do direito»). Para o conceitualismo, em contrapartida, o direito era o conjunto das construções intelectuais dos juristas, das categorias com as quais estes classificavam a realidade em vista de certas necessidades valorativas; pelo que a história do direito se deveria ocupar da evolução destas «formas», construções ou sistemas.

Uma e outra orientação historiográfica reflectiam as condições de produção do discurso histórico-jurídico. Em ambos os casos, do que se tratava era da repercussão, na maneira de fazer história, dos hábitos intelectuais e cognitivos dos juristas.

A um *nível mais superficial*, os historiadores-juristas transportavam para a *démarche* histórica os conceitos e os dogmas da Ciência do direito positivo.

Assim, muitos jus-historiadores não problematizavam a legitimidade de aplicar conceitos da actual teoria do direito a épocas passadas. Por exemplo, o conceito de «Estado», de «propriedade», de «pessoa jurídica».

Quando tais conceitos visivelmente aí não existiam, os jus-historiadores davam-lhes um conteúdo historicamente artificial: tomavam as realidades jurídicas de então que hoje são explicáveis através de uma certa construção ou conceito e descreviam-nas como suas «manifestações implícitas». Assim, embora o conceito de «personalidade colectiva» fosse desconhecido no direito romano, este já tratava, para certos efeitos, uma pluralidade de pessoas como se fossem uma entidade jurídica única, pelo que seria legítimo começar por aí a história do conceito. O mesmo processo é utilizado por aqueles que, ao fazer a história jurídica da «propriedade», se ocupam de todas as formas jurídicas passadas de deter as coisas, classificando-as na perspectiva do moderno conceito de propriedade (i.e., classificando-as, por exemplo, como

«propriedade comum», «propriedade imperfeita», «propriedade limitada») (3). Ou, embora o conceito contemporâneo de Estado seja oitocentista, certos dos seus elementos já se encontravam na doutrina jurídica medieval e moderna, embora manifestados sob outros conceitos (v. g., o conceito de «coroa»), pelo que se poderia descrever a história de ideia de «Estado» sob a forma de uma «construção progressiva» (4).

A um nível mais profundo, a contaminação da história pela dogmática levava a que os historiadores aceitassem irreflectidamente como válidas para a descrição do passado as categorias e os esquemas mentais gerados pela prática jurídica do presente.

Neste plano, a falsificação actualista da história é ainda mais subtil e perigosa, traduzindo-se na projecção sobre a história de formas de classificar, de modos de se exprimir, de modelos de organizar o discurso e de entender a relação entre os factos. Muitas destas disposições intelectuais —deste *habitus*, deste sentido prático (5)— não são sequer intencionais, ou mesmo conscientes. Outras vezes são consequência das condições objectivas da prática historiográfica dos jus-historiadores.

A manifestação clássica do que acaba de ser dito é a da utilização historiográfica dessas grandes categorias do pensamento jurídico contemporâneo como são, por exemplo, a distinção entre «direito público» e «direito privado», entre «constituição» e «administração» ou entre «governo», «administração» e «jurisdição», sistematização germânica do direito privado (obrigações, direitos reais, família, sucessões), a distinção entre «direito material» e «direito processual» (ou a hierarquização implícita na

(3) Ou seja, o decisivo seria «a coisa», não «a construção». Com isto, o que se perde de vista é que o direito (como conjunto de normas ou como conjunto de construções intelectuais) é uma realidade *construída* e não uma simples manifestação de uma realidade pre-discursiva. A entidade jurídica nasce quando emerge no plano do discurso (como nome ou como conceito); as próprias coisas não aparecem senão quando surge o conceito ou o nome que permite distingui-las.

(4) Ou seja, os conceitos jurídicos formar-se-iam do nada, num espaço conceitualmente vazio, por um processo de «agregação». Ora o que acontece é que no, no direito como em qualquer outro discurso, o surgir do um conceito é antes o produto de uma recomposição de todo o campo conceitual; um conceito forma-se à custa da morte ou recomposição de outros. Por outro lado, um conceito é, por definição, uma entidade lógico-intelectual indivisível em «elementos» que, ou existe e tem todos os seus elementos, ou, não os tendo, não existe. A «coroa» exprime, certamente, uma determinada ideia acerca da não-identidade entre a pessoa individual do governante e o seu cargo —ideia também expressa, por exemplo, pela alegoria dos «dois corpos do rei», pela ideia de reino» como «corpo místico»; mas embora este elemento exista também no conceito de Estado, este engloba-o num complexo totalmente novo de elementos. Os acordos lógico-conceituais, normativos, políticos, institucionais, simbólicos, emocionais, do conceito de Estado nada têm, portanto, a ver com os de «coroa» ou de «reino».

identificação do primeiro como direito «substantivo» e do segundo como direito «adjectivo»). Apesar da sua interiorização na consciência jurídica (e não apenas nela) contemporânea, todos estes esquemas classificativos são muito recentes, mesmo na história do direito ocidental, e são desconhecidos em muitas outras culturas jurídicas. A tentativa de compreender o passado (ou mesmo, apenas, de organizar «externamente» a exposição) com o seu auxílio produz um inevitável falseamento da narrativa histórica, para além de um efeito legitimador, que consiste na «naturalização» das nossas categorias mentais (etnocentrismo, cronocentrismo) (6). Isto vale, desde logo, para a definição do que seja o direito ou as «instituições». Aqui, a historiografia jurídica tem uma inevitável tendência para sucumbir perante o «estadualismo» e o «legalismo» contemporâneos e para considerar como estando fora do seu objecto tudo aquilo que não tenha a marca de «oficial» (7).

Mas existem outras manifestações deste poder estruturante do *habitus* dos juristas sobre o discurso dos jus-historiadores. Para além do vocabulário e da linguagem especializada (em cujo bojo se contrabandeiam modelos mentais), por exemplo, o modelo da prova. Como refere M. Foucault (8), o modelo jurídico da prova (prova documental, objectivável, nomeadamente por escrito, por documento) constituiu o paradigma para a prova científica desde os sécs. XIII/XIV; ainde mais claramente no domínio da história,

(5) Utilizo uma série de expressões que remetem para o vocabulário científico de Pierre BOURDIEU (v., sobretudo, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève, 1972, e *Le sens pratique*, Paris, 1980, onde o autor expõe mais sistematicamente a sua teoria do «habitus» e do «sentido prático»). Aplicações à teoria da história, nomeadamente à história do direito, em J.-M. SCHOLZ, *Eléments pour une histoire du droit moderne*, em Joaquín CERDÁ y RUIZ-FUNES & P. SALVADOR-CODERCH, *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona, 1985, 423 ss.

(6) A questão que se põe, então, é a de como substituir estas entidades na sua função ordenadora. Há quem proponha a utilização de categorias importadas das ciências sociais que já tenham levado a cabo a crítica das nossas grelhas intelectuais espontâneas. Nomeadamente, da antropologia, que justamente se constrói sobre a consciencialização metódica da ruptura entre as categorias mentais do observador e as do mundo observado; mas que, por outro lado, também se distancia das próprias uto-representações deste último (categorias «indígenas»). Mas há quem vá mais longe e exija que a história, embora inspirando-se na postura do antropólogo (nomeadamente, na sua atitude de «dupla distanciação», em relação ao seu mundo e ao mundo observado), recuse a importação passiva do instrumentário conceitual do antropólogo, como algo de acabado e de universal, e proponha que o historiador construa, a partir da realidade histórica, a sua própria utensilagem teórica. V., neste sentido —que, insista-se, não corresponde a uma atitude pietista perante as categorias do passado—, Bartolomé CLAVERO, «Historia y antropología. Por una epistemología del derecho moderno», em Joaquín CERDÁ y RUIZ-FUNES & P. SALVADOR-CODERCH, *I Seminario de historia del derecho...*, cit., 17 ss.; sobre paralela problemática, para a história geral, H. MEDICK, «Missionários num barco a remos», *Ler história* 6 (1985)...

(7) V., *infra*.

(8) V. Michel FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

onde o modelo positivista da prova e da crítica histórica decorre directamente dos modelos probatórios do direito comum —primazia do documento, processos de interpretação e de crítica, modelos de explicação dos eventos (por exemplo, valoração dos elementos subjectivos— intenção, vontade, etc.). O mesmo he passa com a ideia de «supeito» e de «dogma da vontade», construídos pelos juristas a partir de séc. XVIII, e que modelaram a «filosofia espontânea» da história positivista, enquanto esta explicava o devir histórico pela acção consciente e livre das sujeitos. A própria organização formal do discurso dos jus-historiadores reflecte o impacto do «estilo literário» dos juristas: pendor para a citação de «autoridades», pendor comparatista, clareza da organização conceitual e sistemática.

Finalmente, o discurso histórico dos jus-historiadores reflecte as próprias condições materiais da sua prática: o universo das suas referências bibliográficas é muito condicionado pela literatura mais comum nas Faculdades de Direito; o maieio das fontes, por sua vez, está muitas vezes limitado por deficiências de formação no domínio da paleografia, da diplomática e da arquivística; etc.

Como se disse, a vinculação do passado ao presente era visível, antes de mais, na definição do objecto da história do direito ou das instituições, pois aí jogavam a fundo o «estadualismo» e o positivismo que dominaram o pensamento e o *habitus* dos juristas nos últimos dois séculos. Direito e instituições eram, para os jus-historiadores, apenas aquilo que tivesse a chancela do poder oficial, que se identificasse com o Estado ou que proviesse de entidades a quem o Estado tivesse delegado os seus poderes. Tudo o que se encontrasse, ou *antes*, ou *depois*, estando fora do âmbito do direito, estava também excluído do objecto da sua história. A história do direito —tal como a teoria do direito— marcava uma ruptura nítida entre o «direito» e «os factos». A génese social das normas jurídicas, as peripécias da sua aplicação (ou não aplicação), as contra-medidas implementadas autonomamente pela sociedade para anular ou iludir os efeitos legais, os mecanismos de regulação social não oficiais, tudo isto seriam objectos legítimos de uma história social, mas essencialmente estranhos a uma história do direito. O mundo do direito era reduzido ao mundo do direito «oficial» e este, progressivamente, ao mundo «estatal». Fora do mundo «oficial-estatal», como objecto da história jurídica, apenas a doutrina do direito —a dogmática, a ciência do direito, o pensamento jurídico—, pois esta, na prática jurídica contemporânea, constitui irremediavelmente o complemento natural do direito legislativo (mesmo nas épocas mais «positivistas»).

Mas a dependência da história jurídica, tal como se practicava nas Faculdades de direito, em relação à dogmática e aos objectivos jurídicos práticos era ainda visível na metodologia proposta e nos objectivos últimos da disciplina.

Quanto à metodologia, entendia-se que a história jurídica devia tratar «juridicamente» o seu objecto (9). Trabalhar juridicamente a história do direito seria orientar a atenção para o «momento jurídico», para o momento da regulamentação, da ordenação, da valoração; e não para a realidade social a regular ou para as razões sociais, políticas, económicas ou culturais porque se adoptou uma certa regulamentação. Subjacente a esta proposta metodológica está a ideia de que a «razão jurídica» (o «espírito jurídico») é uma arte (um saber-fazer), apreensível através de um contacto contínuo com experiências de aplicação do direito. A história do direito seria, então, uma forma de alargar esse contacto; desde que esta fosse feita «em função do Direito», ou seja, desde que esta colocasse no seu centro de interesse a resposta do direito (desde as normas à construção jurídica) às mutáveis situações da vida (10). E não, por exemplo, as respostas da vida às soluções do direito (i. e., as formas *praeter* ou *contra legem* [= direito oficial] de ordenação da vida social), as exigências da vida em relação ao direito ou ainda a arqueologia (social, cultural, simbólica) das soluções jurídicas. Daí que a história que não fosse susceptível de um aproveitamento dogmático (i. e., que não servisse para ensinar o direito) estivesse morta, como diz García-Gallo.

Esta última observação permite esclarecer a questão dos objectivos da história jurídica, tal como eles eram entendidos nas Faculdades de direito. Para muitos jus-historiadores eles eram, intencionalmente, os de tornar rentável para o presente a experiência jurídica do pasado, de pôr à disposição dos juristas de hoje o *thesaurus* das soluções ensaiadas ontem. Mas ainda quando os jus-historiadores se abandonavam a modelos historiográficos menos empenhadamente dogmáticos (= didácticos), a história jurídica cumpria uma importante função de legitimação do direito em vigor: (i) mostrando como o direito actual constituía a consumação de um longo processo de «racionalização» e «humanização» das relações sociais; (ii) documentando —pelos já referidos processos de retro-projecção— a propecta antiguidade das soluções, dos conceitos e dos dogmas dos juristas; (iii) insinuando o carácter a-histórico, «natural» —ou porque derivado da razão humana

(9) A «história do direito ocupa-se de questões jurídicas, e estas devem ser tratadas juridicamente; para a história do direito é matéria morta a que não pode ser tratada dogmaticamente», escrevia A. GARCÍA-GALLO («Historia, derecho y historia del derecho», *A.H.D.E.*, 23 (1953) 19. No mesmo sentido, em Portugal, por último, MARTÍM DE ALBURQUERQUE, «O ensino da história nas Faculdades de Direito. A história das instituições», *R.F.D.U.L.*, 25 (1934), 109 ss. (max. 137 ss.).

(10) Este projecto historiográfico é dificilmente destacável de uma filosofia hermenéutica da história, em que esta é entendida como um diálogo entre o historiador e o homem objecto da história, baseado e tornado possível por uma continuidade transtemporal do humano. V. sobre isto, o meu artigo «O direito e a história», *R.D.E.S.*, (...)... Tais pontos de vista estão hoje muito abalados pela ideia de «ruptura histórica».

(jusracionalismo), ou porque ligado à natureza do homem e da sociedade (jurnaturalismo) ou porque ínsito numa espécie de «lógica material» das relações humanas (*natura rerum, Natur der Sache*)—, dos dogmas e dos institutos do direito oficial e letrado.

Um exemplo muito impressionante deste entendimento é dado pela posição de um dos decanos da história jurídica alemã, Hans Thieme, num artigo publicado há alguns anos («L'histoire du droit et la science juridique», em *História do direito e ciência jurídica. Homenagem póstuma a Guilherme Braga da Cruz*, Porto 1977, 57 ss.). Através de exemplos, o autor ilustra aí o tipo de utilidade que a história do direito pode ter para os juristas. Assim: (i) o estudo da concorrência dos direitos comunitários, régios e comunais com os direitos particulares sobre a terra, no direito medieval, poderia inspirar o jurista actual na regulamentação do imposto sobre mais-valia fundiária (*Plannungswertausgleich*); (ii) o estudo do significado histórico de expressão «potestas paterna» (poder paternal) mostraria os equívocos daqueles que querem substituir a expressão, no direito positivo, por uma menos «autoritária» (como, v. g., «Sorge» ou «droit de garde»); (iii) a divulgação da tradição jurídica europeia permitia estabelecer na consciência colectiva a ideia da existência de um dever de desobedecer ou de resistir a ordens imorais. Qualquer que seja o interesse heurístico do recurso à história do direito (como fonte de «sugestões» para a regulamentação positiva) é claro que o que ressalta nestes três exemplos é a função legitimadora da história em relação a soluções, boas ou más, que os juristas do presente pretendem implementar —ou impedir, como em (ii). Mas tudo isto se faz na base de aproximações superficiais, que ignoram os contextos dos institutos ou conceitos históricos, falsificando-os, portanto. Qualquer que seja a utilidade destas *démarches* para o jurista, do ponto de vista histórico elas contribuem para promover uma visão errada do passado, fazendo supor, por exemplo, que os direitos comunitários medievais sobre a terra têm o mesmo sentido (social, económico, político e cultural) que as actuais limitações ao direito de propriedade. Nada, de facto, mais anacrónico do que a seguinte afirmação sintetizadora de H. Thieme —«A história do direito teve, assim, a ocasião de fornecer soluções, que pareciam há muito ultrapassadas, mas que antes se tinham revelado eficazes. Estas soluções correspondiam à imagem de uma ordem social moderna. O historiador do direito conhecia-as graças a estatutos e documentos; apenas tinha que as comunicar aos seus colegas do direito em vigor» (ibid., 68) (11).

(11) Note-se que estas restrições quanto à legitimidades da utilização dogmática da história do direito não prejudicam o interesse da sua inclu-

Tudo o que fica dito, explica as linhas fundamentais de evolução da história jurídica e institucional no seio das Faculdades de direito, nomeadamente: (i) a sua dependência em relação aos modelos conceptuais da dogmática jurídica; (ii) a sua quase exclusiva atenção ao direito oficial e letrado; (iii) a sua atracção pelas questões jurídicas que estão no centro da problemática do direito actual; (iv) o seu formalismo, ou seja, a permanente dissociação entre o direito e o seu contexto social («ideia da separação», *Trennungsdenken*); (v) a sua dependência dos modelos «documentalistas», «anedóticos» e «centrados sobre o sujeito» da história positivista.

Uma exposição mais detalhada, de que aqui se tem que prescindir (12), mostraria que, mesmo as manifestações mais vivazes —nos finais do século passado e nos inícios do presente— de orientações sociológicas ou institucionais se relacionam, ainda, com problemas surgidos ao nível da prática do direito ou da prática teórica da sua ciência. Assim, é difícil deixar de relacionar as propostas no sentido de se estudar (também do ponto de vista histórico) o «direito vivido» (*lebendes Recht*, E. Ehrlich) com a crise do direito liberal e das orientações doutrinárias nele baseadas (exegética e pandectística). Crise provocada pelo advento da «questão social» e das doutrinas socialistas, umas e outras mostrando as insuficiências do direito e da doutrina oficiais como instâncias reguladoras (13). Do mesmo modo, a «volta à história» (e à filosofia do direito) no último pós-guerra, sobretudo na Alemanha, foi imediatamente provocado pela crise de uma ordem jurídica positiva acusada de não ter resistido eficazmente ao totalitarismo. Essa referência ao brilho da tradição jurídica europeia, como longo trabalho de imposição da justiça ao poder, é o sentido explícito dos livros epocais de P. Koschaker —um romanista— e de F. Wieacker —um germanista (14).

ção na formação dos juristas. Pelo contrário. Como se dirá mais adiante, a história jurídica desempenha, com a sociologia do direito e com a antropologia jurídica, um papel fundamental numa compreensão crítica do direito, indispensável aos juristas.

(12) V., para Portugal, o meu artigo «Historiografia jurídica e política do direito...», cit.

Para a Europa, em geral, v. [Hist. inst. n. 7, p. 18: o art.º de Scholz já foi publicado, *RPH*, 3 (1931), 217-252; acrescentar, J. POUMARADE, «Pavane pour une histoire du droit defunte (sur un ventanaire oublié», *Procés. Cahiers d'analyse politique et juridique*, 6 (1980), 91-102; «Rechtshistorie in Frankreich. Ein Literatur- und Forschungsbericht», *Zeits. f. neuere Rechtsgeschichte*, 1981, 50-63].

(13) V., para a génese da Escola do Direito Livre, H. ROTHLEUTHNER, «Drei Rechtssoziologen: Weber, Ehrlich, Sinzheimer. Zu der Ursachen ihrer Gleichzeitigkeit und unterschiedlichen Ausrichtung», comunicação ao *Internationales Kolloquium zur historischen Soziologie der Rechtswissenschaft*, em *Ius commune. Sonderheft n.º*

(14) P. KOSCHAKER. *Europa und das römisches Recht*, Berlin, 1947; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1952.

2. A história jurídica e institucional fora das Faculdades de Direito.

Fora das Faculdades de Direito, a história do direito e das instituições teve uma evolução diferente, quer quanto ao seu objecto, quer quanto aos métodos e quanto ao sucesso.

Aquí a tradição historiográfica não esteve tanto ligada às preocupações actualistas quanto aos contextos políticos, ideológicos e teóricos em que a prática científica dos historiadores se desenrolava.

Em Portugal, o contexto político-ideológico foi determinante, por exemplo, na projecção para o primeiro plano historiográfico de temas como as cortes, o município ou as corporações. No tempo, as revoadas de interesse por estes temas correspondem: ou à discussão política em torno das alternativas tradicionalistas ao parlamentarismo (António Sardinha —na esteira do Visconde de Santarém—, Marcello Caetano), ou ao período áureo da ideologia municipalista e corporativista do «Estado Novo» (Torquato de Sousa Soares, Marcello Caetano, Franz-Paul de Almeida Langhans). A própria temática das instituições feudais não deixou de beneficiar do contexto historiográfico das comemorações do «Duplo Centenário» (1940), sobretudo em virtude das discussões em torno da natureza jurídica da concessão do condado portugalense. O mesmo aconteceu noutros países.

Aquí interessa-nos, no entanto realçar a influência dos contextos teóricos, entendo por tal, as teorias dominantes acerca de sociedades e do poder. Ainda quando não sistemática e rigorosamente apreendidas, elas geram uma certa «pré-compreensão» da realidade histórica que orienta tanto a escolha dos temas como a adopção de grelhas de apreensão e de modelos explicativos.

No último século de história institucional e jurídica, o primeiro modelo de valoração dos fenómenos de poder foi a teoria política estadualista-liberal, tal como foi desenvolvida pelos politólogos e juristas da III República francesa ou do II Império alemão. O Estado era concebido como centro exclusivo do poder, de acordo com a ideia de separação entre «Estado» e «sociedade civil»; dentro do Estado, o poder estava sediado nos órgãos políticos ou órgãos de soberania, daqui emanando, por delegação, para os órgãos inferiores, sendo a actividade administrativa considerada como meramente executiva e despida de dignidade política; o Estado visava a prossecução do interesse general, por isso lhe competindo exercer uma função de arbitragem e de racionalização das relações sociais (15). A historiografia que se inspirou neste modelo, dedicou-se, sobretudo, ao estudo dos momentos formais e estatais do poder, adoptando, normalmente, os quadros e as cate-

(15) Sobre a teoria estadualista-liberal do Estado e do poder v., por todos, J. CHEVALIER & I. LOSCHACK. *Science administrative. Théorie générale de l'institution administrative*, Paris, 1978, I, *maxime* 183-186, 246-258.

gorias da teoria política estatista-liberal: história da constituição, do poder real, das cortes, da «administração pública»; enquanto que, ao abordar os aspectos jurídicos da vida social, os historiadores caíam normalmente no erro de confundir o direito com a lei, ignorando quer as normas consuetudinárias e jurisprudenciais, quer o poder inovador e modificador da doutrina. O discurso histórico caracterizava-se, assim, por um acentuado formalismo, que se combinava com uma atenção exclusiva pela curta duração e com uma metodologia de cunho positivista.

O modelo liberal da análise do poder foi objecto de crítica por parte de várias correntes que, sendo diferentes no seu desenvolvimento, tinham em comum o facto de criticarem, justamente, o seu carácter «idealista» ou «metafísico».

a) *O marxismo.*

Neste sentido é, desde logo, a crítica marxista, ao conceber o Estado não como uma entidades ordenadora da sociedade civil, mas antes como uma ordem segregada pelas relações sociais, nomeadamente pelas relações sociais de produção; não como o prossecutor neutral de um interesse comum, mas como o garante da preservação e reprodução dos interesses das classes dominantes.

Ao contrário do que deixam supor muitos dos seus expositores (marxistas ou não), a teoria marxista do direito e do Estado está muito longe de ser unânime ou monolítica. Nomeadamente, a relação entre base económica e superestrutura política é concebida de diversas formas. Uns autores (v. g., P. I. Stutchka, 1865-1932) realçam o aspecto «derivado» do Estado e do direito, que reflectiriam objectivamente, nas suas instituições e nas suas normas, o poder de repressão e exploração das classes dominantes, nas condições em que estas o exercem (o Estado como «resumo oficial das contradições de classe»). Nesta perspectiva, as ideias fundamentais são as de «reflexo» e de «função objectiva», pelo que o papel constitutivo do Estado e das instituições, bem como os momentos intencionais do político, são pouco valorizado. Outros autores (v. g., A. J., Vichinsky, 1883-1954) destacam sobretudo o papel «constitutivo» do Estado como instrumento da classe dominante (mais do que como um «resumo da contradição das classes»). Aqui, o *leit-motiv* é dado pela ideia de «instrumento», enquanto que a explicação histórica recorre muito mais a ingredientes subjectivos e intencionais. Qualquer destas duas orientações reduz a autonomia do nível jurídico e institucional, transformando-o num «reflexo» ou num dúctil «instrumento» de perfis de evolução situados a outro nível (a economia ou a luta política); daí a tendência de algum marxismo (baseado numa enigmática frase de K. Marx na ideologia alemã —«o direito não tem história»)

para duvidar da autonomia de uma história institucional e jurídica (16).

As últimas correntes no seio do marxismo justamente as que hoje aparecem como mais aceites e produtivas —têm procurado corrigir este reducionismo das anteriores análises («economicistas», «instrumentalistas») do Estado e do direito. Seguindo ideias-força que vêm da linguística e da análise estilística (17), mas que foram postas em destaque pelo estruturalismo dos anos 60 e 70, estas novas orientações dirigem a sua análise do Estado e do direito para os seus momentos formais (v. g., no Estado e direito capitalistas, a generalidade e abstracção; no direito feudal, o «privilégio» e o particularismo) e procuram relações de homologia (18)— ou mesmo de «funcionalidade» (19) entre estas formas jurídicas e políticas e a forma das relações económicas. Esta perspectiva permite, não apenas evitar a dissolução da história institucional e jurídica na história económica ou política, mas ainda valorizar níveis latentes de significação e dar conta, com isso, da complexidade das relações sociais do direito e das instituições. Na verdade, às instituições são socialmente significativas não ape-

(16) Sobre a análise jurídica e política do marxismo v., como síntese, com outras referências bibliográficas, o meu artigo «O materialismo histórico na história do direito (Notas sobre bibliografia recente», em António M. HESPANHA, *A história do direito na história social*, Lisboa, 1978, 9-69 e, ainda, U. CERRONI, *O pensamento jurídico soviético*, trad. port., Lisboa, 1976.

(17) Mas também da teoria do direito de um clássico do pensamento jurídico marxista, o soviético E. B. Pachukanis (1831-1937), sobre o qual U. CERRONI, *O pensamento jurídico soviético*, trad. port. Lisboa, 1976, 63 ss.

(18) Por exemplo, a generalidade e abstracção da lei como forma homológica da generalidades e abstracção da mercadoria nas relações económicas capitalistas. A homologia explicar-se-ia pela vigência de uma espécie de *episteme* prática gerada pelo mercado (v., v. g., U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1972). Um modelo explicativo idêntico é o do estruturalismo genético nos estudos literários (teorizado por L. Goldmann) —v. g., o estilo literário frívolo (i.e., sem pretensões de verdade ou de seriedade) que dominava os salões franceses ao fim de século, frequentados por uma sociedade de nobres e *rentiers*, reflectiria uma matriz mental dominada tanto pelo mercado capitalista de mercadorias desprovidas de um valor essencial (valor de uso) e apenas medidas pelo valor externo de troca, como pela prática económica parasitária de rentistas e financeiros, vivendo num mundo de títulos de riqueza imateriais e abstractos (as acções e os títulos de crédito)—, cfr. P. ZYMA, *L'ambivalence romanesque. Proust, Kafka, Musil*, Paris, 1980; resumido pelo mesmo autor em *Textsoziologie*, Stuttgart, 1980, 100 ss.

(19) Por exemplo, as funções da «forma» do direito e das instituições estatais no processo de reprodução do capitalismo —a generalidades e abstracção das relações jurídicas e políticas como condições da generalização da economia de mercado, da livre venda da força de trabalho e da ocultação das relações de exploração (são os tópicos da análise do Estado capitalista da nova geração marxista alemã—. J. Hirsch, E. Altvater, C. Offe; bem como, em França, das de G. Deleuze e F. Guattari e J.-M. Vincent). Note-se que, aqui, a identificação das funções das instituições é precedida por uma sua análise formal ou estrutural, destinada a tornar manifesto o nível mais profundo a que elas desempenham a sua função sócio-política.

nas enquanto prescrevem comportamentos —i. e., no plano das suas normas manifestas—, mas também enquanto corporizam esquemas implícitos —i. e., não explícitos em normas, mas «inculcados» pela própria estrutura das instituições— de classificar, de ordenar, de apreender e de agir, esquemas esses que, radicando na prática, a conformam também. Muito daquilo que os historiadores economicistas apressadamente classificam como «subtilezas jurídicas» —construções doutrinárias, formulários e formalidades, ritos, maneiras de dizer e distinções especiosas— constitui, pelo contrário, preciosas manifestações das tais formas latentes de impôr atitudes ou comportamentos. Estamos perante um fenómeno comum a outras produções simbólicas: também a linguagem não se esgota nos sentidos manifestos (denotação), antes contém níveis sucessivamente mais profundos de sentido (conotação: elementos estilísticos, elementos rítmicos, etc.) (20).

O que acabe de ser dito aponta para a utilidade de aplicar à história das jurídico-institucional muitos dos conceitos e métodos desenvolvidos pela linguística e pela semiótica.

Não apenas —embora isto também seja muito importante— no sentido de que, estando frequentemente o direito contido em textos, estes devam ser sujeitos a um tratamento metodológico que respeite a sua «opacidade», ou seja, que não os reduza a meros depositários de um «pensamento» que os precede ou a meros reflexos de uma «realidade» (de «coisas») que está para além deles (20a). Os juristas estão, de resto, familiarizados com esta ideia de que os textos são portadores de um sentido próprio, decorrente da sua inserção num contexto textual mais vasto e que se não reduz às intenções dos autores. Não é outra a ideia subjacente à chamada «interpretação objectiva» ou «sistemática». Mas, frequentemente, os historiadores do direito esquecem isto, subordinando a interpretação histórica às categorias «subjectivas» de intenção», da «influência», etc. (206).

(20) Já E. B. Pachucanis escrevera: «Se nos eximirmos à análise dos conceitos jurídicos fundamentais, obtemos apenas uma teoria que nos explica a origem da regulamentação jurídica com as exigências materiais da sociedades e, portanto, a correspondência das normas jurídicas com os interesses materiais desta ou daquela classe social; mas a regulamentação jurídica em si, não obstante a riqueza de conteúdo histórico que englobamos neste conceito, fica por explicar como forma» (cit. por U. CERRONI, *O pensamento...*, cit., 67).

(20a) Esta ideia da «espessura» dos textos é património comum da linguística e da teoria literária. O mesmo se diga da ideia de que o sentido de um texto é dado pelo seu contexto textual (pelos outros textos com os quais ele entra em relação, em função de um certo sistema de referências-«intertextualidades»). Para citar dois autores que me parecem muito impressivos, M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, 1969; P. V. ZYMA, *Textsoziologie*, Stuttgart, 1980 (onde são citados os «fundadores»: M. Bachtin, P. M. Medvedev, A. J. Greimas, J. Kristeva, cujos textos principais fo-

Mas sobretudo no sentido de que o direito como ordem significativa, que valora (i. e., dá um significado) a relações da vida —pode ser, em si mesmo, tratado como um —ou mais (20c)— sistema simbólico e sujeito a uma análise semiótica. Em que as suas valorações fossem: (i) ou relacionadas umas com as outras (análise sintáctica); (ii) ou relacionadas com os «objectos» valorados, as relações sociais (análise semântica); (iii) ou relacionadas como as condições da prática simbólica (= condições da prática jurídica: estatuto institucional, social, etc., dos agentes, condições da produção jurídica, relações entre locutores e auditório) (análise pragmática) (20d).

A mesma reacção contra a redução economicista do direito e das instituições foi defendida pelo marxismo althusseriano, através das teorias da «dominação em última instância» e da «sobre-determinação». A primeira insiste em que os diversos elementos super-estruturais têm uma espessura própria, obedendo a lógicas autónomas de evolução. Com isto, não apenas resistem à determinação da infra-estrutura (efeito «de resistência» ou «de refração»), como actuam sobre a base (efeito «de retorno» ou «de *feedback*»). Então, a causalidade social que liga os vários níveis da prática social é, não de tipo mecânico e unilateral, mas de tipo estrutural e recíproco. A dominância dos factores económicos não se verifica senão ao nível de equilíbrio do sistema global, «em última instância». A teoria da sobre-determinação é um afinamento da ideia anterior. Basicamente, ela insiste na ideia de que, numa sociedade, existem vários níveis da prática humana, cada qual consistindo num processo social de produção de efeitos autónomos (efeitos económicos, políticos, jurídicos, ideológicos). Como todos os processos sociais de produção, cada nível da prática não só condiciona, pela sua estrutura, os efeitos produzidos, como gera as suas próprias contradições. Embora, ao nível da sociedade global, todas estas práticas se encontrem sujeitas a um certo inter-relacionamento, às determinações de uma lógica estrutural de todo e às tensões das «contradições principais» da sociedade, a autonomia do processo produtivo em desenvolvimento em cada nível faz com

ram reunidos pelo mesmo P. V. ZYMA, ed., *Textsemiotik als Ideologiekritik*, Frankfurt/Main, 1976).

(20 b) Um exemplo de uma história não subjectiva de um conceito é pelo livro de P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano, 1969.

(20 c) O direito «objectivo» constituindo um sistema (uma linguagem); o direito «doutrinal» constituindo outro (uma como que meta-linguagem).

(20 d) V., com indicações bibliográficas ulteriores, a especificação por mim feita em «O materialismo histórico na história do direito», em *A história do direito na história social*, Lisboa, 1978, *máxime* 28 ss.

que este seja «sobre-determinado» (i. e., determinado por sobre as determinações globais) pelas condições da sua prática (21).

Uma manifestação muito interessante, no domínio que nos interessa, desta ideia de autonomia das práticas foi uma nova valorização pelo marxismo dos aspectos materiais de exercício do poder, dos meios de produção do poder, e das determinações e contradições que se desenvolvem no seu seio. De uma visão predominantemente instrumental, o marxismo tem evoluído para posições teóricas que sublinham a autonomia dos mecanismos do poder, quer dos que se situam no interior do Estado e actuam sobretudo pela coerção (burocracia, exército, polícia, tribunais), quer dos que se situam «fora» deste, actuando pela persuasão ideológica (escola, igreja, sindicatos, família, etc.). A importância que isto teve no alargamento do objecto da história jurídica e institucional para além do âmbito clássico do Estado não pode deixar de ser realçado (22).

O impacto do marxismo sobre a história institucional e jurídica foi menor do que noutros domínios historiográficos. Isto em virtude do facto de, até ao fim dos anos sessenta, terem predominado correntes marcadamente economicistas e, logo, tendencialmente redutoras da especificidade e autonomia do poder e do direito. A historiografia marxista dirigia-se, sobretudo, para a crítica do formalismo e do idealismo da história jurídica e institucional tradicional, realçando a íntima ligação entre o direito, o poder e a sociedade, nomeadamente, as relações sociais de produção. Por detrás das normas e das categorias jurídicas eram apenas procuradas as suas determinantes ou as suas funções sociais e económicas.

Um exemplo típico foi o tratamento que se deu à questão «do feudalismo». Contra a historiografia tradicional, que o encarava como uma forma jurídica de organização das relações de poder, a historiografia de inspiração marxista definiu-o como um sistema de relações sociais de produção e de exploração económicas, afirmando a sua existência sempre que tal matriz de relações existisse, independentemente dos modelos jurídicos com que fosse construída (23). Outro exemplo é o da definição do «Estado absolutista», em que à questão da sua natureza «feudal» ou «burguesa» foi frequentemente colocada em termos tais que se substituiu a análise da própria «forma» do sistema político por questões

(21) V., por todos, o meu citado artigo «O materialismo histórico...», 17 ss.; para os aspectos político-institucionais, no mesmo sentido, J. CHEVALIER & I. LOSCHAK, *Science administrative...*, cit., 258; num e noutro lado, indicação de fontes e bibliografia.

(22) V., sobre esta noção de aparelhos de Estado, L. ALTHUSSER, *Idéologie et appareils idéologiques de l'Etat*, Paris, 1970; N. POULANTZAS, *Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste*, Paris, 1968. Em ambos, é decisiva a influência de A. Gramsci e de M. Weber.

como a proveniência social dos detentores do poder (visão instrumentalista) ou a função económica da regulamentação emanada do Estado (visão economicista) (24). Um exemplo final é o da interpretação sociológica da recepção do direito romano, que então normalmente se centrou na questão da funcionalidade ou disfuncionalidade do direito romano em relação ao desenvolvimento das relações capitalistas (25).

A partir dos anos sessenta, o alargamento do fôlego da análise jurídico-institucional marxista —a partir dos contributos de A. Gramsci, de L. Althusser, de N. Poulantzas, do marxismo inglês (R. Hilton, Ed. Palmer Thompson), alemão (J. Habermas, W. Abendroth, H. Rottleuthner, Th. Blanke), italiano (U. Cerroni, P. Barcelona, S. Rodotà, D. Zolo)— permitiram uma influência renovadora do marxismo na história institucional e jurídica, embora muitas vezes não se possa contabilizar (nem isso é muito importante) aquilo que provém do marxismo ou de outras orientações metodológicas convergentes.

b) *O institucionalismo.*

Sob a etiqueta de «institucionalismo» agruparemos todo um leque de correntes sociológicas que destacam o carácter espontâneo, «não-oficial», pré-estadual, da ordem jurídica.

Esta ideia surgiu, ainda no séc. XIX, com a crítica de A. Comte (1798-1857) e de E. Durkheim (1858-1917) ao formalismo («metafisismo») da teoria jurídica e política liberal. O segundo, com grande influência em França (nomeadamente nos meios universitários de juristas e historiadores) considerava a organização jurídica da sociedade como repousando, não no acordo de vontades individuais (como queria o contratualismo voluntarista) ou no constrangimento estadual (como queria o normativismo), mas nas solidariedades sociais profundas provenientes da especialização e da divisão das funções sociais. As normas jurídicas, corporizadas em instituições, seriam, assim, «coisas objectivas», indisponíveis e trans-individuais (26). Nesta esteira seguiu M. Hauriou (1856-

(23) Sobre o problema do feudalismo em Portugal, com justas críticas a uma certa interpretação marxista, v. J. MATTOSO, *Identificação de um país. Ensaio sobre as origens de Portugal (1096-1325)*, I, 47 ss.

(24) V., sobre este tema, o meu artigo «O Estado absoluto. Problemas de interpretação histórica», em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, II, Coimbra, 1980, ou prefácio a *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Coleção de textos*, Lisboa, 1984, maxime 42 ss.; com bibliografia suplementar.

(25) V., sobre o problema, a minha *História...*

(26) Sobre E. Durkheim, v., por todos, A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit*, Paris, 1981, 114 ss.; com informações sobre as escolas positivistas, institucionalistas ou realistas francesas dele decorrentes (L. DUGUIT, 1859-1928: *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901; G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 1904; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique (histoire et théorie)*, 1910; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, 1899).

1929), a quem se deve uma desenvolvida teoria da instituição com grande influência nos meios jurídicos (27). Hauriou definiu a instituição como «uma ideia de obra ou empreendimento que encontra realização e consistência jurídica duráveis num meio social» (27). Os traços principais do conceito institucionalista de ordem jurídica estão lançados —a ordem jurídica é anterior e mais vasta do que a ordem estadual, abrangendo todas as formas permanentes (trans-individuais) de organização que visem dar realização a um objectivo (a uma ideia); as instituições são objectivas e indisponíveis, não resultando nem sendo modificáveis por actos de vontade (dos indivíduos ou do Estado); as instituições são bifrontes: por um lado, consistem em normas jurídicas objectivadas (*institutions-choses*), por outro, em ideias directoras (*institutions-personnes*) que transcendem essas objectivações.

Um impacto durável entre os não juristas teve, neste mesmo sentido de destacar os aspectos «não oficiais» do direito, a sociologia de G. Gurvitch (1894-1945), figura de proa da sociologia francesa contemporânea (28). Tal como, na sociologia de língua alemã, E. Ehrlich (1862-1922) (29), Gurvitch opõe o direito escrito, proveniente do Estado, ao «direito vivo» (*lebendes Recht*), este último ordenando autonomamente os múltiplos círculos de vida social, portador das suas tradições, necessidades e aspirações. Um dos muitos pontos de interesse da sociologia jurídica gurvitchiana é o em fase posto no carácter normativo e transcendente do direito. A realidade social seria algo mais do que as estruturas sociais estabelecidas; os fenómenos sociais conteriam virtualidades de su-

(27) «La théorie de l'institution et de la fondation», *Cahiers de la nouvel. journée*, 1925; *Précis de droit administratif*, 1907; *Précis de droit public*, 1910; sobre ele A.-J. ARNAUD, *Critique...*, 115 ss. Em Portugal, é notória a influência do institucionalismo de M. Hauriou —combinado com o realismo de L. Duguit, de F. Gény, de R. Saleilles e dos institucionalistas italianos (nomeadamente Santi Romano)— sobre os jus-publicistas, a partir dos anos vinte (Fezas Vital e Carlos Moreira; mas também sobre jus-historiadores como M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz); v., por último, o meu artigo «Historiografia jurídica...», cit., 795 ss. e António BRAZ TEIXEIRA, *Filosofia do direito e do Estado*, Lisboa, 1982, polic., 281 ss. Outros receberam antes a influência do institucionalismo alemão (ordinalismo concreto (*konkretes Ordnungsdenken*), protagonizado por C. Schmitt (*Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934), que, num sentido «estadualizante», destacava a inseparabilidade entre as «ordens vitais» e a «garantia institucional ou constitucional» dada por um acto de vontade do Estado. Tal é o caso, sobretudo, de L. Cabral de Moncada, M. Caetano, A. Rodríguez Queiró.

(28) Sobre G. Gurvitch, A.-J. ARNAUD, *Critique...*, 120 ss. (com muitas outras indicações bibliográficas).

(29) *Soziologie des Rechts*, 1913. E. Ehrlich foi o representante mais conhecido da «Escola do direito livre» (*Freirechtsschule*, *Freirechtswegung*), com grande influência na sociologia jurídica europeia e norte-americana, (*realistic school* e *sociological jurisprudence*, orientadas para um estudo sociológico do direito aplicado pelos tribunais): Rescoe Pound, Oliver W. Holmes Llewellyn, Benjamin Cardozo (*real rule v. paper rules, law in action v. law in the books*). V., por todos, F. WIEACKER, *História...*, 670 s.; A.-J. ARNAUD, *Critique...*, 97 ss.

peração do existente, num contínuo movimento de estruturação e reestruturação (*Dialéctique et sociologie*, 1952). A sociologia do direito (à história do direito) competiria justamente o estudo deste momento transcendental da realidade social —o «direito», concebido como um momento propulsor (estruturante), mas engendrado pela vida dos grupos e pelas aspirações de justiça que esta gera (*Expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, Paris 1935). Para além disto, com G. Gurvitch obtém-se um tratamento teórico mais acabado do pluralismo jurídico e político. Ao contrário de Durkheim, que ligava a génese do direito, não, de certo, ao Estado», mas, de qualquer modo, a um «ser social» (ou de «consciência colectiva») global, Gurvitch concebe o poder e o direito como poli-centrados, engendrados numa multiplicidade de centros sociais autónomos. Pelo que a sociologia jurídica se deve ocupar dos diferentes tipos de sociabilidade e das suas manifestações jurídicas e institucionais.

A influência destas correntes sociológicas sobre a história institucional foi muito grande, embora nem sempre se tenha baseado em leituras directas ou em aplicações expressas. Quanto a E. Durkheim e a G. Gurvitch, eles influenciaram a generalidade dos historiadores franceses das instituições. Desde uma primeira geração (até à II Guerra mundial), dominada pelos nomes de A. Esmein, P. F. Girard, H. Lévy-Bruhl, do jus-canonista G. Le Bras, de M. Bloch, G. Simiand e M. Mauss, até uma segunda geração —que impôs a substituição da «histoire du droit» pela «histoire des institutions et des faits sociaux» nas Faculdades de direito— de que fazem parte, ainda, G. Le Bras, toda a pléiade de discípulos seus nas Faculdades de Direito, e, fora destas, um nome muito influente na historiografia não especializada —R. Mousnier.

O calcanhar de Aquiles desta orientação tem sido, todavia, o ecletismo e a conseqüente falta de rigor metodológico. Na verdade, o apelo a uma «história social do direito» reúne acordos faceis; o difícil tem sido, no entanto, ultrapassar uma visão impressionista e banal das relações entre o direito e a sociedade e por de pé modelos que descrevam de forma rigorosa as inter-determinações entre o jurídico e o social. Frequentemente, esta «história social do direito» esgotou-se em banalidades sobre as raízes sociais das instituições, em explicações em que o direito foi grosseiramente reduzido a uma função ou a um reflexo da sociedade, ou numa descaracterização temática e metodológica em que os momentos específicos do direito e das instituições —tão realçados por G. Gurvitch— foram trocados pelos aspectos sociais externos das instituições ou da vida do direito.

Exemplos destes equívocos: estudar as origens sociais dos juristas numa certa época; ou as ligações político-económicas dos membros de um conselho ou assembleia; ou as transformações de matriz fundiária numa certa região; ou a

evolução dos salários e os movimentos grevistas num certo ramo da indústria; ou o comportamento eleitoral em certo período; ou os grupos e arranjos parlamentares numa certa conjuntura; ou as representações da morte contidas nos testamentos; ou as consequências sociais dos morgadios ou da desamortização; nada disto parece tocar o núcleo duro da história do direito ou das instituições. Pois os momentos jurídicos e institucionais são, aqui, puramente ocasionais e laterais em relação ao objecto da análise. Por outro lado, a «introdução» sobre o «contexto social e económico», de preceito em qualquer estudo «social» do direito (ainda que depois, descarregada a consciência, se engrene numa descrição secamente dogmática) também não basta para que se faça «história social do direito», pois esta exige um entrosamento contínuo entre o nível do direito e das instituições e os outros níveis da prática social; tudo isto, está bem de ver, segundo um modelo metodológico rigoroso e verificável.

Seja como for, o balanço final dos resultados desta preocupação pelos aspectos «sociais» do direito e das instituições é positivo pois, apesar do sincretismo ou indecisão metodológicos, foram produzidos, em toda a Europa, contributos importantes para a superação da história formalista e dogmática e para um melhor conhecimento das vinculações entre o direito e a sociedade.

A influência historiográfica da Escola do direito livre, essa, foi talvez mais rigorosa e importante. Desde logo, a ponte foi feita por um notabilíssimo historiador do direito, H. U. Kantorowicz, autor de uma célebre obra sobre o simbolismo político medieval (*The king's two bodies*, 1922; outros escritos, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewaltete Schriften*, 1962). Por outro lado, ainda por intermédio, sobretudo, de Kantorowicz, esta Escola influenciou profundamente a teoria anglo-saxónica do direito, tanto na vertente socio-antropológica, como na vertente jurídica (29).

Na vertente socio-antropológica, a influência do «pluralismo» de E. Ehrlich, combinada com o contributo da literatura antropológica sobre as sociedades não europeias, provocou uma atenção generalizada para as formas jurídicas e institucionais «não estatais», não só nas sociedades ditas primitivas, mas também nas sociedades históricas europeias e, mesmo, na sociedade actual (v. *infra*).

Na vertente jurídica, a influência da *Freirechtsschule* levou a centrar a atenção dos juristas no «direito real»; que, em sistemas jurídicos como o inglês e o norte-americano (*common law*), é, sobretudo, um direito jurisprudencial (*case made law*). Daí a identificação entre «direito» e «decisões dos tribunais» e a proposta de uma ciência (e história) do

(29 bis) V. R. TREVES, «Two sociologies», *European yearbook in law and sociology*, 1977, 121-131.

direito voltada para a prática dos tribunais, estudada segundo uma metodologia empírica e behaviourista (*sociological jurisprudence*). Esta orientação não deixou de ter consequências no domínio da história do direito, onde produziu uma literatura dedicada ao estudo da justiça e do direito praticado pelos tribunais, interessada, tanto em explicar sociologicamente o comportamento judicial, como em avaliar o seu papel na conformação da sociedade (v. *infra*).

A historiografia inglesa —mais atenta ao ambiente social do direito, na tradição da «constitutional history» (29a)— produziu uma série de importantes monografias em que as estruturas institucionais e jurídicas são relacionadas com o contexto político-social, em domínios tão variados como a história político-constitucional, história da propriedade territorial ou história da família (30).

A historiografia alemã, embora dominada por uma literatura histórico-jurídica de pendor «dogmático» (*Dogmengeschichte*), conheceu correntes que procuraram superar este formalismo, seja no sentido de uma compreensão «culturalista» do direito (F. Wieacker), seja no sentido de uma orientação «sociológica», fundada ou na tradição do «sociologismo» da Escola histórica alemã (F. C. v. Savigny, 1779-1861) (31) ou no legado weberiano, a que adiante nos referiremos (32).

Em França, o estudo «social» do direito e das instituições produziu, ademais das obras e autores já citados, uma série de trabalhos no domínio da história social dos juristas ou oficiais públicos (G. Pagès, M. Antoine, F. Bluche, J. Ph. Genet, F.X. Emmanuelli) e das estruturas administrativas (M. Bordes, D. Richet, P. Goubert, B. Guenée, P. Legendre). O destaque pertence, seguramente, a R. Mousnier e ao seu grupo de investigação sobre os aspectos sociais do regime dos ofícios públicos (*La venalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 1945; *Problèmes de stratification sociale. Actes du colloque international*, 1956) (33).

(29 a) W. STUBBS, *The constitutional history of England*, 1878; F. POLLOCK e F. MAITLAND, *The constitutional history of England before the time of Edward I*, 1923; *Constitutional history of England*, 1955.

(30) Sobre a historiografia inglesa, v., por último J. A. ESCUDERO LÓPEZ, «La historiografía general del derecho inglés», *A.H.D.E.* 35 (1965), 217-356; Aurelio MUSI (ed.), *Stato e pubblica amministrazione nell'Ancien Régime*, Napoli, 1979, 79 s.

(31) Sobre esta escola, que via no direito uma emanção do «espírito do povo» (*Volksgeist*), v. F. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, Lisboa, 1980, 397 ss.

(32) Sobre a história jurídica alemã, v., por último, A. MERCHAN-ALVAREZ, «La historia del derecho en Alemania: bibliografía general, centros de investigación y enseñanza de la disciplina en las Facultades de Derecho», *A.H.D.E.*, 45 (1975), 641-684.

(33) Sobre este grupo v., sobretudo, A. MUSI (ed.), *Stato e pubblica amministrazione...*, cit., 49 ss. Sobre a historiografia francesa do direito e das instituições v. a anterior nota 12.

Em Itália, uma idêntica orientação desenvolveu-se a partir da guerra, concorrendo com uma vivaz história jurídica de pendor dogmático ou idealista. O alcance temático foi, porventura, mais vasto do que em França: desde a história administrativa e do oficialato (F. Chabod, G. Galasso, G. Astuti, U. Petronio, V. I. Comparato, E. Rotelli e P. Schiera) até à história do discurso jurídico (A. Schiavone, A. Mazzacane, G. Tarello) e das funções sociais dos juristas (M. Sbriccoli, R. Ajello e o seu «grupo de Nápoles», M. Fioravanti), passando pela história da propriedade (P. Grossi) ou repressão penal (M. Sbriccoli, C. Pavarini). Como foi, em general, mais rigorosa a impositação teórica e metodológica (34).

Em Espanha, a influência «institucionalista» da historiografia alemã oitocentista exerceu-se sobre E. de Hinojosa (1852-1919) e seus discípulos (Cl. Sánchez Albornoz, 1893-1984, Galo Sánchez, 1892-1969). São estes que dão o tom, até à guerra civil, à mais importante revista espanhola de história do direito (*An. hist. der. esp.*), então largamente aberta a uma concepção social da história jurídica. Aí publicam historiadores que seguem idêntica orientação (L. G. Valdeavellano, R. Carande, Prieto Bances). Com a guerra civil e a morte ou exílio da maior parte destes, a revista adquire um tom pronunciadamente formalista e dogmático, a que corresponde o pontificado de A. García Gallo. A retomada de uma história social do direito é já dos anos setenta, provindo de uma geração com outros horizontes metodológicos (F. Tomás y Valiente, Mariano Peset, Bartolomé Clavero) (35).

Em Portugal, o institucionalismo influenciou, como já se disse, os jus-historiadores da primeira metade do séc. xx. Não obstante —salvo, porventura, quanto à primeira fase da obra de P. Merêa (anos vinte e trinta) e quanto a alguns momentos da obra de M. J. Almeida Costa—, não se pode dizer que predomine uma história das instituições e do direito particularmente atenta aos contextos sociais (36).

c) A «Escola dos Annales».

A partir do final da II Guerra Mundial, faz-se sentir no panorama historiográfico europeu a influência da «Escola dos Anna-

(34) Sobre a historiografia italiana v., além das obras citadas na n. 12, as informações bibliográficas (na verdade, ultrapassando o quadro italiano), de A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982 e de A. MUSI (ed.), *Stato...*, cit., 121 ss.

(35) V., além da bibliografia citada na n. 12, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1981; M. PESET, Prólogo a Antonio PÉREZ MARTÍN y J.-M. SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen*, Valencia, 1978, VII ss.

(36) V. o meu artigo *Historiografia jurídica...*, cit.

les» (37), cujas ideias-mestras, muito abreviadamente descritas, são as seguintes:

a) superar a história positivista, voltada para a pura descrição de factos isolados (*évènements*), através de um esforço no sentido de surpreender —sobretudo por meio de métodos de investigação massiva e serial— as estruturas mais profundas e mais estaveis (estruturas demográficas, económicas, sociais, cultural-simbólicas, etc.) que explicam os eventos;

b) abater as barreiras que se levantam entre os diversos «territórios» especializados da história (história cultural, demográfica, económica, jurídico-política), de modo a estabelecer uma história global;

c) substituir a uma história sentimental ou impressionista uma história rigorosa e científica, cultivando o sentido de ruptura entre o observador e o objecto observado e utilizando uma utensilagem conceitual e teórica do tipo das ciências humanas (sociologia, linguística, teoria económica, semiologia, psicanálise, etc.);

d) encarar, portanto, a história, não só como uma ciência do passado —i. e., como actividade intelectual que se esgota na erudição ou na busca do exotismo histórico mas como ciência do presente, na medida em que, em ligação com as ciências humanas, investiga as leis de organização e transformação das sociedades humanas.

Se é certo alguns dos *leit-motive* da «nova história» já se encontravam presentes nas correntes institucionalistas antes citadas, o certo é que havia nela elementos novos ou, pelo menos, objecto de uma nova e mais enfática valoração.

O principal era a insistência posta na oposição entre «curta duração» e «longa duração», entre «evento» e «estrutura», entre o manifesto e o subjacente. O que, aplicado à história institucional, obrigaria a transcender o plano superficial dos factos isolados (o documento, a lei, o acto político-administrativo), para procurar as formas profundas e duradouras da organização jurídica. Que havia realidades jurídicas de longa duração parecia evidente; era, desde logo, o caso dos costumes, das categorias do discurso jurídico, das práticas formulárias e judiciárias. As próprias escolas institucionalistas tinham definido as instituições como formas

(37) Sobre a «Escola dos Annales» (e suas «gerações»), J. LE GOFF & P. NORA (eds.), *Faire l'histoire*, 3 vols., Paris, 1974; E. LE ROY LADURIE, *Le territoire de l'historien*, Paris, 1973-1978; J. LE GOFF, *Faire l'histoire*, Paris, 1978; *Annales. French historical method: The Annales paradigm*, Ithaca London, 1976; H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène Nouvelle histoire...*, cit. (polémico, mas bem informado). Sobre as suas implicações na história jurídica, J.-M. SCHOLZ, «Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik», *Ius commune*, núm. espec. *Vorstudien zur Rechtshistorik*, 1977, 1-175; *Atti dell'Incontro su storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Firenze, 1986.

duradouras de organização. Pode, até, dizer-se que, se alguma coisa caracteriza a história institucional —como história das formas permanentes de organização da sociedade (por oposição aos arranjos conjunturais não institucionalizados)— é ser uma história da «longa duração». A tendência dos «novos historiadores» foi, porém, a de apenas procurarem fenómenos de «longa duração» nos domínios do demográfico, do económico e do social (mais tarde, também do cultural e do simbólico), desconhecendo o carácter durável e estruturante dos fenómenos e comportamentos jurídicos (38).

A influência dos «Annales» fez, no entanto, com que, progressivamente, os historiadores do direito procurassem adaptar ao seu domínio os métodos da história massiva e serial: (i) com base nos registos judiciais, estudaram-se os ritmos temporais e as assimetrias regionais da litigiosidade; (ii) a partir da triagem dos processos, investiga-se o perfil evolutivo da criminalidade e da repressão penal; (iii) recolhendo sistematicamente dados biográficos ou registos curriculares averiguam-se os *trends* seculares da formação e da actividade dos juristas; (iv) o tratamento massivo dos actos notariais é utilizado para o levantamento de práticas jurídicas espontâneas; (v) o tratamento massivo de dados sobre as estruturas do oficialato serve de base ao estudo dos mecanismos político-administrativos efectivos (39).

(38) Cobre os novos historiadores e a história jurídica e institucional, v. A. M. HESPANHA, *Une «nouvelle histoire» du droit?*, en *Storia giuridica e dimensione social...*, cit.; e H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène...*, cit., 171 ss.

(39) Alguns exemplos: (i) R. SCHNAPPER, «Pour une géographie des mentalités judiciaires: la litigiosité en France au XIXe. siècle», *Ann. éc. soc. civ.* 1979.2, 399-419; J. J. TOHARIA, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974; R. KAGAN, *Lawsuits and litigants in Castille, 1500-1700*, Chapel Hill, 1981; P. C. TIBAL, «L'exploitation des archives du Parlement de Paris: une méthode et ses résultats», *Ius commune. Sonderheft 7*, 1977, 23-35; D. H. BAKER (ed.), *Legal records and the historian*, 1974; F. RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergericht im 16. Jahrhundert*, I/II, Köln, 1985; (ii) N. CASTAN, *Les criminels du Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire 1750-1790*, Toulouse, 1980; *Justice et répression en Languedoc à l'époque des lumières*, Paris, 1980; M. DA PASSANO, *Delitto e delinquenza nella Sardegna sabauda, 1823-1844*, Milano, 1934; (iii) R. KAGAN, *Students and society in early modern Spain*, Baltimore 1974; J. PH. GENET, «Die kollektive Biographie von Micropopulationen. Faktoralyse als Untersuchungsmethode», *Hist.-sozialwiss. Forschungen. Quantitative sozialwissenschaftliche Analysen von historischen und prozess-produzierten Daten*, 8(1982), 112-144; N. HORN, «Soziale Stellung und Funktion der Berufsjuristen in der Frühzeit der europäischen Rechtswissenschaft», em *Sozialwissenschaft im Studium des Rechtes*, vol. IV, München, 1978, 125 ss.; W. PREST (ed.), *Lawyers in early modern Europe and America*, London, 1981; F. RANIERI, «Vom Stand zum Beruf. Die Professionalisierung des Juristenstandes als Forschungsaufgabe der europäischen Rechtsgeschichte der Neuzeit», *Ius commune*, XIII, 12 ss.; (iv) N. ARNAUD-DUC, *Droit, mentalités & changement social en Provence occidentale. Une étude sur les stratégies et la pratique notariale en matière de régime matrimonial, de 1785 à 1855*, Saint Etienne, 1985; (v) F. CHABD, «Stipendi nominali e busta paga effettiva rei funzionari nell'amministra-

Este tipo de investigações obriga, naturalmente, a usar novas técnicas de tratamento de dados, nomeadamente a informática, já muito utilizada na investigação histórica e, em particular, na história institucional e jurídica. A sua utilidade não se esgota no cálculo estatístico. O tratamento de ficheiros, a elaboração de repertórios e índices, a cartografia automática, a identificação de textos de autor duvidoso, a simulação histórica e a construção de sistemas periciais que realizem a emulação do trabalho intelectual do historiador são outros tantos campos de aplicação possível (40).

d) *A influência da sociologia weberiana.*

A sociologia política e jurídica de M. Weber (1864-1920: *Wirtschaft u. Gesellschaft. Grundriss der verstehender Soziologie*, 1922) constituiu outra reacção contra o formalismo da teoria liberal do Estado. Procurando um ponto de vista «realista» (e não «metafísico» ou «formalista»), Weber parte da ideia de que o poder político se baseia na coação, na possibilidades de impôr comportamentos a outrem (e não no «contrato», no «interesse geral», etc.). Só que uma coação generalizável e durável não pode provir da força bruta e «desorganizada» (*Macht*) (42), mas apenas de um domínio estável, quotidiano e duradouro (*veralltaglich*), generalizável e apoiado por normas, a que chama, justamente, po-

ziona milanese alle fine del cinquecento», *Miscelania in onore di R. Cesi*, Roma, 1958; A. HESPANHA, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político em Portugal - séc. XVII*, Lisboa, 1986.

(40) Sobre as aplicações da informática em história, v., como síntesis (e prescindindo de textos mais antigos), L. FOSSIER, A. VAUCHEZ, C. VIOLANTE, *Informatique et histoire médiévale*, Rome, 1977; D. K. ROWNEY, «The historian and the micro-computer», *Byte* Julho 1982; R. JENSEN, «The microcomputer revolution for historians», *Journal of interdisciplinary history*, XIV.1, 1983, 91-111; A. M. HESPANHA, «A micro-informática no trabalho do historiador», *História e crítica*, 11 (1983-4), 17-27; M. THALLER (ed.), *Die Praxis der Quantifizierung in der österreichischen Geschichtsforschung*, Göttingen-Salzburg, 1984; JOAQUIM RAMOS DE CARVALHO, «Informática e ciências humanas», *Vértice* 467 (1985), 25-36. Sobre problemas mais de ponta, nomeadamente, o uso de sistemas periciais pelo historiador, G. P. ZARRI, «From history to computer science: a formalization of the inferential processes of an historian», *Proceedings of the 6th. International conference on artificial intelligence*, II, Tokyo, 1979; «The use of artificial intelligence techniques in the conception and utilization of an historical data base», *Data bases in the humanities and social sciences*, Amsterdam, 1980; G. LEE et al., «Artificial intelligence, history and knowledge representation», *Computer and the humanities* 16 (1982), 25-34. Outras informações no artigo de J.-Ph. Genet citado na nota anterior. Sobre a informática na história jurídica, v. G. DOLEZALEK, «Computer und Rechtsgeschichte. Einführung und Literaturübersicht», *Ius commune. Sonderheft* 7, 1977, 36-116, onde se abordam, em geral, os problemas postos pela aplicação dos métodos quantitativos à história jurídica.

(42) «A força (*Macht*) significa a possibilidade de, no seio de uma relação social, impôr a sua vontade mesmo contra resistência, qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade» (*Gesellschaft und Wirtschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*, Köln, 1964, I, 38).

der (*Herrschaft*) (43). O poder é, assim, apoiado em formas duráveis de organização social (instituições), que não só fornecem os meios materiais do seu exercício duradouro (*Zwangsmittel*: estruturas político-administrativas, *Verwaltungstab*), como instituem mecanismos ideológicos (cerimoniais, simbólicos) de obediência (*Gehorsam, Fügsamkeit*) que fazem com que os dominados aceitem o poder do dominador como vinculativo (*verbindlich*), ou seja, creiam na sua legitimidade (*Legitimität*) (44). Postas as coisas neste pé, já se vê que ganham uma importância central, na análise do poder, questões como as dos meios institucionais do seu exercício, tanto nos seus aspectos materiais-organizativos, como nos aspectos ideológico-simbólicos.

Weber, no entanto, não se limitou a formular secamente uma teoria sociológica do poder; fundando-se na sua prodigiosa erudição (que, na sociologia contemporânea, só tem paralelo em Marx), constrói uma famosa tipologia dos sistemas de poder, caracterizados a partir dos meios (materiais-organizativos e ideológicos) do seu exercício (45).

São os seguintes os tipos ideais do sistema político. Poder tradicional (*traditionale Herrschaft*, I, 167 ss.), fundado nos valores invioláveis e indisponíveis da tradição e da piedade familiar («patriarcalismo») e exercido através de um sistema político-administrativo de tipo «doméstico» (direito tradicional, apropriação patrimonial dos cargos, competências fixadas pela tradição ou por livre designação do pater). Poder carismático (*charismatische Herrschaft*, I, 179 ss.), fundado nos valores de racionalidade (tecnocracia), generalidade

(43) «O poder (*Herrschaft*) deve ser definido como a possibilidades de uma ordem com um conteúdo determinado de suscitar a obediência na pessoa a que se dirige» (*ibid.*).

(44) A literatura sobre M. Weber e muito vasta. Da mais moderna e acessível, J. FREUND, *Sociologie de Max Weber*, Paris, 1968 (sociologia política e jurídica: 214-233); V. M. BADER, H. GNASSMANN U. J.V.D. KNESEBECK, *Einführung in die Gesellschaftstheorie. II. Gesellschaft, Wirtschaft und Staat bei Marx und Weber*, Frankfurt/Main-New York, 1976 (*maxime* 421 ss.); D. KAESLER, *Einführung in das Studium Max Webers*, München, 1979. Para os aspectos aqui destacados, A. FEBRAJO, «Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana», *Sociologia del diritto*, 1976.1, 1 ss.; S. ANDRINI, «Diritto e potere in Max Weber», *Storia e politica*, 13.3 (1974), 41-463; H. TYRELL, «Gewalt, Zwang und die Institutionalisierung von Herrschaft: Versuch einer Neuinterpretation von Max Webers Herrschaftsbegriff», em ROSEMARIE POHLMANN (ed.), *Person und Institution: Helmut Schelsky gewidmet*, Würzburg, 1980, 59-92.

(45) «De acordo com a experiência histórica, nenhuma dominação se pode basear apenas nas motivações de natureza material, afectiva ou axiológica. Pelo contrário, cada uma tenta suscitar e cultivar a crença na sua «legitimidade». De acordo com a natureza da legitimidades pretendida, assim serão diferentes o tipo de obediência, a estrutura administrativa organizada para a garantir e a forma de exercício de poder. E, por isso, os seus efeitos. Daí que se deva distinguir as formas de poder de acordo com os tipos de legitimidades» (*Wirtschaft u. Gesellschaft...* [ed. Tübingen, 1956], cit. I, 157).

e abstracção e exercido através de um aparelho político organizado de forma correspondente (legalidade, burocracia, impessoalidade, interessa geral).

Esta tipologia —bem como, em geral, o processo metodológico de construção de «tipos ideais», ou seja, modelos logicamente depurados (i. e., rigorosos, unívocos e isentos de contradição) que sirvam para classificar as experiencias históricas concretas (46)—teve um grande sucesso na historiografia político-institucional.

Desde logo, ela suscitou —ou, pelo menos, deu-lhe um fundamento metodológico mais rigoroso— ensaios de construção de outras tipologias dos sistemas político-institucionais. As mais famosas, são, porventura, as de O. Hintze, autor de oposições tipológicas como: sistema «bicamaral» v. «tricurial» (na história dos «parlamentos» ou «estados»), «oficial» v. «comissário» (no domínio da história do funcionalismo), «feudalismo» v. «capitalismo» (na história dos sistemas do poder) (47).

Depois, chamou a atenção para os aspectos organizatórios do poder, que a teoria liberal tinha escamoteado ao concentrar toda a atenção no «centro» político —os órgãos de soberania— e ao supor que, daí para baixo, o poder se exercia sem distorções, de acordo com a teoria «da delegação» (aquele que tem um poder derivado não pode evercer outros poderes para além daqueles que lhe delegam). A obra de M. Weber veio justamente destacar dois factos fundamentais: por um lado, para o facto de a «organização político-administrativa» ser uma componente essencial do poder estável e, logo, dever integrar o objecto da sociologia ou da história do poder; por outro, para a «opacidade» (i. e., autonomia, indisponibilidade) dos meios da acção político-administrativa, nomeadamente nos sistemas políticos em que estes aparecem organizados de forma impessoal e abstracta, como acontece com a «burocracia» no tipo legal-racional de poder. Daí, a importância da sociologia weberiana no arranque dos estudos sociológicos ou históricos sobre a burocracia (48), não apenas no sentido de que a

(46) Os «tipos ideais» (*Idelotypen*) são construções intelectuais, com funções terminológicas, classificatórias e heurísticas que: (i) fornecem à descrição da realidade meios inequívocos de expressão; (ii) permitem a avaliação (por comparação com eles) das experiencias empíricas; (iii) possibilitam, assim, a classificação, a explicação e, até, a extrapolação. Uma das virtualidades da démarche tipológica baseie-se no facto de os «tipos ideais» serem «relativos a um aspecto» (*aspektspezifischer Charakter*) da realidade, pelo que esta pode ser objecto de uma avaliação tipológica multi-dimensional

(47) «Typologie der ständischen Verfassungen des Abendlandes», em *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen, 1970; *Wesen und Verbreitung des Feudalismus*, agora em *Feudalismus-Kapitalismus*, Göttingen, 1970; *Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte*, em *Stat u. Verfassung...*, cit. (estes artigos tiveram uma trad. espanhola, *Historia de las formas políticas*, Madrid, 1968; também existe uma tradução italiana.

(48) Sobre a sociologia da burocracia, v., por todos, J. CHEVALIER & I. LOSCHAK, *Science administrative...*, cit., I, 534 ss. Sobre a sua história

constituiu em objecto autónomo da pesquisa histórica, mas sobretudo no sentido de que mostrou que a explicação sociológica do seu poder há-de partir da análise, não da origem sociológica dos indivíduos que a compõem, mas da função da burocracia como elemento de um sistema global de exercício e de legitimação do poder.

Este destaque dado ao modelo burocrático —com as suas características de racionalidade, abstracção e neutralidade— pela sociologia weberiana teve repercussões sobre o próprio marxismo, estimulando a análise marxista da burocracia (e, mais em geral, dos valores de generalidade e neutralidade que consituem o pivot das estruturas de legitimação do sistema político moderno). Um exemplo é fornecido pelos capítulos que à burocracia e ao aparelho de Estado dedica N. Poulantzas (*Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste*, Paris 1968, c. 179 ss.; trad. port., II, 179 ss.), estudando o modelo das suas relações com as classes dominantes e destacando, entre outras coisas, a sua capacidade de ocultação do domínio classista sobre o Estado, a autonomia do seu funcionamento político ou o seu papel determinante ou arbitral em certos momentos.

Finalmente, Weber destacou a importância dos mecanismos (ideológicos) de legitimação do poder. Neste sentido, a sociologia weberiana deu um importante contributo para o estudo dos aspectos ideológicos do poder —dos modos como o poder se faz aceitar, como suscita a obediência, como se legitima. Embora a crítica da ideologia fosse um temas clássicos da teoria marxista, o contributo weberiano —assimilado, desde logo, por A. Gramsci e, mais tarde, por L. Althusser e N. Poulantzas— passou a constituir um dos fundamentos de teoria contemporânea da ideologia e da moderna história (política) das ideologias. O carácter bifronte do poder institucionalizado —funcionando ou pela coação ou pela ideologia— faz com que, como diremos adiante, se tenham esbatido os limites entre história jurídico-institucional e história político-ideológica, desde que a primeira não ignore o papel substitutivo que a «violencia leve» da ideologia tem em relação à «violencia pesada» da coação e desde que a segunda não aceite o discurso ideológico pelo seu valor facial.

Os temas das doutrinas políticas (tais como «bem comum», «nação», «público e privado», «interesse geral», «defesa da legalidade», «consenso», «pluralismo», «moralização da administração») podem e devem ser objecto de uma análise política que pergunte pelos efeitos políticos que a sua

v., em síntese, o meu artigo «Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime», *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa, 1984, 69 ss. (max. 76 s.).

invocação produz (não se trata tanto de saber quais são os efeitos políticos da «moralização administrativa», mas os efeitos políticos de se falar disso) (49). Mas à mesma análise podem ainda ser sujeitos outras estruturas simbólicas, enquanto elas «inculcam» (i. e., insinuam, promovem) comportamentos políticos: o espaço (50), a arquitectura e a iconologia (51), o vestuário e os modos de falar (52), os discursos científicos (53), o discurso religioso ou literário (54), a sexualidade (55) ou a própria cozinha (56). O poder infiltra-se, assim, em todos os cantos da sociedade, perdendo um lugar institucional privilegiado (v., *infra*, al. e.).

(49) Muitos exemplos de aplicação histórica poderiam ser invocados. Destacamos um, por justamente reagir contra a tendência para aceitar os discursos ideológicos pelo seu valor facial: num livro sobre o grupo dos letrados no sistema político napolitano dos sécs. XVI-XVII, P. L. Rovito mostra como a questão da «moralização da administração da justiça» visava a obtenção não de efeitos morais, mas de efeitos político-institucionais bem precisos: por um lado, a usura do prestígio social dos letrados; por outro lado, a sua sujeição ao foro inquisitorial e conseqüente quebra da impunidades que lhes advinha do facto de não estarem sujeitos a qualquer controle estranho (*Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli dei seicento*, Napoli, 1982); em Portugal, a mesma questão se põe, na mesma época (cf. M. R. THEMUDO BARATA CRUZ, *As regências na memoridade de D. Sebastião. Elementos para uma história estrutural*, Lisboa, 1983, I, 71, que todavia, parece aceitar que se tratava de uma «questão moral»).

(50) V. o meu artigo «L'espace politique dans l'ancien régime, *Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, Coimbra, 1983, e bibli aí citada.

(51) V. v. g., Ana Maria ALVÉS, *Iconologia do poder real no período manuelino*, Lisboa, 1985; em geral, Erwin PANOFKY, *Meaning in the visual arts.*, Harmondsworth, 1970.

(52) V., v. g., alguns passos de J. A. MARAVALL, *Poder, honor y elites en el siglo XVII*, Madrid, 1979.

(53) V., sobre os momentos «políticos» do saber, de diversas perspectivas, P. K. FEYERABEND, *Against method. Outline of an anarchistic theory of knowledge*, 1975; Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité. I. La volonté de savoir*, Paris, 1976; *Microfísica del poder*, trad. esp., Madrid, 1978, 175 ss.; P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, 1983. Aplicação à ciência letrada do direito no meu artigo *Savants et rustiques...* cit.

(54) V. alguns exemplos nos ensaios de J. MATTOSSO coligidos em *Portugal medieval. Novas interpretações*, Lisboa, 1984, nomeadamente, «Cluny, cruzios e cistercienses...», «A literatura genealógica...», «Monges e clérigos...». A própria utilização da escrita tem efeitos políticos: v. o meu citado artigo *Savants et rustiques...*, bem como L. KRUS, «Escrita e poder: as Inquirições de Afonso III», *Estudos medievais*, 1 (1981), 59-79; teorização: W. ONG, *Interfaces of the word*, Cornell Un. Press, 1977; J. GOODY, *The domestication of savage mind*, Cambridge, 1977; *Literacy in traditional societies*, Cambridge, 1968; R. LAFFONT (ed.), *Anthropologie de l'écriture* Paris, 1983.

(55) V. a referência a M. FOUCAULT na penúltima nota.

(56) V., v. g., J. GODOY, *Cuisine et classes*, trad. franc. Paris, 1984.

d) *A descoberta da «alteridade»: história antropológica e «teoria da modernização».*

Mas a sociologia weberiana tornou também manifesto que o poder se podia estabelecer de acordo com vários sistemas típicos. Ou seja, que o modelo legal-racional do Estado contemporâneo não era senão uma das grandes formas de organização política. Este facto, aliado aos progressos feitos pela antropologia no sentido de revelar formas «outras» de sociedade e de poder, levaram a uma consciência mais profunda da alteridade dos sistemas históricos do poder, das instituições e do direito, contribuindo para introduzir na história institucional e jurídica um sentido da «ruptura» que a historiografia tradicional —dominada, ao contrário, pela ideia «da continuidade»— não permitia.

Logo nos anos trinta, O. Brunner —inspirado em Weber e no populista russo A. Chayanov— descobre a alteridade do sistema social e político do Antigo Regime, cujo modelo ideológico e organizacional era mais a sociedade «doméstica» do que a sociedade «política»; e que, portanto, não podia ser correctamente descrito com recurso a perspectivas de enfoque e categorias importadas da teoria política contemporânea. Apesar do «estadualismo» dominante, a obra de Brunner influenciou a melhor historiografia, sobretudo, alemã e italiana (57).

Mas os contributos mais importantes para reconhecer a especificidade dos fenómenos jurídicos e institucionais do direito e das instituições das sociedades históricas vieram da antropologia, ao pôr perante nós sociedades em que vigoravam outras formas de manifestação do direito, outros relacionamentos entre a ordem jurídica e as restantes ordens de regulamentação da prática (religião, moral, economia, saber, retórica), outras formas de julgar os diferendos e de compor os conflitos, outras formas de organizar o poder (v. g., de organizar politicamente o espaço, de comprovar e registar os factos, de distribuir socialmente o poder, de remunerar os seus agentes), outras matrizes de cálculo político.

A importância dos estudos de antropologia política e jurídica para a compreensão dos mecanismos institucionais das sociedades históricas europeias têm sido, sobretudo, grande, no domínio da história da família, da propriedade e das sucessões (58) e no da organização institucional das comunida-

(57) Sobre O. Brunner cuja importância nunca é de mais realçar, v. o meu artigo «Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime...», cit., 31 ss. Na sequência de O. Brunner, alguns importantes textos de P. Schiera, um deles publicado nessa mesma colectânea (143 ss.).

(58) Cf. a literatura cit. por Michael ANDERSON, *Elementos para a história da família ocidental, 1500-1914*, trad. port., Lisboa, 1984; J. GOODY et al. (eds.), *Family and inheritance. Rural society in western Europe. 1200-1800*, Cambridge, 1976).

des rurais (59). Mas resultados igualmente fundamentais podem ser obtidos noutros domínios da história institucional, como, por exemplo, o dos modelos de resolução de conflitos, em que existe uma importante bibliografia antropológica e algumas aplicações históricas, que põem em causa muitas ideias assentes sobre a vigência histórica do modelo judicial, letrado e oficial e, conseqüentemente, muito do que se tem dito sobre a centralização do poder na época moderna (60). Mas a perspectiva antropológica permite-nos, não «apenas» ver um direito e umas instituições que o cronocentrismo obscurecia, mas ainda ganhar uma perspectiva distanciada sobre a nossa própria organização política e institucional, revelando, sob a aparência de um domínio omnipresente e exaustivo do modelo «estadual», a existência e a vivacidade de formas não estaduais e não oficiais de poder institucionalizado e de direito (61). Com o que, não só a história política, mas também, a teoria política ganham um novo domínio de objectos, em ruptura com a ideologia estatista.

Uma outra linha da tradição weberiana, embora partindo da alteridade das grandes formas de organização da sociedade e do poder, encarou-as segundo um esquema teleológico, segundo o qual as «menos perfeitas» estavam preordenadas à sua superação pelas «mais perfeitas». O resultado foi uma concepção «progressista» da evolução social, nos termos da qual, tomando à letra a ideologia do Estado contemporâneo, este e as formas de organização que lhe estão ligadas aparecem como o resultado de um movi-

(59) V., por todos, T. SHANIN (ed.), *Peasants and peasant societies*, Harmondsworth, 1971; recente aplicação, entre nós, J. CUTILEIRO, *A portuguesa rural society*, London, 1971; Brien J. O'NEIL, *Proprietários, lavradores e jornaleiras*, Lisboa, 1984; M. F. BRANDAO & R. ROWLAND, «Historia da propriedade e comunidade rural: questões de método», *Análise social* 61-62 (1980), 173-209; José MADUREIRA PINTO, *Estruturas simbólicas e práticas simbólico-ideológicas nos campos. Elementos de teoria e pesquisa empírica*, Porto, 1985.

(60) Esta literatura baseia-se na oposição entre um modelo «judiciário» (formal, baseado no direito oficial e letrado e no processo escrito e culminando numa estratégia «adjudicatória» de resolução) e um modelo «comunitário» (informal, baseado no direito tradicional e na oralidade, orientado por uma estratégia «compromissória»). Sobre o tema, v. Boaventura SOUSA SANTOS, «O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica», *Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1979 (separata, Coimbra, 1980); V. GESSNER, *Rech u. Kinflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen, 1976; e o meu *As vésperas do Leviathan...*, cit., 609 ss. (com outras indicações bibliográficas e aplicações historiográficas, maxime n. 2 - G. Spittler, sobre a Prússia setecentista; n. 3, N. Castán sobre França; A. Hespanha, sobre Portugal a doutrina do *ius commune*).

(61) São as conclusões, nomeadamente, dos estudos de B. S. SANTOS e de V. GESSNER, citados na última nota; em geral, v. os artigos (sobretudo o de M. Galanter) incluídos nas colectâneas. M. CAPPELLETTI (ed.), *L'accès à la justice et l'Etat providence*, Paris, 1984, e E. BLANKENBURG et al. (eds.), *Alternative Rechtsformen und alternativen zum Recht*, Opladen, 1979 (= *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 9).

mento inelutável e desejável de «modernização» social. Todas as mudanças históricas no sentido dos actuais paradigmas do poder são, portanto, consideradas como sinónimos de um natural progresso da vida comunitária (e não como modificações aleatórias no sentido de matrizes políticas hoje, também aleatoriamente, dominantes) (61b). O efeito desta interpretação da evolução histórica é uma nova falsificação do passado: não porque a sua especificidade não seja reconhecida, mas porque ela é inserida num esquema evolutivo em que o carácter aleatório da evolução histórica é negado e em que todo o passado aparece como uma antecipação do presente ou este como a consumação da história.

Eis algumas manifestações da teoria da modernização no domínio da história das instituições. Apresentação como fenómenos (forçosos) de modernização social: a construção do «Estado moderno» e a conseqüente «racionalização» das relações de poder; uma alegada «revolução legal» da época moderna; a «juridificação» das relações sociais (antes reguladas «pela força») na mesma época (62); a transição de um direito costumeiro para um direito legal e codificado; a substituição da justiça comunitária pela justiça judiciária; a «profissionalização» da administração e da jurisdição, etc. (63). Que estas modificações sejam um sinal de «progresso» ou «modernização» sociais, eis o que tem sido problematizado sobretudo pela antropologia jurídica que, em contrapartida, tem destacado os graves problemas político-jurídicos postos por uma «modernização» artificial do poder e do direito (i. e., uma sua redução aos modelos europeus) nos países pós-coloniais (64). Mas, nesta polémica, não deixam de ter influência

61 b) Sobre a teoria da modernização —bastante difundida nos meios historiográficos dos U.S.A. e da R.F.A.— P. FLORA, *Modernisierungsforschung*, Opladen, 1974; D. LERNER & J. S. COLEMAN, «Modernization (social and political aspects)», *International encyclopaedia of the social sciences*; K. W. DEUTSCH & W. J. FOLTZ (eds.), *Nation building*, New York, 1969; crítica, H.-U. WEHLER, *Modernisierungstheorie und Geschichte*, Göttingen, 1975; aplicações históricas, v. g. Ch. TILLY (ed.) *The formation of national states in west rn Europe* 1975; R. BENDIX, *Köinge oder Volk. Machtausübung und Herrschaftmandat*, trad. al., Frankfurt/Main, 1980.

(62) O tema da «juridificação» das relações sociais está hoje na moda, por influência de sociologia de N. LUHMAN. C. N. LUHMAN, «Konflikt u. Recht», in ID., *Ausdifferenzierung des Rechtssystems*, Frankfurt/Main, 1981, 92 ss.; *Soziale System. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/Main, 1984, 488 ss.; R. WERLE, «Aspekte der Verrechtlichung», *Zeits. f. Rechtssoziologie* 3 (1982), 2-13.

(63) Cf. D. RÜSCHEMEYER, «Professionalisierung. Theoretische Probleme für vergleichende geschichtsforschung», *Geschichte u. Gesellschaft* 6 (1980,) 311-325.

(64) O problema tem sido estudado por vários autores (R. Abel, F. Snyder, F. Ost, M. Alliot, etc.) e também por organizações internacionais (v. os materiais das *Réunions d'experts pour examiner les premiers résultats de recherches sur les conditions du transfert des connaissances*, U.N.E.S.C.O., Venise, 26-30-6-1978).

as contrastantes perspectivas do antropólogo ou do historiador, por um lado, e dos que estão empenhados em programas de cooperação e desenvolvimento: enquanto os primeiros condenam o desenraizamento provocado pela transferência de tecnologias político-jurídicas europeias (modelo estatal, sistema parlamentar, direito legal, organização judiciária), os segundos veem nisto uma evolução no sentido de formas sociais mais livres e mais justas, condenando os antropólogos como promotores de novas e subtis formas de «apartheid» (65). Não é fácil decidir, mas o estudo da própria evolução europeia e dos problemas que o conflito de culturas jurídicas e políticas nela outrora também colocou pode constituir um contributo importante.

e) *A «dispersão» do poder e a «pan-politização» da história.*

Este alargamento do objecto da história jurídico-institucional a todos os fenómenos sociais que condicionam duravelmente os comportamentos tem sido levado às últimas consequências por modernas correntes sociológicas que destacam o facto de que, assim, o poder perdeu um «lugar» na sociedade («descentramento do poder», J. Chevallier), que se encontra disperso por todo o lado («pan-política»), insito nas mais banais e elementares das relações humanas («carácter molecular do poder», F. Guattari), devendo ser objecto de uma ciência justamente orientada para essas unidades políticas mínimas («micro-física do poder», M. Foucault), a que corresponderia, no plano da luta política, uma estratégia orientada para as «pequenas lutas» (na fábrica, na família, na escola, etc.).

Esta dispersão do poder já tinha sido constatada por algumas correntes do marxismo, na sequência da análise da função ideológica. L. Althusser já tinha alargado a análise política aos «aparelhos ideológicos» (escola, sindicato, igreja), mas salvaguardara a ligação umbilical entre o poder e o Estado, ao designá-los por «aparelhos ideológicos de Estado». Agora, o Estado, como centro de poder, explode e, em lugar dele, ficam instituições e relações políticas tão moleculares como o amor ou o desejo (M. Foucault, *L'histoire de la sexualité*, 1976; P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, 1974, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, 1976).

São estes dois autores que levam mais longe a «desidentificação» do político tradicional, insistindo não apenas na separa-

(65) Cf. E. V. HEYEN, «Kulturanthropologische probleme internationaler Beziehungen», em E.-J. LAMPE (ed.), *Beiträge zur Rechtsanthropologie*, Stuttgart-1985 (= *Archiv f. Rechts u. Sozialphil.*, Ruderboot n.º 22); H. MEDICK, «'Missionare im Ruderboot'? Ethnologische Erkenntnisweisen als Herausforderung an die Sozialgeschichte», *Geschichte u. Gesellschaft*, 10 (1984), 259-319 (há trad. port., em *Ler história*, n.º 6, 1985).

ção entre poder e Estado, mas ainda na separação entre poder e proibição (ou seja, no carácter localizado e limitado da «lei» e da «repressão» como mecanismos do poder).

Segundo M. Foucault, o desvendamento de outros mecanismos do poder —i. e., da capacidade para determinar condutas alheias— pressupõe a crítica da identificação (etno-cêntrica) entre o poder e a proibição, típica da cultura política ocidental. Só através desta crítica se estaria em condições de integrar na análise política as formas «positivas» de condicionamento (como são o amor ou a verdade) (66). Um dos méritos da obra de P. Legendre é justamente o de revelar o papel da referência ao amor em certas ordens normativas (v. g., o direito canónico; ou, sob formas menos intuitivas, o direito do Estado contemporâneo).

Daqui decorreria uma série de corolários da análise (e da história) política, enunciados pelo próprio M. Foucault:

— que o poder investe todo o corpo social, não existindo entre as malhas da sua rede ilhas de liberdade;

— que as relações de poder estão imbricadas noutros tipos de relações (de produção, de aliança, de família, de sexualidade);

— que as relações de poder não obedecem apenas à forma da proibição, da repressão e do castigo, sendo antes multiformes;

(66) «Porquê o privilégio secular de uma análise semelhante [i.e., do poder como «lei», como «proibição»]? Porquê o poder decifrado regularmente em termos puramente negativos de lei, de proibição? Porquê o poder imediatamente pensado como sistema de direito? Dir-se-á sem dúvida, que nas sociedades ocidentais, o direito serviu sempre de máscara do poder. Parece-me que esta reflexão é insuficiente. O direito foi um instrumento efectivo de constituição dos poderes monárquicos na Europa e, durante séculos, o pensamento político girou em torno do problema da soberania e dos seus direitos. Por outro lado, o direito foi, sobretudo no século XVII, uma arma de luta contra esse mesmo poder monárquico que se havia servido dele para o afirmar. Enfim, foi o modo de representação principal do poder... Mas o direito não é, nem a verdade, nem a justificação do poder. E' um instrumento, a um tempo, parcial e complexo. A forma da lei e os efeitos de proibição que nela estão implícitos devem ser situados entre muitos outros mecanismos não jurídicos (p. 169 s.)... Penso que esta é uma concepção negativa, estreita e esquelética do poder que tem tido um sucesso curioso. Se o poder não fosse mais que repressivo, se não fizesse algo mais do que dizer «não», pensais que seria, realmente, obedecido? O que faz com que o poder vingue, que se aceite, é o facto de ele não pesar apenas como uma força que diz «não», mas que, de facto, produz coisas, induz prazer, forma saber, produz discursos; é preciso considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social, mais do que como uma instância negativa que tem como função reprimir. Em *Surveiller et punir* quis mostrar como é que, nos sécs XVII e XVIII, se verificou um verdadeiro desbloqueamento tecnológico da produtividades do poder ... (p. 182)» (M. FOUCAULT, *Microfísica del poder*, cit., 169 s.), estas entrevistas de M. FOUCAULT, «Poderes e estratégias» e «Verdade e poder», são centrais; veja-se ainda texto «Deux essais sur le sujet et le pouvoir», publicado por H. DREYFUS & P. RABINOW, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, trad. fr., Paris, 1984).

— que o entrecruzamento entre estas relações moleculares de poder esboça estratégias gerais de dominação, mais ou menos coerentes e unitárias; mas estas não devem ser vistas como factos primários (intencionais), mas antes como produto final de uma integração de estratégias parciais (67).

A última proposição —a composição de uma estratégia geral do poder a partir das estratégias particulares (que equivale à questão do carácter principal ou secundário das contradições sociais, ou do carácter uni- ou pluridimensional da análise de classes) é central. A ideia fundamental de Foucault é a de para evitar qualquer tentação «centralista», descrever os mecanismos (múltiplos, pluriformes, omnipresentes) do poder aí onde eles se encontram: «Não se trata de analisar as formas reguladas e legitimadas do poder no seu centro. Trata-se, pelo contrário, do o surpreender nas suas extremidades, nos seus confins últimos, ali onde ele se torna capilar» (*Microfísica...*, cit., 142). E só depois averiguar as articulações: «Antes se deve fazer uma análise ascendente do poder, arrancar dos mecanismos infinitesimais, que têm a sua própria história, o seu próprio trajecto, a sua própria técnica e táctica, e ver depois como estes mecanismos de poder foram e continuam a ser investidos, colonizados, utilizados, dobrados, transeformados, descolocados, estendidos, etc., por mecanismos mais gerais e por formas de dominação global» (p. 144).

No texto (fundamental, a este respeito) que vimos citando («Curso de 14 de Janeiro de 1976», *ibid.*, 189-152), M. Foucault exemplifica o processo de análise com a história da loucura. Uma análise «centralista», «macrofísica», deduziria o tratamento social da loucura (ou da sexualidade infantil) na época moderna da lógica global da instauração das relações capitalistas de produção (p. 145). Os resultados seriam grosseiros e equívocos. Uma análise «microfísica», mostraria como a exclusão da loucura ou a repressão da sexualidade infantil respondia a necessidades das células sociais que constituíam o seu contorno imediato (a família) e como, num momento e conjuntura dados, mercê de uma série de adaptações, estes mecanismos —mais os mecanismos, em si, do que os seus resultados, mais o modo de vigiar e de excluir do que a exclusão— se tornaram económica e politicamente úteis (p. 146).

Semelhanças com o conceito foucaultiano de «dispositivo» tem o conceito de «habitus», utilizado por uma outra figura de proa do actual pensamento sociológico francês, P. Bourdieu. O *habitus* é por ele definido como um «sistema de disposições duráveis, predisposto a funcionar como es-

(67) V. M. FOUCAULT, *Microfísica...*, cit., 170.

estrutura estruturante da acção» (68). Este sistema está associado ao conjunto das condições objectivas da prática de existência —máquinas, edifícios, monumentos, livros, teorias, costumes, direito, etc.— das quais ele próprio faz parte (69). O *habitus* condiciona os comportamentos, ao instituir esquemas de percepção, de pensamento e de acção («saber ver», «saber fazer», «saber julgar»). Mas este condicionamento é interno e inconsciente, podendo o *habitus* ser descrito como «a capacidade infinita de engendrar, em completa liberdade, uma gama limitada de produtos».

Encontramos aqui a mesma ideia de omni-presença e multi-dimensionalidade das relações de poder. A relação entre *habitus* e instituição é vista por P. Bourdieu nos seguintes termos. Nas instituições coexistiriam dois níveis —como conjunto de «normas explícitas», elas redobriariam a eficácia do *habitus*, sublinhando-o por obrigações e proibições exteriores; como «normas implícitas» elas identificarse-iam com o próprio *habitus*, «fazendo a cabeça» dos agentes o desincentivando a desobediência ou a mudança (70).

Aplicados ao domínio da história jurídico-institucional, os corolários antes formulados vêm provocar uma profunda reorientação do seu objecto. Não é só que este transcenda o Estado e o «poder oficial» e invista as formas periféricas e não oficiais de poder, como já o propunham as correntes antes referidas. Também não é apenas que —como Weber já propuzera— que os momentos organizativos e ideológicos do poder devam ser considerados, para além dos momentos coactivos. E', mais do que isso, que toda esta relação entre força (repressão, proibição), aparelho (instituição, mecanismo organizatório) e ideologia sofrem um re-arranjo. O aparelho não é apenas uma condição (externa) da durabilidade (*Veralltäglicung*) do poder; a ideologia não é apenas um meio (externo) de o tornar consentido (*Legitimationsstruktur*); e o poder, por sua vez, não é qualquer coisa de exterior, servido por um aparelho, legitimado por uma ideologia. Poder, aparelho e ideologia (saberes) constituem um todo, a que M. Foucault chama «dispositivo» (ou P. Bourdieu, sensivelmente, «*habitus*») e que define como um conjunto estruturado de práticas («os discursos, as instituições, as disposições arquitecturais, os regulamentos, as leis, as medidas administrativas, os enunciados científicos, as proposições filosóficas, a moral, a filantropia»). No centro da análise estão, agora, os mecanismos práticos e efectivos de dominação, as «tecnologias disciplinares» —o hos-

(68) P. BOURDIEU. «Le mort saisi le vif», *Actes de la recherche en sciences sociales*. 32-3 (1980), 6. No entanto, o tratamento mais sistemático do conceito é feito em *Le sens pratique*, Paris, 1980, *maxime* 88 ss.

(69) *Ibid.*

(70) Aplicação à história jurídica em J.-M. SCHOLZ, «Elements pour une historie...», cit., *maxime* 127 s.

pital, a fábrica, a prisão, a escola, a instituição de assistência, a família, o tribunal, as instituições académicas e científicas, o exército, os serviços públicos.

Todos eles disciplinam, ao instituir os mecanismos de repressão que eram objecto da análise jurídico-institucional clássica; mas instituem, para além destes, outros mecanismos que escapavam àquela —mecanismos de vigilância, técnicas de registo e de cadastro, processos de inquérito e de prova, sistemas de classificação (de diferenciação, de hierarquização, de exclusão) das pessoas e dos comportamentos— e que permitem, tanto quanto os anteriores, o condicionamento e a disciplina. Mecanismos que, num momento posterior, podem ser destacados do seu contexto originário e integrados em outras estratégias de dominação.

A história político-institucional (mas não já jurídica, se identificarmos o direito com as tecnologias disciplinares proibitivas, de acordo com a sugestão de M. Foucault antes citada) (71) experimenta, então, um enorme alargamento do seu objecto. Se, a mais do Estado e do direito oficial, este já integrava os poderes periféricos e o direito «não oficial», agora passa a compreender todos os mecanismos através dos quais, de forma implícita ou explícita, com recurso à tecnologia («negativa») da norma-proibição ou a tecnologias («positivas») de inculcação de atitudes, se condicionam os comportamentos alheios. A tradicional história do direito e do poder «coactivo» passam a constituir apenas um sector da história político-institucional. Por sua vez, nesta última passam a poder ser integrados todos os objectos das restantes histórias regionais, desde que encarados do ponto de vista do poder. Tal como tudo pode ser objecto de história económica, se analisado do ponto de vista de valor. A história institucional deixa, por isso de ser definida como um espaço de objectos, para passar a sê-lo como um vector (um referencial) que atravessa todos os espaços (72).

(71) Sobre esta distinção pode tentar reconstruir-se uma «autonomia» para a história jurídica, uma nova «ideia de separação», agora entre a história jurídica e a história institucional. Expediente irrisório, do ponto de vista teórico, dada a complementaridade dos dispositivos jurídicos («negativos») e não jurídicos («positivos») nas estratégias disciplinares.

(72) A obra de M. Foucault oferece, ela mesma, uma série de aplicações historiográficas desta ideia de que estudar o poder é estudar as formas da sua produção: o asilo psiquiátrico e os dispositivos de exclusão dos loucos (*Histoire de la folie à l'âge classique*, 1961); a prisão e a produção da disciplina do espírito (e não apenas do constrangimento dos corpos) (*Surveiller et punir. Naissance de la prison*, 1975); a família e o sistema de condicionamento da sexualidade (*Histoire de la sexualité*, 1976); o processo judiciário (*La verdad y las formas jurídicas*, 1980). Outros historiadores têm alargado esta análise a outras instituições, como a fábrica e a organização do trabalho (v. g., C. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, 1976), a assistência social. Por sua vez, P. Bourdieu —com a equipa de colaboradores que reúne em torno dos *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, 1975—, inspira um largo sector da mais moderna investigação histórica, sobretudo no domínio da história da cultura, da ciência, da arte (v., para a temática geral, a referida revista).

Em contrapartida, parece que se deve entender que os mecanismos de poder de que a história político-institucional se ocupa são os mecanismos estruturados, institucionalizados, duráveis embora essa institucionalização possa ser multimoda, não se reduzindo aos clássicos mecanismos da lei-proibição. Na verdade, todos os conceitos que integram as correntes metodológicas a que nos vimos referindo (dispositivo, habitus) remetem, justamente, para esse carácter organizado e habitual do poder.

Em conclusão, o ocaso do «estadualismo» e advento do «pós-modernismo» não dissolveram a história institucional, como disciplina historiográfica autónoma. Mas provocaram, isso sim, uma revolução copérnica no seu objecto, tanto ao romperem com o exclusivismo «estadualista» e «juridicista», como ao identificarem como campos decisivos de análise territórios que a tradicional historiografia jurídico-polética rejeitava como alheios. Por outro lado, ao fundar a sua autonomia, não num campo específico de objectos, mas numa forma específica de interrogar teoricamente a realidade histórica, a nova história político-institucional requer um firme suporte teórico, capaz de identificar os planos relevantes de observação e os modelos explicativos adequados.

Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional

FRANCESCA PUIGPELAT MARTI

Barcelona

I

La sugerencia de Bobbio de dividir su hipotético libro de Filosofía del Derecho en tres partes: a) Teoría del Derecho; b) Teoría de la ciencia jurídica, y c) Teoría de la Justicia (1) ha logrado un enorme consenso, al menos en la producción filosófico-jurídica española. Las razones de tal aceptación podrían descansar en lo que representa de solución de compromiso en la que pueden converger iusnaturalistas y iuspositivistas (2) a cambio sólo de ciertas renunciaciones. Así, los primeros deberían renunciar a reconocer en el Derecho natural el *auténtico Derecho*, admitiendo la posibilidad de un Derecho injusto y, de entre los segundos, algunos deberían abandonar la creencia de que la Filosofía del Derecho se identifica con la Teoría general del Derecho o con la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, otros, que la tarea de la Filosofía del Derecho se agota en una teoría de la ciencia jurídica y, los menos, que discurrir sobre valores carece de sentido porque no son más que manifestaciones irracionales de la propia subjetividad.

No nos ocuparemos en estas páginas de la teoría del Derecho, aun cuando sea éste uno de los temas más interesantes de la disciplina. Analizaremos, tan sólo, las relaciones existentes entre el apartado b) y c) de la propuesta de Bobbio, ya que, precisamente, *la reflexión sobre la ciencia jurídica* —propiciada por aquéllos que postulan que la Filosofía del Derecho debe ocuparse del

* Este trabajo se basa en una parte de la Memoria que realicé para participar en las pruebas de idoneidad. Se ha conservado su carácter original, que explica ciertas limitaciones.

(1) Cfr. N. BOBBIO, *Nature et fonction de la philosophie du droit*, en «Archives de Philosophie du droit», núm. 7, 1962, pp. 7 s.

(2) Utilizo aquí la expresión iuspositivista en el sentido amplísimo de doctrina no iusnaturalista, entendiéndolo por ésta aquella doctrina que sostiene no sólo la existencia del Derecho natural, sino también que el Derecho positivo para ser Derecho debe ajustarse a aquél.

análisis de la ciencia jurídica— *ha mostrado que ésta opera con valoraciones*. Pero, a pesar de ello, si no renuncia a su carácter de «ciencia» es porque entiende que estas valoraciones se hallan sujetas a un cierto control. La confirmación de esta aspiración ha venido propiciada por los resultados de las investigaciones en el ámbito de la Ética analítica. Así la teoría del discurso racional considera que, gracias a él, es posible controlar decisiones valorativas. En el ámbito de la teoría de la Justicia esta conclusión posibilitará, sin duda, el que vuelvan a intentarse acuerdos para enjuiciar los sistemas normativos positivos (3).

Creo necesario señalar, sin embargo, que el concepto de Derecho que subyace a las reflexiones que seguirán es el de conjunto de normas (4), entendidas como entidades ideales, pero dadas por el hombre y que, por ello, se consideran también positivas (5). Y es, precisamente, esta concepción idealista del Derecho, presente en el pensamiento iuspositivista (6), la que posibilita la prolongación de la reflexión filosófico-jurídica al tema de la Justicia.

(3) Cfr. O. WEINBERGER, en el Prólogo de «Rechtstheorie», Beiheft 1 (1979), p. 10.

(4) Creo que la discusión actual entre normas y principios propiciada por la polémica Hart-Dworkin no tiene en cuenta la tradición positivista continental donde la referencia a los principios del Derecho es continua. Cfr. F. GONZÁLEZ VICÉN, *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, en F. GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 63 s.

(5) Cfr. O. WEINBERGER, *Die institutionelle Dasein des Rechts*, en «Rechtstheorie», Beiheft 6 (1984), pp. 247 s.; el mismo, *Die logische Grundlagen der erkenntniskritischen Jurisprudenz*, en «Rechtstheorie», 1978, p. 126; el mismo, *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1979, pp. 95-107; S. MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal*, en *Derecho penal y Ciencias sociales* (ed. de S. MIR PUIG), Barcelona, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma, 1982, pp. 19 s. Así, Schramm dice que las características para entenderlas como entidades ideales —comparándolas con las entidades del mundo 3 de la ontología de Popper— son: el que sean eficaces y el que siendo creadas por el hombre —es decir, cobran existencia a través de actos de voluntad—, son, *en cierta medida*, independientes de él. Cuando el hombre da una norma de ella pueden desprenderse muchas más cuyo contenido ni siquiera conoce. Cfr. A. SCHRAMM, *Zur logischen Rekonstruktion des Problems der Normrechtfertigung*, en «Rechtstheorie», Beiheft 1 (1979), p. 275.

(6) Convenimos, pues, con Hernández Marín en que el iuspositivismo es una doctrina idealista no iusnaturalista. Cfr. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Dogmática y sociología jurídica: Sobre la ontología del conocimiento jurídico*, en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, cit., p. 38. También concibe como idealista a la doctrina positivista Thaler, señalando, como razón, que ello no significa la vuelta al iusnaturalismo. Según Thaler es idealista en la medida en que admite, junto a las reglas del Derecho positivo, reglas adicionales de valoración, pero que, a diferencia del iusnaturalismo, no condicionan la validez del ordenamiento positivo. Cfr. M. THALER, *Mehrdeutigkeit und juristischer Auslegung*, Wien-New York, Springer, 1982, pp. 146 s..

II

La reflexión sobre la ciencia jurídica ha venido facilitada por un planteamiento más general y excluyente en el ámbito de la filosofía. Así, la comprensión de la filosofía como *teoría de la ciencia*, auspiciada sobre todo por el neopositivismo, conduciría en el marco más concreto de la Filosofía del Derecho a entenderla como teoría de la ciencia jurídica (7). Esta concepción, inspirada en Russell y Wittgenstein, seguida por el Círculo de Viena y Popper, es defendida en la actualidad por numerosos autores, entre los que cabe destacar a Hempel, Nagel, Quine, Stegmüller, Bunge, etc. Lo que les une, pese a las diferencias, es que conciben la filosofía como análisis lógico de los enunciados de la ciencia, por lo que convierten el conocimiento científico en el objeto de la filosofía.

Ahora bien, a la filosofía de la ciencia de los años 40 no le interesaba cómo se ha llegado a un determinado conocimiento —lo que desde Reichenbach se denomina *contexto de descubrimiento* y es objeto de la historia, de la sociología o de la psicología de la ciencia—, sino cómo éste se defiende y se presenta ante la comunidad científica lo que, también según Reichenbach, se designa como contexto de justificación. Sin embargo, los primeros representantes de la posición que sostenía que debía analizarse la ciencia como resultado —por ejemplo, Carnap y Popper— no se ocuparon tanto de *describir* cómo se justifican y defienden los enunciados científicos, sino de *prescribir* cómo debería ser un determinado conocimiento para ser calificado de científico.

La publicación en 1962 del libro de Kuhn *La Estructura de las revoluciones científicas* desencadenará en el seno de la filosofía de la ciencia una importante polémica —avivada en 1970 por la publicación del libro de Feyerabend *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento* (8). En el trabajo de Kuhn la ciencia es analizada desde el punto de vista del contexto de descubrimiento —desde una perspectiva histórico-sociológica— y en él pondrá de manifiesto que no siempre los motivos que han determinado la justificación o la validez de ciertas teorías se compadecen con las propuestas de los filósofos de la ciencia en orden a la justificación de las mismas. Tal vez por ello, aun cuando se siga sosteniendo hoy que el objeto de la filosofía de la ciencia es el análisis de las teorías científicas —la ciencia como resultado y no como actividad (9)—, lo que debe hacerse

(7) Cfr. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. G. R. Carrió), Buenos Aires, Eudeba, 1970, p. 26.

(8) Vid. la introducción de J. MUGUERZA, *La teoría de las revoluciones científicas*, al libro de I. Lakatos-A Musgrave (ed.), *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Barcelona, Grijalbo, 1975, pp. 13-80.

(9) Apel se muestra, sin embargo, partidario de una teoría *pragmático-transcendental de la ciencia*. Según esta teoría la problemática de la validez

en primer lugar es mostrar cuáles son sus características —no prescribir cómo deben ser— para poder llevar a cabo más adelante una teoría sobre ellas, partiendo de teorías científicas concretas.

Si acogiéremos la propuesta de los primeros filósofos de la ciencia en el ámbito de la Filosofía del Derecho, la primera cuestión que debería abordarse sería la de determinar si la llamada tradicionalmente «Ciencia del Derecho» es merecedora o no de este calificativo.

1. *La científicidad de la «ciencia del Derecho»*

Desde que en 1847 v. Kirchmann puso en entredicho el valor de la Jurisprudencia como ciencia, éste ha sido uno de los temas que más polémica ha desatado en el ámbito de la literatura jurídica. El enjuiciamiento negativo de la ciencia del Derecho ha venido exigido por una especial concepción acerca de las características propias del conocimiento científico. Según ésta, el objetivo del conocimiento científico no puede ser otro que la *búsqueda de leyes*, pues, precisamente, gracias a ellas ofrécese una *explicación* de por qué las cosas son de una determinada forma y no de otra, y se posibilita con ello, también, la *predicción*. Sin embargo, no sólo le es peculiar a la ciencia la explicación a través de leyes, sino el procedimiento que utiliza para alcanzarlas: el método científico. Este consiste fundamentalmente en la utilización de procedimientos objetivos de contrastación, en palabras de Popper, formular hipótesis audaces y contrastarlas rigurosamente.

Convendría, sin embargo, precisar si esta caracterización, que del conocimiento científico hemos realizado, vale para todas las ciencias en general o sólo es adecuada para las ciencias de la naturaleza, pero no para las del espíritu. De los neokantianos proviene la distinción entre ciencias de la naturaleza —generalizantes— y ciencias del espíritu (Windelband) o de la cultura (Rickert) —particularizantes (o ideográficas)—, que venía determinada por la creencia de que la realidad estaba dividida en dos ámbitos: lo natural y lo cultural. Para la aprehensión de esa realidad histórico-cultural no serían apropiadas las formas de conocimiento válidas para la explicación de los fenómenos naturales. En el ámbito histórico-cultural es preciso dar razón de hechos únicos e irrepetibles —no susceptibles de generalización— y referidos a

del conocimiento para el sujeto que conoce no debería dejarse a la consideración de la psicología empírica, sino que esta cuestión debería analizarla la propia teoría de la ciencia «como la problemática de la formación del consenso en la comunidad trascendental de la comunicación, tal como exige una transformación semiótica y normativa de la problemática kantiana del sujeto trascendental». Este planteamiento conduciría a que el «contexto de descubrimiento» no sería un tema puramente empírico ni sería separado del «contexto de justificación». Cfr. K. O. APPEL, *La transformación de la filosofía*, I, Madrid, Taurus, 1985, p. 28.

valores. Según Rickert esta referencia al valor no significa que el historiador deba valorar positiva o negativamente los hechos culturales. Alude al hecho de que el historiador, cuando analiza un fenómeno histórico, selecciona las características del mismo en función de los valores dominantes en la comunidad a la que él mismo pertenece (10). Podríamos decir, p. ej., que si en la actualidad interesa a los historiadores explicar cómo estaba distribuida la propiedad en un momento histórico determinado, la selección de la propiedad como hecho a explicar ha venido condicionada por los planteamientos economicistas de nuestra sociedad. Si fuesen hoy prevalentes los valores militares la explicación histórica vendría referida a gestas bélicas, como bien así ha sido en otros momentos históricos.

Esta diferenciación permitía sostener la posibilidad de un conocimiento científico de hechos únicos e irrepetibles frente a cierta tradición occidental, según la cual la ciencia es conocimiento de lo general y no de lo particular (11). Los partidarios de las ciencias del espíritu afirmaban también la necesidad de recurrir a un método propio para conocer estos hechos: la comprensión. A través de ella se intenta *aprehender el sentido* de ciertos actos o situaciones.

Las críticas a los neokantianos han sido muchas (12). Respecto a la tesis de que los hechos históricos son únicos e irrepetibles suele argumentarse que debajo de lo irrepetible de un hecho histórico subyacen siempre ciertas regularidades. En cuanto al método *comprensivo* —la empatía— se afirma que no es necesaria ni suficiente. No es necesaria porque, según Hempel y Oppenheim, «la conducta de los psicóticos o de los hombres pertenecientes a una cultura muy distante del investigador resulta a veces explicable y predecible a partir de principios generales aunque el investigador que sienta o aplica dichos principios no fuese capaz de comprender empáticamente a esos hombres» (13). No es suficiente porque «también puede darse un vivo sentimiento de comprensión en aquellos casos en que juzgamos a una persona de un modo completamente falso» (14).

(10) Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. M. Rodríguez Molinero), 2.^a ed. Barcelona, Ariel, 1980, pp. 116 s.

(11) Cfr. R. G. COLLINGWOOD, *¿Constituyen la historia y la ciencia diferentes tipos de conocimiento?*, en R. G. COLLINGWOOD, *Ensayos sobre la filosofía de la historia*, Barcelona, Seix Barral, 1970, pp. 72 s.; el mismo, *La Filosofía de la Historia*, en *Ensayos...*, cit., pp. 180 s.

(12) Vid. por todos, E. NAGEL, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, 2.^a ed., Buenos Aires, Paidós, 1974.

(13) Cfr. K. O. APPEL, *El desarrollo de la «Filosofía analítica» del lenguaje y el problema de las «ciencias del espíritu»*, en *La transformación de la Filosofía*, cit., II, pp. 50 s.

(14) Cfr. K. O. APPEL, op. cit., pp. 52 s.

(15) Me parece de enorme interés, por este motivo, el análisis que de este tema realiza Apel en el trabajo mencionado en las dos notas anteriores y en el trabajo *La comunidad de comunicación como presupuesto trascen-*

No me detendré en señalar lo que de fecundo puede haber en el método comprensivo propuesto por las ciencias del espíritu (15); sólo interesa, a los efectos de este trabajo, destacar que precisamente esta dualidad (16) es la que dio soporte a la concepción de Kelsen de la ciencia jurídica como una ciencia normativa (17).

La comprensión de la ciencia del Derecho como una ciencia normativa, significaría en Kelsen que ésta no se ocupa de hechos, de los que pueden ocuparse otras ciencias, sino que se ocupa de normas. Entendidas éstas como el sentido de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otro, pertenecen al ámbito del deber ser y no del ser (18). Compartida ampliamente hoy la creencia de que la ciencia del Derecho se ocupa de las normas jurídicas positivas, habría que preguntarse cuál es el conocimiento que sobre ellas debería hacerse para poder ser calificado de científico.

Si la ciencia del Derecho se ocupase de explicar el origen —los factores que determinaron la creación de una norma— y los efectos de las normas en la vida social, tal vez nadie hubiese discutido el carácter científico de la ciencia del Derecho. Sin embargo, la actividad de los juristas no se ha orientado casi nunca en esta dirección, sino que se ha ocupado de fijar el *sentido* de las normas y su *sistematización* (19). De ahí que la diferencia entre la sociología jurídica y la ciencia del Derecho radique en el distinto enfoque desde el cual analizan un mismo fenómeno. Pero tam-

dental de las ciencias sociales, en la *Transformación de la Filosofía*, cit., II, pp. 209-249.

(16) Admitida, entre otros, por Aarnio, Larenz, Engisch y Müller, Cfr. A. AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien-New York, Springer, 1979, pp. 231 s.; K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pp. 26 s., 192, s.; K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. E. Garzón Valdés), Madrid, Guadarrama, 1967, pp. 15 s., 97 s.; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, Berlín, Duncker Humblot, 1966, pp. 38 s.

(17) Tomo a Kelsen como punto de referencia, pues creo, con Ross, que *La teoría pura del Derecho* constituye la contribución más importante del siglo XX a la filosofía jurídica. Cfr. A. ROSS, *Sobre el Derecho...*, cit., p. 2. En 1985 también lo sostiene en nuestro país, M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, p. 32. Convengo también con Weinberger que en el ámbito de la teoría del derecho analítica el concepto de norma es uno de los conceptos centrales. Cfr. O. WEINBERGER, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsen Theorie der Normen*, Berlín, Ducker & Humblot, 1981, p. 19.

(18) Un análisis detallado de la oposición ser-deber-ser en el pensamiento de Kelsen puede verse en el Cap. VII, ap. IV, B del libro de HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1986. Allí se pone de manifiesto que Kelsen con la referencia ser-deber-ser alude: 1) A una distinción entre tipos de discurso; 2) a una distinción ontológica; 3) a el deber ser como una especie de ser.

(19) Vid. por todos, A. AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, cit., p. 34 y 37 s. El mismo, *Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», núm. 23-24 (1983-84), p. 3. El mismo, *Nehmen wir die Rechtswissenschaft ernst!*, en W. KRAWIETZ/H. SCHELSKY/G. WINKLER/A. SCHRAMM, *Theorie der Normen. Festgabe für O. Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, pp. 6 s.

bién suscita dificultades sostener que la norma es un hecho social y operar, como hace la ciencia jurídica, con un concepto de norma que no se vincula estrictamente al de *entidad lingüística* dada en un momento espacio-temporal concreto. Por ello, como pone de relieve Hernández Marín (20), podría calificarse a la ontología jurídica que subyace a la ciencia jurídica (iuspositivista) de idealista. Sin embargo, tal vez profundizando en el aspecto pragmático del lenguaje podría sostenerse, p. ej., que cuando el legislador emite ciertos enunciados *espera* que se relacionarán con otros que ha formulado en otros textos o en el mismo texto y que puedan dar lugar a enunciados no expresados estrictamente porque sabe que convencionalmente se procede de esta forma. Así, cuando el hijo llega tarde a casa y el padre le dice «si llegas más tarde de las diez no saldrás los domingos», sin duda no le ha dicho «no debes llegar más tarde de las diez» o «no quiero que llegues después de las diez». Pero a nadie le parece extraño que el hijo, charlando con unos amigos, en un momento determinado les diga que se va porque su padre no quiere que vuelva después de las diez.

Aceptado generalmente que la ciencia del Derecho se ocupa de fijar el sentido de las normas señalaremos las dos críticas que con más frecuencia se oponen al carácter científico de la ciencia del Derecho.

A) La primera es la de que sus proposiciones no son controlables ni lógicamente ni empíricamente. Así, Ross, respecto de razonamientos tan usuales como «lex posterior derogat priori», «lex specialis derogat generali», «lex superior derogat inferiori», dirá que «todos los problemas lógicos de la interpretación son lógicos en el sentido de que pueden ser determinados mediante un análisis lógico de la ley. Pero no son en modo alguno lógicos en el sentido de que puedan ser resueltos con ayuda de la lógica o de principios de interpretación que operen en forma mecánica (21). Tampoco se justifican lógicamente la analogía y la reducción teleológica.

Como pone de manifiesto Mir Puig, no sirve, a su vez, la contrastación empírica como forma de control (22). En este punto tendría ventajas la concepción que de la ciencia jurídica tiene Ross. Así, al señalar éste como tarea de la ciencia predecir las decisiones de los jueces, estaría en situación de controlar empíricamente lo acertado de su pronóstico. Sin embargo, ningún dogmático negará, como pone de manifiesto E. v. Savigny en sus observaciones a Albert, que existen soluciones judiciales incorrectas, no

(20) Cfr. el trabajo de este autor citado en la nota 6.

(21) Cfr. A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., p. 129. Para un análisis de las implicaciones valorativas de esos razonamientos, vid. N. BOBBIO, *Sobre los criterios para resolver las antinomias*, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Torres, 1980, pp. 349-364.

(22) Cfr. S. MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites...*, cit., p. 16.

admitiendo con ello que la decisión judicial se constituya en el criterio que mida la verdad o la falsedad de sus afirmaciones (23).

Una cierta forma de control empírico podría ser posible si la ciencia jurídica aceptase que el objetivo último de la interpretación no es otro que el de averiguar cuál fue la voluntad histórico-psicológica del legislador. Pero esta teoría subjetiva de la interpretación no es hoy dominante e incluso entre los partidarios de la misma, como señala Larenz, se efectuaron ciertas correcciones que la aproximaban a la teoría dominante hoy de la interpretación objetiva (24). A su vez, cabría un cierto control empírico si se admitiese que el criterio de verdad o falsedad de las afirmaciones de la ciencia jurídica depende de su coincidencia con la opinión mayoritaria. Pero ninguna doctrina minoritaria está dispuesta a reconocer que es falsa su postura por el hecho de no coincidir con la doctrina dominante (25).

B) Las proposiciones de la ciencia jurídica no son controlables porque en realidad no se limita a *describir* normas. Si en sus inicios, cuando se hablaba de la ciencia del Derecho como una ciencia normativa, se tuvo un especial cuidado en precisar que ella no debía expresar normas, sino que tenía que limitarse a describirlas, un análisis más real de la actividad de los dogmáticos —acorde con los postulados de la filosofía de la ciencia actual— ha puesto claramente de manifiesto que éstos no sólo describen el Derecho positivo, sino que formulan reglas no contenidas en las leyes (26) y deciden, en ciertos casos, cuál es el sentido de un texto legal en base a criterios valorativos (27).

Cuando Kelsen se ocupaba de la interpretación, señalaba que «la pregunta de cuál sea la posibilidad "correcta", en el marco del Derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del Derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político» (28). Esta tarea política es la que debía asumir el juez en la sentencia, de ahí que su actividad fuese considerada creadora de Derecho y no dirigida al conocimiento del mismo. Por ello, al pretender constituir Kelsen a la ciencia del Derecho en una verdadera actividad científica, tuvo especial cuidado en advertir que «la interpretación *jurídico-científica* (29), no puede sino ex-

(23) Cfr. E. v. SAVIGNY, *Die Jurisprudenz im Schatten des Empirismus. Polemische Anmerkungen zu Hans Albert: Erkenntnis und Recht*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1972, p. 101.

(24) Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 314.

(25) Cfr. S. MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites...*, cit., p. 16.

(26) Cfr. E. v. SAVIGNY, *Die Jurisprudenz im Schatten des Empirismus*, cit., p. 98.

(27) Lo que Aarnio denomina *opiniones sobre normas* frente a las *proposiciones sobre normas*. Cfr. A. AARNIO, *Sobre la racionalidad de la racionalidad*, cit., p. 3.

(28) Cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (trad. R. J. Vernengo de la 2.^a ed. de 1960), México, Univer. Nacional Autónoma de México, 1979, p. 353.

(29) Lo señalado en cursiva es nuestro.

poner los significados posibles de una norma jurídica (...), el escritor que en un comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única "correcta" no cumple una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política» (30). Sólo operaría científicamente el dogmático que se limitase a señalar cuáles son los significados posibles de una determinada norma (31), sin decidir acerca de cómo debe ser entendida. Pero la ciencia del Derecho tradicional no sólo opta por la interpretación que le parece más correcta, sino que, como se ha señalado, crea normas que no encajan exactamente dentro del marco semántico posible de determinados textos legales.

Por todo ello, una caracterización estricta de lo que se entiende por «ciencia» debería llevar a negar este calificativo a la actividad de los juristas. Si se llega a tal conclusión y se sostiene que sólo puede proporcionar un auténtico conocimiento del Derecho la sociología jurídica, como ciencia empírica, tal vez los filósofos del Derecho deberían ocuparse del análisis del conocimiento elaborado por los sociólogos. Si, pese a todo, siguen ocupándose de la ciencia del Derecho tradicional, quizá se pruebe con ello lo poco relevante que es en realidad discutir acerca del carácter científico o no de una determinada ocupación. Lo que en mi opinión, sí tiene interés es *describir* adecuadamente cómo opera la dogmática e intentar *explicar* por qué y en qué condiciones es posible una actividad de estas características. Esta será precisamente, la clase de investigación que me propongo realizar más adelante partiendo del *aspecto pragmático* del Derecho (32).

Sin embargo, los juristas insisten en la científicidad de sus proposiciones tal vez porque, al menos hasta ahora, la palabra «ciencia» posee una carga emotiva favorable (33). De ahí la necesidad de mostrar que sus elecciones basadas en valoraciones no son totalmente arbitrarias y se hallan sometidas a un control

(30) Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 356.

(31) O bien, como propone Tarrello, deberían limitarse a exponer cómo se ha entendido una determinada norma en el pasado o prever cómo se entenderá más adelante. Cfr. G. Tarrello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 61 ss.

(32) En este sentido comparto el punto de vista de J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1985, p. 315 s. De acuerdo, también con A. CALSAMIGLIA, *Sobre la Dogmática jurídica: presupuesto y funciones del saber jurídico* en «A.C.F.S.», núm. 22 (1982), p. 236.

(33) Cfr. C. S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, pp. 12 s. Me parece más acertada esta suposición que la que formula M. Atienza, siguiendo a M. Jori, cuando, al constatar que Hart no se ha preocupado de construir una teoría de la ciencia jurídica, sostiene que en los países del *common law* las profesiones jurídicas gozan de un alto prestigio de forma que no se siente mucho la necesidad de justificar la labor de los juristas. Cfr. M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, cit., pp. 249 y 281. No estoy de acuerdo con este planteamiento porque creo que si esta polémica no se ha dado en los países del *common law* ha sido por la poca elaboración teórica sobre el Derecho allí existente, a diferencia de la situación alemana durante el siglo XIX.

racional. Si el cuestionamiento del carácter científico de la ciencia del Derecho ha permitido desvelar que ésta no prescinde de las valoraciones (34), se trata ahora de mostrar qué tipo de control puede ejercerse sobre las mismas. Se alude frecuentemente al control intersubjetivo que, en el plano filosófico más general, es postulado por la teoría del consenso de Habermas como criterio de verdad (35). Aunque este criterio, como señala Weinberger, no sea admisible en el marco de las ciencias, tal vez pudiese ser útil en los ámbitos de la política y del Derecho (36). De ello nos ocuparemos en el siguiente apartado.

III

Si se parte de que el jurista en su tarea de reelaboración del material jurídico recurre a valoraciones (37), es preciso preguntarnos sobre la *naturaleza de los juicios de valor*. Es decir, es conveniente saber si esas valoraciones (38) son puras apreciaciones subjetivas del intérprete que escapan a todo control racional o si, por el contrario, pueden *fundamentarse y justificarse racionalmente*. Como señala Alexy sería un error creer que estas valoraciones dejan el campo libre a las convicciones morales subjetivas del intérprete. Una tal conclusión, añade, sólo sería obligada si no fuese posible su objetivización. Las propuestas en este sentido han sido varias. Para algunos, deberían tomarse en consideración los valores admitidos por la comunidad o por determinados círculos sociales (39). Ante este planteamiento Alexy se

(34) Aunque como descripción de lo que piensan algunos juristas es adecuado sostener que mediante la interpretación «se pretende *describir* los usos lingüísticos de la comunidad (...), usos que, en ocasiones, no coinciden con los sentidos que las oraciones jurídicas han recibido o van a recibir» (Cfr. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *El Derecho como dogma*, Madrid, Tecnos, 1984 p. 27) no es una descripción exacta de la labor que realizan efectivamente, pues el intérprete, normalmente, selecciona uno de los usos en base a criterios valorativos.

(35) Cfr. J. HABERMAS, *Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, en J. HABERMAS-N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt A. Main, Suhrkamp, 1971, pp. 123 s.

(36) Cfr. O. WEINBERGER, *Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik*, en «Rechtstheorie», 1981, Beihft. 2, pp. 161 s.

(37) En este sentido se manifiestan, entre otros K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit. pp. 139 s.; R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. München, C. H. Beck, 1974, p. 76; K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 203 s.

(38) Según Alexy el recurso a las valoraciones viene determinado por: 1) La vaguedad del lenguaje del Derecho; 2) La posibilidad de conflictos normativos; 3) El hecho de que existan casos que requieren una regulación jurídica, pero no les es aplicable ninguna de las normas existentes; 4) La posibilidad en casos especiales de decidir en contra del texto de una norma. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1979, pp. 17 s. Como se ve Alexy alude en: a) a la elección por el intérprete de un determinado sentido dentro del marco semántico posi-

muestra crítico no sólo porque puede ser difícil, aun con ayuda de las ciencias sociales, saber cuáles son estos valores y cuáles deben prevalecer en caso de divergencia, sino también porque no es admisible que una convicción normativa por el hecho de ser ampliamente compartida pueda ser el fundamento de una decisión (40). La referencia empírica no es, pues, un recurso suficiente.

La segunda posibilidad de objetivización consistiría en proponer que los valores a tener en cuenta sean los valores propios del ordenamiento jurídico (41). Sin duda han de ponderarse estas valoraciones, pero como criterio de decisión tampoco bastan. Como manifiesta Alexy, el contexto valorativo del orden jurídico no es algo que pueda servir de criterio inamovible de la decisión, pues en las normas jurídicas cristalizan puntos de vista valorativos distintos y no es claro, a veces, cuál es el valor que expresa una norma (42). No significa esta objeción que los valores contenidos en el ordenamiento jurídico no sean relevantes en orden a la decisión, sino que se hace necesario determinar con más precisión las formas y las reglas en base a las cuales ellos pueden ser utilizados para justificar las decisiones (43).

Para una tercera corriente de opinión los valores que deberían servir de base a la decisión son las normas del Derecho natural o el orden de valores objetivos que existe independientemente del Derecho. Esta solución comporta algunos problemas. En primer lugar, presupone la aceptación de ciertas premisas filosóficas discutibles, en segundo lugar, no parece fácil poder deducir de este orden de valores proposiciones normativas concretas (44).

Podría sostenerse, por último, que las valoraciones deben deducirse de los conocimientos empíricos. Esta propuesta debe rechazarse porque es imposible obtener de conocimientos empíricos, por muy importantes que sean, proposiciones normativas sin incurrir en la conocida, y hoy temida, falacia naturalista (45).

Se hace necesario, pues, seguir profundizando en estos problemas y adentrarnos en el campo de la llamada *metaética o ética*

ble de una norma; b) a las antinomias; c) a las lagunas; d) a la reducción teleológica. No debe, sin embargo, olvidarse que son muchos los casos en los que no plantea problemas saber cuál es la interpretación de un texto.

(39) Así, K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., pp. 159 s. El mismo, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (tra. J. J. Gil Cremades), Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, pp. 225 s.; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. Main, Athenäum Fischer, 1972, p. 9; M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. Berlín, Duncker & Humblot, 1976, p. 96.

(40) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 27 s.

(41) En este sentido, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pp. 286 s., 334 s.

(42) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 29.

(43) *Ibidem*.

(44) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 30.

(45) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit. p. 31.

analítica para determinar si es *posible* una fundamentación racional de los juicios de valor. La respuesta vendrá, sin duda, condicionada por la naturaleza que se atribuya a estas proposiciones. Cabe por ello sostener que cualquier teoría sobre su fundamentación presupone una teoría del lenguaje normativo (46). Examinaremos a grandes rasgos algunas de las teorías que se han expuesto.

De entre las llamadas teorías descriptivas cabría hacer mención del naturalismo y del intuicionismo. Debe entenderse, según Moore, por teorías naturalistas aquellas que propugnan un especial modo de acceso a la ética: «Este método consiste en sustituir "bueno" por alguna propiedad de un objeto natural o de una colección de objetos naturales. Y en reemplazar, por ende, la ética por alguna ciencia natural» (47). Las ciencias sustitutivas podrían ser la psicología, la sociología o cualquier otra ciencia. Así tanto daría que bueno se definiese como amarillo o fuerte, o productor de placer, o deseado o sentido, para que se calificase a una teoría que así operase de naturalista (48).

Como puede verse, lo que diferenciaría a las distintas posiciones naturalistas entre sí es que cada una considera diferentes los hechos a los que se refieren los juicios de moralidad. Mientras que algunos autores consideran que los juicios éticos describen sentimientos o deseos de alguna o una pluralidad de personas, otros sostendrán que aluden a ciertos hechos como producir placer, causar dolor, etc. Si la tarea de la ética, desde esta perspectiva, consiste en traducir proposiciones normativas a proposiciones descriptivas, la siempre amenazante cuestión de la derivación del deber ser del ser se resolvería de forma satisfactoria para el ser (49).

No es por ello de extrañar que las objeciones, que el propio Moore dirige a las teorías naturalistas, se basen en que éstas cometen la «falacia naturalista». El argumento con el que fundamenta su crítica es el de la pregunta abierta (50). Sin duda puede parecer plausible afirmar que si alguien piensa que A es bueno está pensando que A es de las cosas que deseamos, pero siempre cabe seguir adelante y preguntarse, ¿es bueno desear A? Así el que podamos hacer este tipo de pregunta respecto a los hechos con los que se pretende definir los términos éticos significa que éstos no pueden coincidir con aquéllos.

Aunque la crítica de Moore a las posiciones naturalistas ha sido contestada, parece razonable admitir que suministra un buen argumento para sostener que no es posible una total identificación entre expresiones normativas y expresiones descriptivas. De

(46) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 53.

(47) Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, p. 37.

(48) Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica*, cit., p. 38.

(49) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 55.

(50) Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica*, cit., pp. 14 s.

ahí que sea posible mantener que el discurso moral no se reduce a un discurso empírico. Partiendo del supuesto de que las expresiones «bueno» o «debido» no son definibles a través de expresiones empíricas, algunos autores opinan que, no obstante, siguen refiriéndose a hechos: hechos no naturales. Esta sería la tesis del *intuicionismo*. Recibe el nombre de intuicionismo porque entiende que esas entidades no naturales se conocen a través de la intuición. Se discute dentro de esta doctrina qué tipo de entidades son esas que pueden ser conocidas a través de la intuición. De ahí que Moore, intuicionista, considere que la cuestión fundamental de la ética sea la de definir lo que es «bueno» (51), o, mejor dicho, su interés básico es el descubrir cuál es la naturaleza del objeto o idea que se representa con la palabra «bueno», pues al expresar ésta una noción simple —no compleja— no puede ser reducida a partes más simples. Pero, para Moore, «así como no se puede explicar a nadie, por los medios y formas que sea, qué es lo amarillo si no se lo conoce, tampoco se puede explicar qué es lo bueno» (52).

Al intuicionismo se le han hecho también objeciones. La más contundente, tal vez, sea la de que, cuando se constata que diversas personas sostienen evidencias distintas, no puede ofrecerse criterio alguno que pruebe la corrección de unas frente a las otras. Es decir, ¿cómo podemos distinguir una intuición verdadera de lo bueno de una falsa si el único criterio de contrastación de la evidencia es la propia intuición? (53).

Mas, el reproche común al naturalismo y al intuicionismo es el de que no pueden explicar el carácter esencialmente dinámico del discurso moral, o sea, que éste «compromete al hablante con ciertas actitudes o cursos de la acción» (54). Las expresiones que se utilizan en las proposiciones normativas no agotan su función en describir algo, sino que su función es, principalmente, otra. Para el *emotivismo* los juicios de valor se utilizan no para describir hechos sino para *influir* en el comportamiento de otro. Las expresiones morales son instrumentos de influencia psicológica, por lo que junto a una función cognitiva desempeñan una función emotiva. Quien ofreció una versión definitiva de esta posición fue Stevenson. Según Hudson, para Stevenson, en todo discurso moral pueden descubrirse unos rasgos peculiares: 1) En él se muestran verdaderos acuerdos y desacuerdos; 2) Si alguien reconoce que algo es «bueno», tiene tendencia a perseguirlo lo que denomina «magnetismo» de los términos morales; 3) En el ámbito de este discurso no son suficientes los métodos de contrastación empíricos (55).

(51) Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica*, cit., p. 5.

(52) Cfr. G. E. MOORE, op. cit., p. 6.

(53) Cf. W. D. HUDSON, *La filosofía moral contemporánea*, Madrid, Alianza, 1974, p. 108.

(54) Cfr. W. D. HUDSON, *La filosofía*, cit., p. 116.

(55) Cfr. W. D. HUDSON, op. cit., p. 118.

El que sean posibles los acuerdos y desacuerdos viene determinado por una distinción previa: la no identificación entre una creencia y una actitud. Así, dos personas pueden estar de acuerdo en las consecuencias que puede tener la realización de una acción —tener las mismas creencias frente a ella— y tener distintas actitudes hacia la misma. Es la diferencia de actitud la que condiciona que una la recomiende y otra la rechace. O bien puede ocurrir que discrepen respecto a las creencias pero estén de acuerdo en cuanto a las actitudes (56). En relación con el segundo rasgo del discurso moral cabría decir que la función cognitiva de los juicios morales va referida a la expresión de las creencias, mientras que la función emotiva, a la de las actitudes. Por último, el método empírico sería insuficiente en esta materia puesto que sólo se pueden dar razones para justificar las creencias, mientras que en la adopción o no de una cierta actitud sólo pueden crearse causas para influir en dicha actitud (57).

Esta posición está, también, sujeta a críticas. La más radical sostiene que su admisión conduciría a una destrucción de la moralidad. Pero, como señala Hudson, la teoría emotivista, como teoría de la moralidad, implica lógicamente su existencia. Por ello no es de extrañar que muchos emotivistas mostraran con hechos que tomaban en serio los problemas morales: Ayer, marchando en manifestación contra el «apartheid» y Russell protestando contra la fabricación de armas nucleares (58). Tampoco es correcto calificar a los emotivistas de subjetivistas ya que, en palabras del propio Ayer, «rechazamos la concepción subjetivista de que llamar recta a una acción o buena a una cosa equivale a decir que es generalmente aprobada, porque no es autocontradictorio afirmar que algunas acciones que son generalmente aprobadas no son rectas, o que algunas cosas que son generalmente aprobadas no son buenas. Y rechazamos la posición subjetivista alternativa de que quien afirma que una cierta acción es recta, o que una cosa es buena, está diciendo que él la aprueba, porque un hombre que confesase que en alguna ocasión aprobó lo que era malo o erróneo no estaría en contradicción consigo mismo» (59).

La objeción que sí cabe hacer a esta teoría es que concibe en términos estrictamente psicológicos el discurso moral. Pues si lo que es propio de esta clase de discurso es el que sirva de causa para crear ciertas predisposiciones emocionales en otra persona, es posible argumentar que también los enunciados descriptivos pueden conseguir los mismos efectos psicológicos y que éstos varían de persona a persona. En opinión de Hudson el error del

(56) Vid. también, A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., pp. 298 s.

(57) Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 365.

(58) Cfr. W. D. HUDSON, op. cit., pp. 135 s.

(59) Cfr. A. J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, Barcelona, Martínez Roca, p. 121.

emotivismo —que servirá de punto de partida al prescriptivismo— es: «a) que confunde las razones de la acción con las causas de la acción; b) que confunde la fuerza perlocucionaria del lenguaje con el significado» (60).

Así, Hare —*prescriptivista*—, basándose en Austin y en el segundo Wittgenstein, llevará a cabo el análisis de los imperativos (61) y de los términos valorativos (62) y llegará a la conclusión de que los juicios morales implican imperativos (63). El que los juicios morales impliquen imperativos no significa que los juicios de valor sean equivalentes a imperativos. ¿Por qué no son iguales? Porque ante un juicio de valor cabe siempre preguntar por las razones que lo justifican, posibilidad que viene propiciada por el sentido descriptivo de los términos valorativos, lo que no se hace ante un imperativo. A su vez otra diferencia entre ellos es que los juicios de valor son universalizables. Así quien exterioriza un juicio moral está presuponiendo una *regla* que determina lo que es una razón para un juicio moral, regla que debe aceptar aún en el caso de que en una situación determinada pudiese perjudicar sus propios intereses (64).

Las objeciones al prescriptivismo han sido varias. Nosotros, en base a Alexy, nos ocuparemos de la que le formula K. Baier, un exponente de la teoría del «punto de vista moral» (65). Según Baier, el prescriptivismo, igual que el emotivismo, no puede explicar cómo es posible el discurso racional en materia ética. Su único avance respecto del emotivismo es el que ponga de manifiesto que los juicios morales son universalizables en el sentido que presuponen una regla que fundamenta este juicio y que deberá aceptarse aun cuando perjudique los intereses del que la alega. Pero pese a esta universalización esta concepción no puede excluir juicios valorativos que consideramos incorrectos. Así uno puede sostener en base a una cierta regla que todos los psicópatas deben ser eliminados y siendo él psicópata aceptar su propia muerte.

Por ello Baier sostiene que lo específico de la pregunta moral es el cuestionarnos qué es lo que es mejor hacer. Lo que realmente importa es mostrar las mejores razones que pueden servir para justificar la realización de una acción. Esas mejores razones se obtienen a partir de deliberaciones (66). Hay dos estadios en todo proceso deliberativo. En un primer momento se fija cuál

(60) Cfr. W. D. HUDSON op. cit., p. 155.

(61) Donde establece la distinción entre el «frástico» y el «neústico» para sostener que los imperativos y las aserciones tienen una parte en común —lo que denomina «frástico»— y una parte diferente —el «neústico»—.

(62) Distinguirá Hare en los términos valorativos un significado prescriptivo y un significado descriptivo. El significado descriptivo se refiere a las peculiaridades en base a las cuales algo es caracterizado como «bueno».

(63) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 84.

(64) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 107.

(65) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 124 s.

(66) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 124. Las deliberaciones se refieren tanto a la autoreflexión como a la confrontación entre varios hablantes.

puede ser una razón para sostener una determinada afirmación normativa. Siguiendo a Hare acepta, también, que son reglas lo que convierte a algo en fundamento. En un segundo momento, cuando se sopesan las razones que hay a favor o en contra —como es habitual—, deben presuponerse reglas que establezcan cuáles, de entre las reglas manejadas, deben tener prioridad (67). La elección viene determinada por el punto de vista moral, que se configura «por un conjunto de reglas, criterios o condiciones a los que deben ajustarse los juicios morales para poder ser aceptados como tales» (68). ¿Cuáles son estas condiciones? Las hay de dos clases, formales y materiales.

La primera condición formal es que la acción se juzgue en base a reglas y no a intereses propios de los sujetos que intentan conseguir ciertas finalidades. Como segunda condición formal debe añadirse que tales reglas sean válidas para todos y por tanto dotadas de un carácter abierto y «enseñables» con carácter universal. De ello extrae diversas consecuencias, p. ej., que la generalización de una norma moral no ha de conducir a que nadie deba cumplirla. No podría, por ello, sostenerse la siguiente regla: «Solicita ayuda cuando lo necesites pero tú no socorras a nadie que lo necesite» (69). En cuanto a las condiciones materiales subraya Baier tres criterios. El primero se satisface si el cumplimiento de una regla contribuye de forma inmediata al bien común de todos. El segundo es el de la reversibilidad, que ha de manejarse cuando el primero no es aplicable por existir conflictos de intereses entre los afectados. Según este criterio el comportamiento que se cuestiona debe ser aceptado tanto por el sujeto activo como por el sujeto pasivo. La tercera condición supone admitir que un comportamiento está prohibido cuando su cumplimiento generalizado tiene consecuencias funestas.

Adoptar el punto de vista moral significa que «el sujeto no asume una posición egoísta, actúa sobre la base de principios (lo que implica que no hace excepciones no previstas en los mismos principios), está dispuesto a universalizar tales principios y, al hacerlo, toma en cuenta el bien de todos por igual» (70).

Alexy no cree que las condiciones propuestas por el punto de vista moral basten como criterios para juzgar los juicios morales (71). En cuanto a los formales, el principio de la «enseñabilidad» universal (*universal teachability*) podría no evitar juicios morales de dudosa corrección (p. ej., las normas de segregación racial). Tampoco los materiales son definitivos. Así las ventajas inmediatas para todos pueden ser perfectamente compatibles con enormes desigualdades en el reparto de las mismas. El principio

(67) Cfr. R. ALEXY op. cit., p. 126.

(68) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 127.

(69) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 129 s.

(70) Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 373.

(71) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 131 s.

de reversibilidad no impide que el judío nazi postule la extinción de los judíos y él mismo acepte su exterminio. Por último, también plantea problemas el que se consideren prohibidas aquellas acciones cuya realización general conlleva desastrosas consecuencias, pues al no especificarse que son las consecuencias desastrosas no se sabe cuándo hay que aplicarlo (72).

Convenimos con Alexy (73) en que de los hasta ahora expuesto pueden desprenderse las conclusiones siguientes:

La función del lenguaje moral no se agota, como cree el naturalismo y el intuicionismo, en la descripción de objetos, propiedades o relaciones empíricas o no empíricas. Por ello las proposiciones normativas no pueden ser controladas ni en función de entidades empíricas ni con el método de las ciencias empíricas.

Aun aceptando este punto de partida, ello no significa inclinarse por el emotivismo. Al sostener éste que los juicios morales expresan sentimientos no toma en consideración que los juicios de valor o de deber están normalmente unidos a la idea de corrección. Así cuando se afirma que una conducta es buena o no es buena se inicia entre la gente una discusión en la que se intenta dar razones a favor y en contra de las justificaciones que se ofrecen a las tomas de posición. Puesto que en esta discusión sobre juicios valorativos puede verse sólo un intento de influir en los que en ella participan, se hace necesario saber si pueden *darse reglas* que permitan establecer cómo se distinguen buenos argumentos de malos argumentos.

Con estas reglas se quiere evitar el regreso al infinito o la decisión última injustificable, que no pueden evitarse si se sostiene, como Alexy, que el fundamento de un juicio normativo es una regla, pero que ésta, a su vez, se fundamenta en otra de carácter más general y así sucesivamente. Estas reglas suministrarían las exigencias de la *actividad justificadora* y su fijación correspondería a una *teoría de discurso racional*. Puesto que se refieren también al comportamiento de los hablantes podrían considerarse reglas *pragmáticas* (74). El atenerse a estas reglas no garantiza la definitiva certeza de todos los resultados sino «que el resultado obtenido se caracterice como racional. Con ello racionalidad no es equivalente a certeza definitiva» (75).

Esta teoría del discurso racional se inscribe en un marco más amplio, el de la teoría del discurso. Pueden darse distintas teorías del discurso según sean empíricas, analíticas y/o normativas. Será *empírica* en el supuesto que se ocupe de constatar y explicar qué clases de argumentos se utilizan en ciertos grupos, los efectos de los mismos y las opiniones que tengan sobre su validez. Será

(72) Ejemplos interesantes basados en este último principio pueden hallarse en el libro de N. HOERSTER, *Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung*, München, Karl Albert, 1971, pp. 41 s.

(73) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 221 s.

(74) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 223.

(75) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 224.

analítica cuando se pregunte acerca de la estructura lógica de los argumentos que se utilicen. Será *normativa* cuando intente justificar y fundamentar criterios para la racionalidad del discurso (76). De lo dicho se desprende con cierta claridad que la teoría del discurso racional es una teoría del discurso normativo.

En conclusión, pues, un enunciado normativo será correcto cuando se haya obtenido a través de un determinado *procedimiento*: el *discurso racional*. De ahí que la teoría del discurso racional pueda ser caracterizada como una teoría *procedimental* (77).

No examinaré las reglas y formas de este discurso que con gran claridad propone Alexy en su trabajo (78), ni cómo pueden fundamentarse para evitar un regreso al infinito (79). Sólo quería mostrar que por esta vía se facilita, en el marco de la teoría de la Justicia, la posibilidad de controlar opciones valorativas que, tomando en cuenta las aportaciones de las ciencias, sirvan para enjuiciar el orden jurídico positivo. Somos conscientes, sin embargo, que las verdades prácticas así obtenidas no serán más que, como dice Gil Cremades, «hipótesis revisables, modificables continuamente» (80). En las aportaciones de Pérez Luño en torno a los Derechos humanos podemos ver ya un reflejo de esta nueva perspectiva (81).

Entiendo la ciencia del Derecho como una *forma histórico-concreta de institucionalización del discurso racional*. Por ello se halla sujeta a una serie de condicionamientos y presupuestos reales —no puramente ideales— que considero de enorme interés analizar. He aquí un programa de investigación ya iniciado en otros países y que me gustaría desarrollar en el nuestro. El objetivo de este trabajo es mucho más modesto. Se consideraría alcanzado si hubiese logrado contribuir a avivar entre nosotros la discusión sobre aquellas condiciones de las que depende la racionalidad del discurso jurídico.

(76) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 225.

(77) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 32 s.; 263 s. El mismo, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en E. GARZÓN VALDÉS (Compilador), *Derecho y filosofía*, Barcelona, Editorial Alfa, 1985, p. 44.

(78) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., pp. 361-364.

(79) Las propuestas han sido varias. Me parece en extremo sugerente la de K. O. APPEL en *El «a priori» de la Comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética. El problema de una fundamentación racional de la ética en la era de la ciencia*, en *La transformación de la filosofía*, II, cit., pp. 363 s.; 375 s.; 379 s.; 399 s.; 403 s.; El mismo, *¿Es posible distinguir la razón ética de la racionalidad estratégica?*, en *Estudios éticos*, Barcelona, Editorial Alfa, 1986, pp. 27-103.

(80) Cfr. J. J. GIL CREMADES, *Razón práctica y razón jurídica*, en «A.C.F.S.», número 17 (1977), p. 24.

(81) Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 181.

II
ESTUDIOS

El neokantismo jurídico axiológico

Por FELIPE GONZALEZ VICEN

La Laguna

Hace no mucho tiempo publiqué un trabajo sobre el neokantismo lógico-jurídico (1). En él describía el proceso por el cual, a caballo sobre el positivismo de la época, se llega al gran movimiento kantiano de finales del siglo, y terminaba con una breve consideración crítica sobre el neokantismo jurídico en general. Dando todo ello por supuesto, las páginas siguientes están dedicadas al estudio de la otra gran dirección del neokantismo jurídico: el neokantismo jurídico axiológico. Es la llamada Escuela de Baden o también Escuela sudoccidental alemana por la situación geográfica de las Universidades, Friburgo y Heidelberg, en las que desarrollaron su actividad los más notables representantes de la dirección; de igual manera, que se denomina también al neokantismo lógico Escuela de Marburgo por la Universidad en que enseñaron los grandes teóricos del movimiento.

1

La Escuela sudoccidental alemana comparte con las demás ramas del neokantismo dos rasgos principales, a los que ella presta naturalmente acentos propios. El primero de estos rasgos es la consideración de Kant como la cima de la especulación filosófica occidental y el gran indicador de caminos para la reflexión subsiguiente. El segundo de estos rasgos es la lectura, no histórica, sino, pudiera decirse, sistemática de la obra kantiana. Porque el neokantismo, pese a su mismo nombre, no trata de renovar la doctrina kantiana en su versión original, de entenderla o fundamentarla de nuevo, sino de interpretarla e instrumentarla desde un punto de vista y desde una posición filosófica concreta, que varía según las direcciones. O en otras palabras: el neokantismo trata de repensar la obra kantiana de tal manera que le sirva de base y punto de arranque para una filosofía propia.

Basta una simple ojeada a la obra de la Escuela sudoccidental, para ver cómo estos dos rasgos resaltan en ella. En primer término, la valoración de Kant. Como dirá W. Windelband, el gran historiador de

(1) En *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, vol. II (1985), págs. 27 ss.

la filosofía y uno de los fundadores de la dirección, «en Kant se encuentran en una unidad viva todos los principios que habían constituido con anterioridad el pensamiento moderno» (2); por la grandiosidad y la novedad de sus puntos de vista, Kant «señala a la filosofía que le sucede, no sólo los problemas, sino también la ruta para su solución» (3). La filosofía de Kant es «crítica», dirá Rickert, en el sentido de que representa una línea divisoria y delimitadora (4), de tal manera, que todo progreso filosófico después de Kant «se halla en la misma línea trazada por él» (5), y sólo desde él puede entenderse (6). Y lo mismo puede decirse de lo que hemos calificado de segundo rasgo esencial del neokantismo: la interpretación «sistemática» de Kant. Concluyente a este respecto son las célebres palabras del propio Windelband. «Entender a Kant significa tanto como trascenderlo» (7), había ya escrito, para añadir en otro lugar, más precisamente: «¿cómo hemos de entender a Kant adecuadamente para poder trascenderlo?» (8). Es a lo que apunta también Rickert cuando califica de «kantiano», no al que sigue ciegamente la doctrina de Kant, sino al que trata de «superar la individualidad del propio Kant» (9), al que se percata de que «hay muchas partes del sistema kantiano a las que hace falta despojar de su 'letra' históricamente condicionada para penetrar en su 'espíritu' suprahistórico», de que, en suma, «hay que tratar de entender a Kant mejor de lo que él mismo se entendió» (10). La tarea consiste en «llegar a través del Kant histórico más allá del Kant histórico» (11). Sólo la «crítica del criticismo nos mostrará la dirección en que hemos de buscar respuesta a las grandes cuestiones filosóficas» (12).

Esta intención de trascender a Kant para alcanzar así más altos grados de reflexión la comparte la Escuela sudoccidental, como ya he subrayado, con todo el neokantismo, y muy especialmente con la Escuela de Marburgo. Y sin embargo, un mundo de ideas separa a ambos movimientos. Mientras que la Escuela de Marburgo, por una especie

(2) W. WINDELBAND, *Geschichte der neueren Philosophie*, Leipzig, 1878-80, dB. II, pág. 1.

(3) W. WINDELBAND, *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, 13 Aufl. hrsgn. v. H. Heimsoeth, págs. 445-46.

(4) H. RICKERT, *Kant als Philosoph der modernen Kultur. Ein geschichtsphilosophischer Versuch (= Kant)*, Tübingen 1934, págs. 141-42.

(5) H. RICKERT, «Geschichtsphilosophie», en *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer*, Heidelberg 1904-5, Bd. II, págs. 51-52.

(6) W. WINDELBAND, «Kritische oder genetische Methode» (1883), en *Präludien. Aufsätze und Reden zu Philosophie und ihre Geschichte*, 5. Aufl., Tübingen 1915, Bd. II, pág. 100.

(7) WINDELBAND, *Präludien*, ya cit., págs. IV, VI.

(8) WINDELBAND, «Nach hundert Jahre. Zu Kants hundertjährigen Todestag» (1904), en *Präludien*, Bd. I, pág. 150.

(9) RICKERT, *Kant*, ya cit., pág. IX.

(10) RICKERT, *Kant*, págs. 168-170.

(11) F. MÜNCH, *Erlebnis und Geltung*, Berlín 1913, pág. 4.

(12) RICKERT, *Die Heidelberger Tradition und Kants Kritizismus*, Berlín 1934, pág. 9.

de «timidez filosófica» (13), ve en la teoría del conocimiento, y consecuentemente en la *Crítica de la razón pura*, la esencia y el centro de gravedad de la filosofía kantiana, el neokantismo sudoccidental ve esa esencia y ese centro de gravedad en la idea de una teleología universal a la que Kant dio expresión inacabada en la *Crítica del juicio*, «la más grandiosa manifestación de la filosofía crítica» (14). Y así como la Escuela de Marburgo trata, por eso, de aplicar la síntesis categorial kantiana a todos aquellos campos del saber filosófico a los que Kant no lo había hecho —«la filosofía de Kant constituye un sistema y quien lo destruye en la ética, lo destruye también en la lógica», diría Cohen con su contundencia habitual (15)—, el neokantismo de Baden cree ver en Kant una nueva concepción unitaria de filosofía, que se nos muestra también en lo que Rickert iba a llamar «los saberes ateóricos» (16). Al concepto restringido de filosofía que lleva aparejada la interpretación de Kant en el neokantismo de Marburgo, se opone ahora un concepto universal de filosofía que quiere leerse también en los textos kantianos. Filosofía no es sólo indagación de las causas de nosotros mismos y de las cosas que nos rodean, sino «la pregunta fundamental por todo aquello a lo que las ciencias particulares no pueden dar una respuesta» (17). Filosofar significa buscar «un conocimiento total de la realidad» (18); o en otras palabras, filosofía es «conocimiento del mundo en su totalidad» (19), es decir, «conocimiento teórico del todo» (20), saber fundado y comprensivo del universo y de la vida (21). El filósofo quiere «reducir la multiplicidad inabarcable del mundo a una conexión precisable de conceptos» (22), trata de «aprehender el mundo como suma de todas sus partes» (23).

En esta misma línea quiere ver la filosofía kantiana el neokantismo sudoccidental. Lo que Kant tiene por cometido de la filosofía crítica es «la comprensión de la totalidad de lo dado dentro de los límites del conocimiento científico» (24). No el análisis y fundamentación del conocimiento científico-natural es el fin último de la filosofía crítica, sino sentar las bases gnoseológicas de los contenidos «de la ética y

(13) WINDELBAND, *Ueber die gegenwärtige Lage und Aufgabe der Philosophie* (1907), en *Präludien*, Bd. II, pág. 71.

(14) WINDELBAND, *Nach hundert Jahre*, ya cit., pág. 151, B. Bauch, *Immanuel Kant*, Berlin u. Leipzig 1917, págs. 27-28, 369 págs.

(15) *Ethik des reinen Willens*, 3. Aufl. Berlin 1921, págs. 228-29.

(16) RICKERT, *Kant* págs. 143 ss. *passim*.

(17) RICKERT, «Vom Begriff der Philosophie», en *Logos*, Bd. I (1910/11), pág. 6.

(18) RICKERT, «Geschichtsphilosophie», en *Festschrift für Kuno Fischer*, ya cit., Bd. II, pág. 53.

(19) Cfr. la exposición que el mismo RICKERT hace de su filosofía en *Philosophen-Lexikon*, hrgn. v. W. Ziegenfuss u. G. Jung, Berlin 1948-50, Bd. II, pág. 346.

(20) RICKERT, «Wissenschaftliche Philosophie und Weltanschauung», en *Logos*, Bd. XXII (1933), pág. 53.

(21) WINDELBAND, *Einleitung in die Philosophie*, 2. Aufl., Tübingen 1923, págs. 19-20.

(22) RICKERT, en *Philosophen-Lexikon*, ya cit., pág. 646.

(23) RICKERT, *Wissenschaftl. Phil. u. Weltanschauung*, ya cit., págs. 38-39.

(24) RICKERT, *Heidelberg Tradition*, ya cit., págs. 14, 16-17.

de lo social, de la estética y lo religioso de su época» (25). El que no se haya visto así se debe a la forma en que ha venido entendiéndose la teoría del conocimiento kantiano. Aunque para Kant el mundo de los objetos se constituye en la síntesis categorial, ello no significa que lo único real aquí sea el pensamiento, porque esta síntesis se lleva a cabo según ciertas reglas absolutas, que son lo verdaderamente real en el conocimiento. Lo que Kant afirma es «que los objetos no son para nosotros otra cosa que ciertas reglas en la combinación de las representaciones, reglas que hemos de poner en práctica si queremos pensar la verdad», es decir, que «lo que llamamos objeto es en Kant una regla en la combinación de las representaciones» (26). La gran significación de la filosofía kantiana es que extiende también este esquema del conocimiento a los campos ateóricos del saber. Como dice Rickert, la existencia del racionalismo no afecta para nada a la esencialidad del mundo ateórico; a lo único que asistimos es al fenómeno «del entendimiento puesto al servicio de fines ajenos a este mismo entendimiento» (27). Para la reflexión filosófica las normas del conocimiento científico son sólo una parte de un todo más general; «junto a ellas figuran con validez propia y completamente independiente de ellas las normas de la conciencia ética y las del sentimiento estético, las cuales, la moral y el arte, hunden sus raíces en la razón lo mismo que las normas del conocimiento» (28). O como dirá un neokantiano tardío, la teoría del conocimiento kantiana no es «sólo teoría del conocimiento específicamente científico, sino también teoría del conocimiento moral y artístico» (29).

Lo que el neokantismo lógico consideraba como algo secundario en la filosofía crítica, que había, por ello, que reconducir al esquema de los juicios sintéticos *a priori*, es visto ahora «como parte integrante de la filosofía crítica, quizá como aquella parte que más significación reviste por su contenido» (30). En la interpretación del neokantismo sudoccidental, lo que Kant perseguía como cometido de toda filosofía era la reflexión sobre los «principios racionales» que rigen «toda» nuestra actividad; una reflexión, por eso, que «lejos de quedar reducida a la definición de las reglas del pensar... encuentra su objeto último en las reglas del querer y del sentimiento artístico» (31). La disolución del esquema *a priori* del pensar en un conjunto de reglas objetivas del conocimiento va a tener, por tanto, grandes consecuencias en la nueva interpretación de Kant como paradigma de una filosofía dirigida a la reflexión sobre todos los aspectos y manifestaciones del

(25) WINDELBAND, *Ueber die gegenwärtige Lage u. Aufgabe der Philosophie*, ya cit., págs. 1-2.

(26) WINDELBAND, «Immanuel Kant. Zur Säkularfeier seiner Philosophie», en *Präludien*, Bd. I, págs. 136-37.

(27) RICKERT, *Kant*, ya cit., pág. 147.

(28) WINDELBAND, *I. Kant*, ya cit., pág. 141.

(29) K. STERNBERG, «Der Neukantianismus und die Forderungen der Gegenwart», en *Kant-Studien*, Bd. XXV (1920), pág. 397.

(30) WINDELBAND, *Nach hundert Jahren*, ya cit., pág. 151.

(31) WINDELBAND, *I. Kant*, pág. 141.

hacer humano. Hay unas reglas que rigen el conocimiento, y de la misma manera hay reglas que rigen y condicionan nuestra conducta e incluso nuestra sensibilidad. No se trata de reglas en el sentido de «precepto», de normas que nos sean «impuestas» de una u otra manera, sino de reglas que llevan en sí el fundamento de su validez, o en otras palabras, de normas «racionalmente necesarias» (32). ¿En qué se basa esta validez, esta necesidad racional? Responder a esta pregunta es apuntar al centro mismo de la filosofía del neokantismo sudoccidental. Las normas o reglas de nuestro conocer o de nuestro obrar en general poseen validez absoluta cuando sirven a la aprehensión o a la realización de valores. Son reglas o normas que poseen validez «bajo el supuesto de que el pensamiento persiga la verdad, el querer la bondad y el sentimiento la belleza» (33). Verdad, bondad, belleza, pero también libertad, justicia y, en otro orden, placer, valentía son, junto a otros muchos, valores. Valores son conceptos abstractos que, al contrario de las cosas que nos rodean, no poseen realidad, sino «validez» (34). Los valores, por eso mismo, no nos son accesibles directamente, sino sólo a través de sustratos materiales en los que se nos aparecen, sustratos que pueden ser tanto un objeto en sentido estricto como una persona (35). Nosotros no percibimos la verdad en sí, sino sólo proposiciones o afirmaciones verdaderas, como no percibimos directamente la belleza, sino sólo obras o cosas bellas. Como el ser, tampoco los valores son definibles; el único criterio de distinción entre ambos es el sentido diverso que la categoría de la negación reviste en cada uno de ellos, ya que, mientras que la negación del ser es la nada, la negación de un valor no sólo puede ser también la nada, sino, de ordinario, otro valor de carácter negativo: la negación de la verdad es la falsedad, la de la belleza, la fealdad (36).

La idea de valor es de importancia decisiva en el neokantismo sudoccidental, no sólo para la hermenéutica kantiana, sino también para la fundamentación del propio sistema filosófico que construyen partiendo de aquélla. En nuestro esfuerzo por el saber filosófico o total del mundo nos encontramos con objetos sensibles que podemos conocer por experiencia interna o externa, pero también con objetos suprasensibles, «significaciones» o «complejos de sentido», que no nos son accesibles a la experiencia, sino sólo a la «comprensión». No se trata de objetos de naturaleza corporal o psicológica, sino de algo más sutil que no nos es cognoscible más que poniéndolo en relación con aquello de que dependen, es decir, con los valores. «Sentido y significación sólo pueden entenderse científicamente por medio del concepto de valor, y la totalidad del sentido del mundo sólo puede aprehenderse

(32) WINDELBAND, *Nach hundert Jahren*, pág. 151.

(33) WINDELBAND, *Kritische oder genetische Methode*, ya cit., pág. 109.

(34) El término fue introducido por H. LOTZE, *Logik*, Leipzig 1843, páginas 47 ss.

(35) W. METZGER, «Objektwert und Subjektwert», en *Logos*, Bd. IV (1913), págs. 85 ss.

(36) H. RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis. Einführung in die Transzendentalphilosophie*, 3. Aufl., Tübingen 1915, págs. 264 ss.

teórica y universalmente partiendo de un sistema de valores» (37). Es la referencia a un valor lo que presta a una cosa o a una acción «significación» o «sentido», y este mundo, por así decirlo, inconsutil forma parte como los objetos corporales de ese universo al que está dirigida la reflexión filosófica. Pero forman parte de un modo singular, porque ni los objetos en que se nos dan los valores —lo que la Escuela llamará «bienes»—, ni el acto de valoración por el sujeto son en sí valores, sino modo de relación entre la realidad y el mundo axiológico de la validez (38). Lo que quiere decir, que la totalidad que la filosofía convierte en su objeto abarca tres planos distintos: la realidad sensible, las significaciones o sentido y los valores. Y es así como puede decirse, que el centro de la filosofía crítica es sólo «una teoría filosófica de los valores» (39). Porque al no quedar limitada la filosofía kantiana a la teoría del conocimiento, es decir, al ver en ella también una reflexión sobre la filosofía práctica, las reglas o principios de esta reflexión sólo pueden revestir validez absoluta referidos a valores; de igual manera que una acción moral o un objeto bello sólo pueden recibir esta calificación en tanto que «bienes», como encarnación de valores.

Estos «bienes» u objetos en que los valores se nos hacen reales, este mundo de «significaciones» en cuyo origen se halla siempre la actividad humana, constituye un ámbito de estructura muy precisa que los neokantianos de Baden denominan «cultura». Mientras que «naturaleza» es el conjunto de objetos o cosas «entregados a su libre crecimiento», «cultura» es aquella parte de la realidad que el hombre conforma para la realización de valores (40). Es un mundo cuyo esquema constitutivo discurre, puede decirse, paralelamente al de la gnoseología crítica, ya que también aquí se trata de «lo que la conciencia humana realiza con lo dado en virtud de su racionalidad constitutiva» (41). O como dirá otro sudoccidental: «el concepto de cultura no significa sólo una realidad, algo que esté ahí o que acontezca, sino que significa también, a la vez, el sentido de esta realidad; cultura no es algo dado, existente o aconteciente como la naturaleza, sino algo que nosotros los hombres producimos, en tanto que seres capaces de dar sentido a las cosas y de percibirlo en ellas» (42). Este mundo de la cultura, aunque objeto de la filosofía como reflexión que es sobre todo lo dado, lo es de modo específico de las llamadas ciencias culturales o de la cultura, las cuales estudian los distintos campos del saber que se constituyen por el distinto sentido que revisten los diversos objetos cultu-

(37) RICKERT, en *Philosophen-Lexikon*, ya cit., pág. 343.

(38) RICKERT, *Vom Begriff der Philosophie*, ya cit., págs. 12-13.

(39) WINDELBAND, *Nach hundert Jahren*, ya cit., pág. 158.

(40) RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 2. Aufl., Tübingen 1910, págs. 19-20.

(41) WINDELBAND, «Kulturphilosophie und transzendentaler Idealismus», en *Logos*, Bd. I (1910/11), pág. 291.

(42) R. KRONER, *Die Selbstverwirklichung des Geistes. Prolegomena zur Kulturphilosophie*, Tübingen 1928, pág. 3. Sobre el «sentido de la cultura», también del mismo autor, *Kulturphilosophische Grundlegung der Politik*, Berlin 1931, págs. 39 ss.

rales. Del mismo modo que la realidad empírica es objeto de la filosofía en su constitución como tal realidad empírica, y a la vez, objeto también de las ciencias naturales, que estudian con su método propio cada uno de los campos de aquella realidad.

Ahora bien, objeto de la filosofía o de las ciencias culturales, no hay duda de que las realidades de sentido que nosotros conocemos no se han conocido siempre, ni se han conocido igual que nosotros, ni tampoco puede decirse que revistan una forma definitiva que va a perdurar idéntica para todo futuro. Es decir, que la cultura como tal y los objetos o «bienes» que la componen están sometidos a la mutabilidad del tiempo, o en otros términos, tienen historia y son fruto de la historia. «El hombre es el animal que tiene historia», dirá Windelband en un discurso famoso (43), y todas sus creaciones llevan el sello de la historia. El problema radica en poner en claro qué es la historia, procediendo a una «crítica de la razón histórica» (44), paralela a la crítica de la razón teórica a la que procede la filosofía en la teoría del conocimiento. En esta tarea va a concentrarse en gran parte el pensamiento del neokantismo sudoccidental. Su punto de partida es el de la existencia de una sola realidad, cuya comprensión es posible desde dos puntos de vista. Un punto de vista es el de las ciencias naturales que consideran los objetos como «ejemplares», en lo que tienen de común con otros, prescindiendo, por tanto, de su individualidad; un punto de vista que ve las relaciones entre los objetos siempre bajo la forma abstracta de «ley» (45). Al contrario de este esquema generalizador, las ciencias históricas tratan de comprender lo concreto e irrepetible en la realidad; su objeto son los fenómenos en su unicidad, individualidad e incomparabilidad. Lo que en las ciencias naturales es ignorado por definición, constituye en las ciencias históricas el verdadero objeto de la reflexión. Partiendo de un sistema de valores válido en el momento, las ciencias históricas se centran en los objetos, personas o acciones en los que se hacen realidad estos valores, y que destacan, por eso, del resto del acontecer (46). Aquí tiene lugar también un proceso selectivo análogo al de la razón teórica en las ciencias naturales, aunque de signo contrario (47). Mientras que, enfrentadas con la multiplicidad de los fenómenos, las ciencias naturales van seleccionando entre ellos según las categorías de ejemplar, especie, género o leyes generales, enfrentadas también con la suma inabarcable del acontecer pasado y presente, las ciencias históricas no reproducen sin más este acontecer, sino que también proceden a una selección según un criterio de valoración, es decir, de la realización de un valor en las cosas o en las personas. Y porque se trata de una única realidad y

(43) «Geschichte und Naturwissenschaft» (1894), en *Präludien*, Bd. II, página 152.

(44) WINDELBAND, *Kritische oder genetische Methode?*, pág. 120.

(45) RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, págs. 38 ss.

(46) Sobre todo ello, RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, ya cit., págs. 334 ss.

(47) WINDELBAND, *Ueber die gegenwärtige Lage u. Aufgabe der Philosophie*, ya cit., págs. 14-15 ss.

sólo de dos ángulos distintos de comprensión, un mismo fenómeno o cosa puede ser objeto de ambas ciencias, aunque desde dos distintas perspectivas: lo mismo una personalidad que el idioma de un pueblo, lo mismo una batalla que una obra de arte, «incluso una explosión» (48).

Con esta concepción de la historia, el neokantismo sudoccidental va a introducir un nuevo elemento en su interpretación de la filosofía crítica. En su grandiosa unilateralidad, Kant había acuñado como concepto fundamental de su filosofía, el de «conciencia en general»; es decir, la noción de la subjetividad trascendental absoluta, que va a desempeñar un papel constitutivo, no sólo en la filosofía teórica como punto de referencia de los juicios sintéticos *a priori*, sino también en la filosofía práctica con la idea del sujeto ético que conoce la ley moral y obra por respeto a ella, es decir por «obligación». Contra esta idea kantiana de la subjetividad se alza ya la fórmula ética del historicismo, la idea de que «nosotros no ocupamos el centro del mundo, sino que sólo desgranamos nuestra modesta existencia en un apartado rincón del mismo» (49). Esta premisa general nos revela todo su significado en la filosofía práctica. Porque es una experiencia directa que el hombre nos aparece nunca como tal aisladamente, sino siempre en una conexión social concreta, es decir, siempre condicionado históricamente. «El hombre abstracto 'natural' no existe; el único que existe es el hombre histórico» (50). De aquí que la idea de una ética formal y válida en general es una contradicción en los términos. Como Kant había enseñado, el concepto de obligación es un concepto *a priori* que no se fundamenta en ningún dato empírico, y que es, a la vez, la condición del obrar ético del hombre. Pero aquí se confirma, una vez más, el principio metódico de que ni la inducción ni la deducción tienen lugar propio en una reflexión ética formal: que ni de las obligaciones singulares puede inducirse legítimamente el principio ético general, ni de éste pueden deducirse las obligaciones particulares. El principio kantiano de la obligación no nos dice ni puede decirnos nunca cuál es el contenido de mi obligación del momento, justamente porque este momento es de naturaleza histórica y no puede ser reducido a categorías formales. O como se dirá, con palabras que van a tener largo eco en el pensamiento contemporáneo. «Está claro que en los preceptos morales singulares, junto al principio general de la obligación tiene siempre que darse un contenido concreto que no puede deducirse de aquel principio mismo, sino que se halla siempre condicionado por la experiencia; se trata del elemento histórico, del que ninguna ética puede prescindir» (51).

(48) WINDELBAND, *Geschichte und Naturwissenschaft*, págs. 145-6, 158.

(49) WINDELBAND, *I. Kant*, pág. 119.

(50) WINDELBAND, «Vom Prinzip der Moral» (1883), en *Präludien*, Bd. II, pág. 173.

(51) WINDELBAND, *Vom Prinzip der Moral*, ya cit., pág. 167.

2

Como reacción al neokantismo de Marburgo, con su filosofía estrictamente gnoseológica y su interpretación angosta de la teoría crítica, la doctrina axiológica del neokantismo de Baden va a alcanzar una extraordinaria resonancia en la conciencia filosófica de la primera mitad de nuestro siglo. Y lo mismo que ocurrió con el neokantismo lógico, también las premisas axiológicas del neokantismo sudoccidental van a trasladarse pronto al campo de la filosofía del Derecho.

El primer filósofo del neokantismo jurídico de Baden, y ello no sólo cronológicamente, fue Emil Lask (1875-1915). Lask, discípulo de H. Rickert y sucesor de K. Fischer en la cátedra de Filosofía de la Universidad de Heidelberg, es autor de un breve trabajo titulado simplemente *Filosofía del Derecho*, el cual, pese a su brevedad, va a revestir una significación insospechada para la reflexión filosófico-jurídica subsiguiente (52), hasta el punto de que su influencia ha podido compararse con la de Max Weber en las ciencias sociales (53). Lask comienza con la pregunta que puede hacerse todo jurista: «¿Hay además de la ciencia del Derecho empírica una filosofía del Derecho distinta de ella? ¿Hay alguna pregunta justificada sobre el Derecho a la que la ciencia jurídica no puede por principio responder?» (54). La primera respuesta a estos interrogantes, dice Lask, es la «teoría general del Derecho», la cual con su propósito de obtener por inducción una serie de conceptos jurídicos comunes a todos los pueblos, épocas y disciplinas jurídicas, es, más bien que una filosofía del Derecho «positivo», una «filosofía positiva» del Derecho (55). Frente a esta «teoría general», Lask formula como única filosofía científica del Derecho su «teoría crítico-axiológica».

(52) Sobre E. LASK y especialmente sobre su filosofía del Derecho, que ya ha concitado en su entorno una pequeña bibliografía, cfr. G. v. LUKÁCS, «Emil Lask. Ein Nachruf», en *Kant-Studien*, Bd. XXII (1918), págs. 349 ss.; F. KREIS, «Zu Lasks Logik der Philosophie», en *Logos*, Bd. X (1921), págs. 227 ss.; E. HERRIGEL, «Emil Lasks Wertsystem», en *Logos*, Bd. XII (1923), págs. 100 ss.; H. RICKERT, «Persönliches Geleitwort», en E. LASK, *Gesammelte Schriften*, Tübingen 1923-24, Bd. I, págs. V ss.; J. SIEGERS, *Das Recht bei Emil Lask*. Bonn 1964; H. SOMMERHÄUSER, «Emil Lask (1875-1915). Zum neupzigsten Geburtstag des Denkers», en *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. XXI (1967), págs. 136 ss.; T. SAMPAIO FERRAZ, *Die Zweidimensionalität des Rechts als Voraussetzung für den Methodendualismus von Emil Lask*, Meisenheim a. G. 1970; H. RONHOFF, *Emil Lask als Lehrer von Georg Lukács. Zur Form ihres Gegenstandsbegriffs*, Bonn 1975. En castellano: E. GALÁN, *La filosofía del Derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y con el clásico*, Madrid 1944, así como también, E. LASK, *Filosofía jurídica*, trad. R. Goldschmidt, prólogo de E. Martín Paz, Buenos Aires 1946.

(53) G. v. LUKÁCS, *E. Lask. Ein Nachruf*, ya cit., pág. 352.

(54) E. LASK, *Rechtsphilosophie*, en *Festschrift für Kuno Fischer*, ya cit., Bd. II (1905), págs. 1-50. En lo siguiente cito (*Rphil.*) por los *Gesammelte Schriften*, ya cit., Bd. I, págs. 275-331. La cita del texto, pág. 278.

(55) *Rphil.*, págs. 278-79. Sobre la «teoría general del Derecho» y otras direcciones afines, cfr. mi trabajo *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea* (1950), en *Estudios de filosofía del Derecho*, La Laguna 1979, páginas 61 ss.

El primer supuesto de la «teoría crítico-axiológica del Derecho» es que para ella no existe más que un universo jurídico, «la realidad jurídica empírica tal y como se constituye históricamente» (56). Esta realidad jurídica única que las disciplinas empíricas del Derecho analizan en su contenido dado en relación con otros factores culturales, «es iluminada en cierto modo, juzgada, valorada y examinada en su justificación última por la filosofía», o lo que es lo mismo, «la filosofía del Derecho es consideración de valor jurídico, y la ciencia empírica, consideración de la realidad jurídica» (57). Desde esta posición de principio, Lask polemiza con dos direcciones metódicas contrapuestas: el Derecho natural y el historicismo a ultranza.

La teoría crítico-axiológica del Derecho se basa en la existencia de una única realidad jurídica susceptible de dos modos de consideración. Esto es justamente lo que el Derecho natural desconoce, procediendo así a una hipóstasis de valores jurídicos en realidades jurídicas. Y como la realidad jurídica puede diferenciar su positividad en formal y material, así también pueden distinguirse dos especies de Derecho natural: Derecho natural en sentido formal y en sentido material. El Derecho natural formal descansa en la conversión de una validez normativa absoluta en una validez normativa empírica, es decir, en la transformación de la racionalidad en la vinculatoriedad externa del Derecho (58). Desconociendo que la vinculatoriedad del Derecho procede de su imposición por la «autoridad de una comunidad humana», el Derecho natural formal busca la fuente de esta vinculatoriedad en la coincidencia de sus normas con postulados racionales intemporales, de tal manera que «un Derecho que no coincida con la razón es también formalmente inválido, no es Derecho en absoluto, sino sólo nuda arbitrariedad y mera fuerza» (59). En un marco semejante, aunque aquí no es la validez del Derecho la que se halla en cuestión, se mueve también el Derecho natural material. El Derecho natural en sentido material descansa en la creencia «racionalista» de que la realidad entera puede conformarse partiendo de ideas generales, o lo que es lo mismo, de «que el Derecho positivo puede construirse en su contenido hasta sus últimos detalles, partiendo de proposiciones axiológicas abstractas» (60). Lo que es fruto del desenvolvimiento histórico y de acciones humanas contingentes, queda así reducido a la reproducción de una especie de código ideal descubierto por la razón. Es decir, resume Lask su crítica que «el Derecho natural es siempre racionalismo ahistórico y metafísica» (61).

De orden distinto es el otro error metódico con el que tiene que enfrentarse la teoría crítico-axiológica del Derecho: el historicismo.

(56) *Rphil.*, pág. 280.

(57) *Rphil.* pág. 280. Sobre el concepto de «realidad» en Lask, cfr. *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, en *Ges. Schr.*, Bd. II, págs. 7-8. Sobre el concepto de filosofía, *Zum System der Wissenschaften*, también en *Ges. Schr.*, Bd. III, págs. 350 ss.

(58) *Rphil.*, pág. 281.

(59) *Rphil.*, pág. 282.

(60) *Rphil.*, pág. 283.

(61) *Rphil.*, pág. 285.

El historicismo, cuyos últimos orígenes hay que buscarlos en la Escuela histórica del Derecho según Lask, significa el polo opuesto del Derecho natural. «Mientras este último trata de construir el sustrato empírico partiendo del carácter absoluto de los valores, el historicismo cree poder extraer del sustrato empírico el carácter absoluto de los valores» (62). Por el análisis de lo dado históricamente, el historicismo cree poder formular de una vez y para siempre un orden de valores absolutos que, a su vez, van a regir y determinar la historia. Ahora bien, la facticidad histórica, presa por definición en la temporalidad, no puede nunca ser el suelo del que se extraigan valores absolutos, sino sólo el escenario en el que los valores se realizan. Mientras que el Derecho natural con su hipóstasis de los valores destruye la autonomía del mundo empírico y cae en el pecado de la ahistoricidad, «el historicismo termina con toda filosofía y toda concepción del mundo, constituyendo la forma más difundida y peligrosa del relativismo, que es la nivelación de todos los valores» (63).

Una vez entendida la filosofía del Derecho como reflexión sobre el valor jurídico, y una vez refutados los dos errores metódicos fundamentales que los obscurecen, el cometido esencial se centra en la determinación teórica de dicho valor. Para ello Lask parte de la idea kantiana de que el Derecho es «la regulación externa de la conducta humana con el fin de conseguir un orden valioso por su contenido» (64). En esta idea ve Lask expresados los dos supuestos en los que puede fundarse el valor jurídico. O bien este valor puede estar referido al hombre en su individualidad y a los fines últimos de su actividad, o bien puede entenderse la comunidad y su orden como algo independiente de por sí, que puede identificarse con el valor jurídico. En el primer caso, tenemos la concepción individualista del valor del Derecho, y en el segundo la concepción universalista, o como Lask la denomina con un neologismo que va a tener gran fortuna posteriormente: la concepción «transpersonalista». En el primer supuesto, el hombre y sus fines individuales son lo determinante, mientras que los lazos que unen a los individuos en la convivencia y la comunidad que de ellos se deriva no poseen para el Derecho más que una significación secundaria. Es el «atomismo filosófico-social» (65), para el que el Derecho es un aparato formal destinado a proteger el libre juego de los intereses individuales, garantizando la autonomía de la persona para la realización de sus fines. Es una concepción que destruye toda idea ética de comunidad y que, al convertir el Derecho «en una maquinaria empírica para el mantenimiento de fines supraempíricos» (66), le cierra el camino para la incorporación de todo valor trascendente; una concepción que desemboca necesariamente en la idea del «contrato social», de la coincidencia de voluntades como única justificación de los

(62) *Rphil.*, pág. 291.

(63) *Rphil.*, pág. 291.

(64) *Rphil.*, pág. 292.

(65) *Rphil.*, pág. 292.

(66) *Rphil.*, pág. 297.

cuerpos sociales (67). Frente a esta concepción individualista, se alza la idea transpersonalista, para la cual las comunidades y los grupos humanos como tales poseen una dignidad ética independiente y superior a la del individuo y sus fines. Es la idea, desarrollada sobre todo en el idealismo alemán post-kantiano, de que la humanidad tiene cometidos que sólo el género humano, no los individuos aislados, puede realizar; que hay una serie de fines, «un mundo de objetivos vitales y determinaciones que no son propios del individuo en su singularidad, sino de las relaciones que constituyen las comunidades humanas en tanto que tales» (68). Y como la concepción axiológica individualista encuentra expresión en el «contrato social» como último fundamento de las relaciones de poder en los grupos humanos, la concepción transpersonalista encuentra también su expresión más adecuada en la idea de «organismo» (69). En la idea de una colectividad como «organismo», los individuos que la constituyen pierden, por así decirlo, su individualidad y sólo son comprensibles como «miembros» del todo y en relación con él, de tal manera, como diría Kant, que «la totalidad determina la forma y la relación de todas sus partes» (70). Al llegar a este punto se nos hace ineludible preguntarnos cuál de las dos concepciones diseñadas, la individualista o la transpersonalista, constituyen en último término el sustrato del valor jurídico. La respuesta, o mejor dicho, la falta de respuesta de Lask a este interrogante va a iniciar toda una corriente posterior, el llamado relativismo axiológico. Su dogma central es el de que no hay conocimiento verdaderamente científico ni de los valores ni de su rango entre sí, sino sólo una decisión o preferencia de carácter subjetivo. Es lo que se desprende de las palabras resignadas de Lask, cuando nos dice que «la articulación del significado del Derecho en un sistema de los valores culturales es algo que corresponde a la filosofía del futuro» (71). Y sobre todo, cuando escribe, que sería tarea vana tratar de hallar una definición única de la justicia, «ya que este término lo único que quiere significar es lo absoluto y *a priori* en el Derecho como tal, acumulándose en él todas las exigencias que se plantean al Derecho según las distintas concepciones del mundo» (72).

De acuerdo con las tesis fundamentales del neokantismo sudoccidental, la realidad jurídica puede ser considerada desde el punto de vista del valor, que es el tema de la filosofía del Derecho, que hemos venido examinando hasta ahora; pero puede también ser considerada en sí, lo que es el tema de la ciencia del Derecho, «una rama de las ciencias empíricas de la cultura» (73). Como las demás ciencias empíricas, la ciencia del Derecho aísla dentro de la complejidad de lo dado ciertos momentos culturales típicos, no, como hacen las ciencias

(67) *Rphil.*, pág. 294.

(68) *Rphil.*, pág. 295.

(69) *Rphil.*, págs. 295-96.

(70) KANT, *Kritik der Urteilskraft*, WW (Cassirer), Bd. V, pág. 451.

(71) *Rphil.*, págs. 304-5.

(72) *Rphil.*, pág. 303.

(73) *Rphil.*, pág. 307.

históricas, para captar así en el curso del tiempo lo incomparable e individualidad, sino para hacer de ellos conceptos rectores de un aspecto concreto de la realidad cultural. Uno de estos conceptos es el Derecho, el cual delimita así el objeto de la ciencia del Derecho, la que, en tanto que ciencia cultural empírica, no formula juicios de valor, sino que trata sólo «de exponer lo efectivamente dado, un cierto comportamiento» (74). Este dato de la cultura, el Derecho, puede, sin embargo, estudiarse de dos maneras: «o bien como factor cultural real, como proceso vital social o bien como complejo de significaciones normativas examinándolo en su contenido dogmático» (75).

La primera de estas consideraciones a consideración sociológica del Derecho, aísla a éste del mundo y procesos sociales en que se nos da, construyendo así un concepto abstracto que «en realidad no existe» (76). Este concepto obtenido por abstracción de su contexto social va a ser el supuesto de la consideración sistemática. Para la consideración sistemática del Derecho éste es «un conjunto de significaciones sólo pensadas» (77) y su objeto, como su nombre ya dice, es «llevar a conexión sistemática el contenido de aquellas normas tenidas por Derecho en virtud del juicio teórico-social» (78). Por dos caminos o métodos trata la ciencia jurídica de alcanzar esta meta: el método teleológico y el que pudiera denominarse método selectivo o desintegrador, dos direcciones metódicas que se hayan ya delineadas en lo que Lask siguiendo a Rickert llama «conceptuación precientífica» del Derecho (79). Como dato cultural, el Derecho conforma ya de por sí la estricta realidad sensible, constituyendo «conceptos de tal perfección técnica que sólo en el grado se distinguen de los propios de la ciencia, de tal suerte que la conceptuación científica sólo aparece como una prolongación del proceso conformativo comenzado por la ley» (80). En este campo precientífico se encuentran las raíces metódicas de la labor sistemática de la ciencia del Derecho. Porque ya la misma realidad prejurídica se halla penetrada de la noción de fin, de igual modo que «la totalidad de los objetos posibles del Derecho se hallan, por así decirlo, recubiertos de una red teleológica» (81). Esta consideración teleológica de la realidad es lo esencial en la ciencia jurídica. Lo que para la observación directa es una multiplicidad, puede ser por su fin una unidad en la conceptuación jurídica, como es el caso en la persona colectiva (82); «cosa» en sentido jurídico no tiene nada que ver con los objetos que nos rodean y a los que llamamos cosas, como tampoco la «voluntad» en sentido jurídico tiene nada de común con la voluntad en el sentido corriente de fenómeno psicológico (83). Una estructura

(74) LASK, *Zum System der Wissenschaften*, ya cit., págs. 257 ss.

(75) *Rphil.*, pág. 311.

(76) *Rphil.*, págs. 311-12.

(77) *Rphil.*, págs. 312-13.

(78) *Rphil.*, págs. 313.

(79) *Rphil.*, pág. 309.

(80) *Rphil.*, pág. 315.

(81) *Rphil.*, pág. 316.

(82) *Rphil.*, pág. 317.

(83) *Rphil.*, págs. 316, 320-21.

formal semejante reviste el llamado método selectivo o desintegrador de la ciencia del Derecho. Por virtud de él, un fenómeno complejo es resuelto en sus diversos elementos, uno sólo de los cuales es de relevancia para la conceptualización jurídica. Así como para llegar al concepto de triángulo en sí nos es preciso abstraer de la figura trazada en el papel para representárnoslo, así también al concepto jurídico de «compraventa» sólo llegamos haciendo abstracción de todos los elementos sociales o psicológicos que se dan entrelazados en el acto concreto de una compraventa (84). Valiéndose de los conceptos a los que llega por estos métodos, la ciencia del Derecho procede a la sistematización jurídica. Para la ciencia del Derecho la ley no se identifica con el Derecho; al contrario, «la ley, el Derecho consuetudinario, la decisión jurídica y otros datos son sólo indicios por los que la ciencia jurídica tiene que llegar al sistema... de las normas positivas verdaderamente válidas en una comunidad concreta» (85). Es este mismo sistema «de extrema perfección» (86), implícito como tal en la misma realidad jurídica, el que la ciencia del Derecho eleva a conciencia científica por su aparato de conceptos.

3

El más conocido entre los juristas procedentes del neokantismo sudoccidental es, sin duda, Gustav Radbruch, profesor de filosofía del Derecho también en la Universidad de Heidelberg como todos los grandes maestros de la dirección (87). Aunque llevando el sello de su poderosa personalidad, en Radbruch se encuentran todos los motivos esenciales del neokantismo axiológico, que él recibe, sobre todo, a través de Lask (88); su obra filosófico-jurídica no quiere ser un esbozo, sino un sistema concluso en todas sus partes, presidido por unas pocas ideas claras y precisas.

Entre estas ideas figura en primer plano, como en toda la dirección sudoccidental, la distinción entre realidad y valor. Una distinción

(84) *Rphil.*, pág. 319.

(85) *Rphil.*; pág. 326.

(86) *Rphil.*, pág. 325.

(87) Sobre la personalidad de RADBRUCH, cfr. sus apuntes biográficos *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens*, hrgn. v. Lydia Radbruch (1951), 2. Aufl. Göttingen 1961, *Briefe*, hrgn. v. E. Wolf, así como *G. Radbruchs Leben und Werk*, en G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. hrgn. v. E. Wolf, págs. 17-77. Bibliografía de y sobre RADBRUCH en esta misma ed., págs. 312 s. y 78 s., y en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen 1968, págs. 377 ss. Sobre Radbruch puede consultarse preferentemente G. GURVITCH, *Une philosophie antinomique du droit*, en *Archives de Philosophie de droit et de sociologie juridique*, Année II (1932), págs. 530 ss. Hay buenas traducciones al español: *Introducción a la ciencia del Derecho*, por L. RECASÉNS, Madrid 1929, y *Filosofía del Derecho*, por J. MEDINA ECHEVARRÍA, Madrid 1932, ambas en la Ed. Rev. de Derecho Privado.

(88) Las referencias a LASK son muy numerosas en RADBRUCH. Cfr., por ejemplo, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Leipzig 1932, pág. 1, n. 9. Por esta edición, la última publicada en vida del autor, cito (*Rphil.*) en lo que sigue.

que, a su vez, condiciona cuatro actitudes diferentes en el hombre: una actitud ciega para los valores, una actitud axiológica o centrada en los valores, una actitud que refiere la realidad a valores, y finalmente, una actitud superadora de los valores. La primera de estas actitudes, la ciega para los valores, es la propia del que contempla la naturaleza y su acontecer necesario, y es también la característica de las ciencias naturales. La actitud axiológica, es decir, la que se constituye como reflexión sobre los valores es la actitud filosófica en sentido estricto, tal como se nos manifiesta en la ética, la lógica y la estética, mientras que la referencia de la realidad al mundo de los valores es la actitud que se halla en el origen de toda cultura. Porque «cultura» no es para Radbruch, que aquí contradice el pensamiento general de la Escuela, realización de valores en los objetos de nuestra experiencia, sino sólo una perspectiva, una aspiración, razón por la cual llamamos ciencia a toda actividad que trate de alcanzar el valor de la verdad, lo logre o no, y llamamos arte a las obras que, con éxito o sin él, quieren plasmar el valor de la belleza, y un Derecho, justo o injusto a nuestro parecer, es Derecho si con él se ha pretendido auténticamente hacer real el valor de la justicia. O como dirá el mismo Radbruch: «La cultura de un pueblo o de una época no abarca sólo las virtudes, las verdades, las obras bellas de este pueblo o de esta época, sino también sus vicios, sus errores, sus faltas de gusto, lo mismo las potencias enemigas que las promotoras de la cultura» (89). Y por último, la actitud superadora de valores, que es la propia de la religión, la cual afirma incondicionalmente el ser y se sitúa más allá de la contradicción entre valores positivos y negativos (90).

La idea de la filosofía del Derecho como reflexión sobre el valor jurídico, y la idea consiguiente del mismo Derecho como parte de ese «reino intermedio entre el polvo y las estrellas» (91) que llamamos cultura, va a reflejarse en Radbruch en un doble postulado: lo que él denomina dualismo metódico y relativismo. El dualismo metódico equivale a la división de todo nuestro conocimiento en dos ámbitos que Radbruch va a llamar con terminología kantiana, el ser y el deber ser. Son dos ámbitos separados lógicamente de modo estricto. Del ser, de lo que es, ha sido o será no puede nunca inducirse lo que debe ser; una proposición del deber ser o un juicio de valor sólo pueden deducirse y apoyarse en otra proposición del deber ser o en otro juicio de valor. Y sin embargo, y aun dando por lógicamente cierta esta disyunción, ¿es igualmente cierto que nunca y desde ningún punto de vista la constatación fáctica se refleja en los postulados de conducta? Se trata de una pregunta que va a ocupar como ninguna otra el pensamiento de Radbruch, convirtiendo su disquisición sobre el «dualismo

(89) G. RADBRUCH, «Ueber den Begriff der Kultur», en *Logos*, Bd. II (1911/12), págs. 200, 205.

(90) Cfr. G. RADBRUCH, «Ueber Religionsphilosophie des Rechts», en G. RADBRUCH y P. TILICH, *Religionsphilosophie der Kultur* (Philosophische Vorträge der Kant-Gesellschaft Nr. 21), Berlin 1920, págs. 10 ss.

(91) G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Leipzig, 1919, pág. 4.

metódico» en una de las piezas clave para la comprensión de su obra. Ya Lask había afirmado que toda validez es validez para un material o un algo determinado (92). Ahora Radbruch, extrayendo las últimas consecuencias de esta afirmación, va a decirnos que el ideal jurídico es siempre ideal de un Derecho concreto, del Derecho de un pueblo o de una época determinados, y por tanto, para ciertas circunstancias históricas y sociológicas. «La idea reviste validez para un cierto sustrato, está orientada hacia él, y se halla por eso también determinada en cierta medida por el sustrato que trata de dominar» (93). Es el mismo tema al que retornará en una de sus últimas publicaciones, al tratar de definir el concepto de «naturaleza de la cosa». El Derecho domina y conforma un sustrato determinado, en el que las relaciones personales son también algo determinado, revestidas de un sentido propio que repercute en el Derecho (94). No se trata de descubrir una nueva fuente del Derecho, sino de poner de manifiesto cómo la materia que el Derecho quiere condicionar, condiciona, a su vez, el sistema condicionante (95).

El relativismo es el segundo de los postulados metódicos que Radbruch sitúa al frente de su filosofía del Derecho. Con el relativismo Radbruch no quiere, como se ha repetido una y otra vez, poner en duda la cognoscibilidad de los valores, ni tampoco, desde luego, la certeza de los imperativos éticos. Heredero aquí también de Lask, lo que Radbruch trata de poner al descubierto es el mundo de motivaciones sociológicas y personales que acompaña y sustenta toda afirmación de un valor, sea éste el que sea. Es sobre este mundo de motivaciones, no sobre el valor en sí, sobre lo que se centra el relativismo. «Así como el paleontólogo trata de reconstruir partiendo del resto de un hueso el esqueleto entero de un animal prehistórico, así también el filósofo del Derecho trata de sacar a luz partiendo de una sola valoración todo el sistema axiológico que la determina» (96). El objetivo de este proceso es llevar a conciencia del sujeto que valora toda aquella suma de supuestos teóricos que tiene que afirmar necesariamente al valorar de la forma en que lo hace. Desde este punto de vista, Radbruch traza la tónica de las posibles consideraciones valorativas de la función del Derecho. Siguiendo a Lask, aunque modificando su terminología y añadiendo otro término a la disyuntiva, Radbruch distingue: individualismo, supraindividualismo y transpersonalismo cultural. En el indi-

(92) E. LASK, *Die Logik der Philosophie*, en *Ges. Schr.*, Bd. II, págs. 78 ss.

(93) *Rphil.*, pág. 7.

(94) RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (1948), reimpr. Darmstadt 1960, págs. 15 ss., *passim*. Es instructivo comparar las páginas de este opúsculo con otro artículo anterior del mismo RADBRUCH, «Rechtsidee und Rechtsstoff», en *ARWPhil.* Bd. XVII (1923/24), págs. 343 ss.

(95) El ejemplo más claro de ello se encuentra para Radbruch en el descubrimiento del Derecho social o del trabajo. Cfr. RADBRUCH, «Vom individualistischen zum sozialen Recht» (1930), en *Der Mensch im Recht*, 2. Aufl., Göttingen 1961, págs. 35 ss., y sobre ello, WOLF PAUL, «Gustav Radbruchs Konzeption des sozialen Rechts und die marxistische Rechtstheorie», en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, ya cit., págs. 107 ss.

(96) *Rphil.*, págs. 9-10.

vidualismo el valor supremo es el de la personalidad en sí, a cuyo servicio se hallan tanto la colectividad como todos los demás valores; para el supraindividualismo el valor supremo, al contrario, es la comunidad humana, sus fines y necesidades; el transpersonalismo, en fin, tiene a la cultura, a la obra del hombre, como lo absoluto y decisivo. Justamente por estar condicionadas por factores personales, históricos y sociales, por ser, en suma, consecuencia de una determinada concepción del mundo, cada una de estas nociones se mantiene por sí misma, sin que sea accesible ni a la fundamentación ni a la refutación científicas. Esta es la esencia del relativismo (97), la convicción de que «la verdad de las diversas cuestiones políticas y sociales no es cognoscible científicamente y que, por tanto, todas las respuestas a estas cuestiones han de ser consideradas como de igual valor» (98).

Basadas en factores contingentes y sustraídas, por tanto, a la discusión racional, las tres concepciones acerca del fin del Derecho quedan entregadas a la dialéctica del juego político. En cada una de ellas alienta como motivo determinante un valor concreto: libertad, poder o cultura (99). Son valores que, a su vez, representan la idea rectora de partidos políticos (100); el individualismo se concreta en los partidos liberal y demócrata, el supraindividualismo en el partido conservador, mientras que el transpersonalismo, aun cuando no se ha concretado en la ideología de ningún partido político, «constituye la medida para la ulterior valoración histórica de pueblos desaparecidos, de los cuales sólo nos quedan sus obras culturales» (101). Las concepciones sobre el fin del Derecho, cuyo rango recíproco no puede precisarse teóricamente y de antemano, quedan así entregadas a la práctica política y al resultado del enfrentamiento de los partidos. La supremacía de una de estas concepciones sobre las demás, la cual «varía según la realidad social de los pueblos y las épocas» y de acuerdo con «el juicio subjetivo de los individuos» (102), recibe, por tanto, sólo una respuesta de hecho: el resultado del principio de las mayorías. Un resultado transitorio, si se quiere, pero que pone fin a la polémica de los partidos sobre el fin del Derecho.

Pero, sin embargo, como dice Radbruch, «el relativismo no puede ser la última palabra de la filosofía del Derecho» (103). Si el Derecho es un fenómeno cultural, lo es por estar referido a un valor absoluto, como el arte lo es por estar referido también a un valor superior. Y como este valor es para el arte la belleza, para el Derecho lo es la idea del Derecho. «Derecho es la realidad cuyo sentido consiste en

(97) Sobre ello, ZONG UK TJONG, *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*, Bonn 1967, esp. págs. 42 ss.

(98) G. RADBRUCH, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie* (1934), en *Der Mensch im Recht*, ya cit., pág. 84.

(99) G. RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie. Nachschrift einer Vorlesung*, Heidelberg 1948, pág. 26.

(100) Cfr. *Rphil.*, págs. 58 ss.

(101) *Vorschule*, pág. 27.

(102) *Vorschule*, pág. 27, *Rphil.* págs. 9 ss.

(103) *Rphil.*, pág. 70.

estar al servicio de la idea del Derecho» (104). Ahora bien, ¿qué quiere significarse con idea del Derecho, con ese concepto último que determina la esencia de lo jurídico? Para Radbruch la idea del Derecho es una idea formal condicionada, y a la vez, una noción compleja, cuyos elementos pueden ser antinómicos entre sí. La primera determinación de la idea del Derecho es la que la identifica con la noción de la justicia, una noción basada en el concepto absoluto de la igualdad, y que puede ser, según la distinción tradicional, justicia distributiva o conmutativa. Una noción, como decíamos, en todo caso formal y que exige ya de por sí una instancia que define el criterio de la igualdad y de la desigualdad; «porque igualdad es siempre una abstracción desde un punto de vista de una desigualdad dada» (105). Este criterio sólo puede ofrecerlo la noción muy concreta y dotada de contenido del fin del Derecho. Y es ya aquí donde se nos da la primera antinomia en la idea del Derecho (106). La idea de la justicia, basada en la noción abstracta de la igualdad, formal y generalizadora por tanto, choca constantemente con la noción concreta y cambiante del fin del Derecho. De aquí, la necesidad de un tercer elemento integrante neutral en la idea del Derecho: la seguridad jurídica. Si el relativismo, que es consustancial a la determinación del fin del Derecho, no puede suministrar a la idea de justicia un contenido absoluto e indiscutido, el Derecho que es por definición norma cierta y segura de la conducta humana tiene que hacer de esta certeza y seguridad un valor superior. De la necesidad, de un lado, de una norma supraindividual de la convivencia, y de la inseguridad, del otro, del relativismo para ofrecer una norma de tal índole, «se sigue la necesidad de que lo que no puede ser formulado indudablemente sea establecido inequívocamente y por una instancia capaz de imponerlo» (107). O en otras palabras, que es parte esencial de la idea del Derecho, la idea de un poder que lo imponga efectivamente y con independencia de la voluntad de los sometidos (108).

A Radbruch no se le oculta que lo mismo que la noción del fin del Derecho puede entrar en colisión con la idea general de la justicia, también la seguridad jurídica puede chocar con la una o la otra o bien con ambas a la vez. Pero nada de ello afecta a su sistema de filosofía del Derecho, «ya que la filosofía no tiene porqué ahorrar decisiones, sino, al contrario, poner al hombre frente a ellas» (109). No hacer la vida más fácil, sino más problemática es el cometido de la filosofía» (110).

(104) *Rphil.*, pág. 21.

(105) G. RADBRUCH, «Die Problematik der Rechtsidee», en *Die Dioskuren. Jahrbuch für Geisteswissenschaften*, Bd. III (1924), pág. 46.

(106) *Rphil.*, págs. 70 ss.

(107) *Die Problematik der Rechtsidee*, ya cit., pág. 47.

(108) *Rphil.*, págs. 81 ss.

(109) *Die Problematik*, pág. 50.

(110) Hasta aquí la exposición de la filosofía del Derecho de Radbruch tal y como él la ha plasmado en numerosas publicaciones a lo largo de más de un cuarto de siglo. Las terribles experiencias del nacionalismo y de la última guerra, que de modo tan directo le afectaron personalmente, iban a provocar en Radbruch,

4

Fritz Münch (1879-1920) cuenta, como Lask, entre esa suerte de pensadores que, poco menos que desconocidos entre sus contemporáneos, va a dejar una huella profunda en la especulación de su época. Muerto tempranamente —también como Lask— sólo nos va a dejar una obra fragmentaria, desperdigada en revistas y escritos ocasionales, de lectura poco fácil, pero que, considerada en su totalidad, constituye un bloque de doctrina que todavía hoy respira actualidad (111). Mientras que la obra de Lask que se nos ha conservado está dedicada en lo esencial a problemas lógicos, y sólo incidentalmente presta atención a la filosofía del Derecho, la obra de Münch está centrada en el problema del Derecho y en el de su significado en el marco de una filosofía de los valores. A Münch se le deben, en este sentido, sobre todo, reflexiones fundamentales sobre la idea de la cultura, que él recibe de Windelband y de Rickert, más como un problema que como un concepto concluso.

En su camino para mostrar el Derecho como un fenómeno de naturaleza histórica, Münch da un rodeo deteniéndose primeramente en el concepto de cultura. En un sentido primario, el concepto opuesto al de cultura es el de naturaleza, es decir, de todo aquello que es y

una vez disipada la pesadilla, algo así como un cambio en su reflexión filosófica. Es, más que nada, un cambio de acento en la perspectiva de la idea de justicia, que, sin embargo, ha querido entenderse como una ruptura con su actitud anterior, e incluso como un paso resuelto en la dirección del Derecho natural (Cfr. W. LOHMANN, *Versuch einer methodologischen Erörterung der Radbruchschen Rechtsphilosophie*, Esslingen a.N. 1964, págs. 109 ss., ZONG UK TJONG, «Ueber die Wendung zum Naturrecht bei G. Radbruch», en *ARSPhil.* Bd. 556 (1950), págs. 505 ss., y también, aunque con muchas reservas, A. BARATTA, «Relativismus und Naturrecht im Denken G. Radbruchs», en *ARSPhil.*, Bd. 45 (1950), págs. 505 ss.). Lo que Radbruch hizo en un artículo muy polémico, publicado casi inmediatamente después de terminada la guerra («Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en *Süddeutschen Juristen-Zeitung*, Jg. I, 1946, págs. 105 ss.), fue añadir a la noción de igualdad, que siempre había sido para él parte constitutiva de la idea de justicia, la noción de libertad como marco y condición de la vida ética del individuo; pero insistiendo, una y otra vez, en el carácter de estos derechos como derechos históricos, «fruto de la labor de los siglos», es decir, no viendo en ellos ni un resultado de la reflexión racional, ni un predicado de la naturaleza humana, que es consustancial a la idea del Derecho natural. Nada tiene de extraño, por eso, que plumas autorizadas hayan visto en la última fase del pensamiento de Radbruch sólo una consecuencia, matizada, eso sí, por las circunstancias políticas de su filosofía anterior (cfr. E. WOLF, «Umbruch oder Entwicklung in G. Radbruchs Rechtsphilosophie?», en *ARSPhil.*, Bd. 45 (1950), págs. 481 ss.; K. ENGISCH, «G. Radbruch als Rechtsphilosophie», en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, ya cit., págs. 60 ss.). Sobre todo, si se tienen en cuenta las palabras finales (pág. 108) del debatido artículo: «Hemos de buscar la justicia, pero, a la vez, hemos de respetar la seguridad jurídica, que es en sí una parte de ella, y hemos de reconstruir un Estado de Derecho que, en lo posible, satisfaga ambas exigencias».

(111) No conozco ningún trabajo especialmente dedicado a MÜNCH. Cfr. la breve nota necrológica de E. ZSCHIMMER, en *Kant-Studien*, Bd. 25 (1920), páginas 301-303, y las líneas que le dedica M. E. MAYER, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin 1933, pág. 32.

acontece de por sí y sin intervención del hombre. Cultura, en cambio, dice Münch siguiendo a sus maestros sudoccidentales, es conformación de la naturaleza por el hombre para el logro de ciertos fines. Estos fines que son, en un principio, la satisfacción de las necesidades más elementales, se hacen más y más complejos con el transcurso del tiempo. Con la consolidación de las estirpes y las etnias y su contacto con grupos diferentes se despierta inevitablemente el sentimiento de que las normas y preceptos que rigen en el propio grupo son lo «natural» y obligatorio de por sí; es preciso que despierte el sentido crítico individual para que al dogmatismo suceda el escepticismo y el relativismo: el conjunto indiferenciado de normas de la conducta es desintegrado en sus partes, y lo que es más importante, es juzgado de acuerdo con un criterio normativo que el individuo se construye independientemente. «La unidad, que ya de hecho no existe, es destruida sobre todo conceptualmente; el ideal supremo es la noción de un sistema de ideas unitario y concluso en sí, basado en la armonía de todas las ideas singulares, siempre teniendo en cuenta la significación de cada ámbito de sentido para la totalidad de la cultura concreta» (112). El concepto de cultura que aquí nos ofrece Münch, la noción de una cultura compuesta por una serie de ámbitos de sentido, cada uno de los cuales se constituye por la encarnación de una «idea», busca su fundamentación en la filosofía del idealismo alemán, especialmente en Hegel. El «giro copernicano» de Kant había abierto una nueva época en la historia de la filosofía, pero no bastaba para responder al gran pensamiento de la *Crítica del juicio*, que significaba la formulación de un *a priori* universal que permitiera entender la totalidad de lo dado, y por tanto, la filosofía entera como basada y fundada en una idea. Es en este punto, dice Münch, donde Hegel va a enlazar con la tradición kantiana; y lo hace, centrando su reflexión en la filosofía de la historia. Porque lo que aquí emprende Hegel es, nada menos, que la traslación del «problema trascendental» al curso de la historia, descubrir el sentido objetivo del fluir empírico de la historia, las condiciones de posibilidad de las objetivaciones históricas. Para Hegel, según Münch, este sentido y estas condiciones se encuentran en las «ideas»; no como contenidos de la conciencia, no como un «cometido infinito» en el sentido kantiano, sino tal y como se entienden en el mismo sistema hegeliano, es decir, como «realidad absoluta». «Ideas son aquí principios de síntesis de las objetivaciones histórico-culturales, en un paralelo gnoseológico riguroso con las leyes naturales, en tanto que principio constitutivo de los fenómenos naturales» (113).

Este es el punto de partida para la comprensión del Derecho por Münch. Su premisa fundamental es el concepto de razón. Razón es el sistema de ideas basadas en realidades absolutas y enlazadas y condi-

(112) F. MÜNCH, *Kultur und Recht* (=KuR.), Leipzig 1918, págs. 9 y en general 2 ss.

(113) F. MÜNCH, «Die wissenschaftliche Rechtsphilosophie der Gegenwart in Deutschland», en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, Bd. I Bd. I (1918-19), págs. 138-39).

cionadas entre sí por conexiones objetivas y de sentido (114). Esta razón «pura» es el presupuesto de la cultura y expresa su condición de cognoscibilidad. Porque a esta razón «pura» se sigue como su consecuencia una razón «práctica», por la que el individuo conoce y hace suya la razón pura y trata de convertirla en realidad. Este es el secreto de la llamada conciencia normativa (115). Como sistema de ideas unidas por relaciones objetivas, la razón no se hace presente al individuo como un «tener que ser», semejante al de las leyes naturales, pero tampoco como el «deber ser» propio de los imperativos éticos, sino como una secuencia lógica de relaciones formales revestidas de fundamentación abstracta. Es lo mismo que se echa de ver en la evidencia de las proposiciones matemáticas, las cuales no son evidentes porque el sujeto las tenga por tales, sino, muy al contrario, porque expresan una relación necesaria dada ya con el concepto de número, que el individuo tiene que afirmar si entiende en sentido riguroso el contenido de la proposición. Como su secuencia lógica, la razón práctica no hace más que llevar a sus últimas consecuencias lo que se halla ya dado como posibilidad en la razón pura. Y es en este sentido que podía afirmar Münch que «obrar racionalmente vale tanto como obrar objetivamente» (116). Al conformar las vivencias como cultura, la razón práctica crea, por eso, una esfera de validez, que no es ni de naturaleza física ni de naturaleza psíquica, sino un «tercer reino» con «propia estructura y leyes propias, para el que todo lo físico y psíquico son sólo sustratos de realización o medios de actualización, pero que lleva ya en sí su fundamentación» (117). Es por eso que la cultura sólo es posible en la vida histórica, como un intento de dar concreción a la razón pura (118). Es también lo que quiere expresar Münch con diversas formulaciones: «El concepto puro de cultura es la razón objetiva; la cultura fáctica es la concreción histórica de la razón por obra de los sujetos racionales» (119). Y también: cultura es «la noción empírica y temporal de la razón pura e intemporal», o como también puede decirse, «la razón es el concepto puro de la cultura» y ésta «es la concreción histórica de la razón» (120). Y sin embargo, para Münch la realización de la razón pura en tanto que premisa valorativa no es un acto de intelección, sino de voluntad. «El futuro histórico no se ve con antelación, sino que se quiere con antelación y se crea de acuerdo con este querer anticipado. La presuposición de que se está laborando en la cultura es, en último término, la fe en que el sistema cultural de la época en cuestión es una etapa en la realización del sistema de va-

(114) *KuR.*, págs. 34 ss. y F. MÜNCH, «Vom Sinn der Tat», en *Logos*, Bd. VI (1917), págs. 49-50.

(115) *KuR.*, págs. 21 ss.

(116) *Sinn der Tat*, pág. 50.

(117) *KuR.*, pág. 25.

(118) Sobre el concepto de la historia y de la filosofía de la historia, cfr. MÜNCH, *Erlebnis und Geltung* (Ergänzungshefte der Kant-Studien, Nr. 30), Berlin 1913, págs. 132 ss., y también del mismo MÜNCH, «Das Problems der Geschichtsphilosophie», en *Kant-Studien*, Bd. 27 (1912), págs. 345 ss.

(119) *KuR.*, pág. 27.

(120) *Sinn der Tat*, pág. 51.

lores absoluto e intemporal, es decir, de la razón como sentido cósmico del acontecer en general» (121).

El sentido crítico, y consecuentemente disgregador, que, como ya veíamos, se halla en el origen de toda cultura en sentido propio, procede a una diversificación y diferenciación dentro del sistema de ideas con el que la razón trata de hacerse historia. Es un proceso por el que adquieren perfiles propios los sectores ideales que antes constituían un todo de validez unitaria; y es así también como el Derecho se distingue claramente en un principio de la religión, del arte, de la ciencia o de la economía, cada uno de cuyos sectores lleva a cabo según sus propias condiciones y de manera autónoma la realización de una idea (122). Trazar una delimitación conceptual del Derecho es tarea ardua y casi imposible, dice Münch, no sólo porque las normas jurídicas se nos ofrecen siempre próximas o confundidas con otras normas sociales, como la costumbre o las reglas del trato, sino muy especialmente, porque en todos los estadios de la cultura hay un trasvase permanente entre estas normas, que hace que cada una de ellas se nos presente en cada momento histórico como perteneciendo a un sector o a otro, sin por ello variar de contenido. Y tampoco es posible llegar al concepto —y aquí Münch polemiza tácitamente con Lask— por mera abstracción y partiendo de algo ya dado de antemano, como la noción de lo «prejurídico» o lo «sub-jurídico», ya que la una como la otra presuponen lógicamente el concepto mismo del Derecho o de lo jurídico (123). La única forma de llegar al concepto del Derecho es partir de la idea en sí que en él se trata de hacer realidad concreta. Esta idea es la de una norma destinada a hacer posible la convivencia por la delimitación de las esferas del obrar legítimo de los miembros de una comunidad. Esta regulación es distinta de toda otra norma social, porque se apoya en una fuerza que, en caso necesario, lo hace efectiva. «El Derecho es, por su origen, un fenómeno de poder; lo que puede imponerse con el consentimiento constante de la comunidad, es Derecho». O en otros términos: «el momento de la positividad tiene prioridad originariamente respecto al problema de la idealidad» (124). Lo que no quiere decir en absoluto que el Derecho no sea otra cosa que la manifestación de un poder organizado. «El Derecho comienza como fenómeno de poder y culmina como fenómeno axiológico», dirá ya Münch (125). Como fenómeno cultural, el Derecho es efectivamente una unidad de sentido que se constituye por su referencia a una idea. «En su manifestación histórica, el logos uno y la razón una se descomponen en una multiplicidad, en un espectro de ideas» (126). En nuestra existencia histórica no nos vemos, por eso, insertos sólo en un ámbito cultural sino en una serie de ellos, religioso, estético, científico, jurídico, cada uno de los cuales representa a

(121) *Sinn der Tat*, pág. 51.

(122) *KuR.*, págs. 14 ss.

(123) *KuR.*, págs. 18-19.

(124) *KuR.*, págs. 16-17.

(125) *KuR.*, pág. 19.

(126) *KuR.*, pág. 37.

su manera una exigencia para nuestro obrar. Esta unidad de sentido se muestra plásticamente en el campo jurídico cuando el Derecho se objetiva, pasando «de Derecho vivido a Derecho legislado» (127). Con esta objetivación el Derecho experimenta una transformación interna, y pasa a ser, no una regulación del comportamiento exterior dirigida a la satisfacción de necesidades, sino una estructura ideal concreta. Cada una de las regulaciones, cada uno de los actos jurídicos sólo son comprensibles en relación con los demás, de igual manera que, dada una institución, su misma existencia normativa lleva ya implícita toda una serie de imposiciones y restricciones que no pueden afectarse sin afectar a la misma institución. Es todo un mundo de conceptos, regulaciones e instituciones que se constituye en unidad por referencia a una idea: «la idea de un orden absolutamente racional de todas las relaciones recíprocas en la conducta de los miembros e instituciones de una comunidad humana» (128).

Como realidad cultural, el Derecho, al igual que las demás realidades culturales, puede ser objeto de la ciencia y de la filosofía. La ciencia del Derecho, en tanto que ciencia cultural empírica, estudia el Derecho en su contenido, entendiéndolo como un «sistema». El hecho mismo de la ciencia del Derecho plantea una serie de problemas, entre los cuales se encuentra el de su objeto propio. Como ciencia cultural empírica, la ciencia del Derecho al tratar de reducir a sistema los contenidos jurídicos está laborando con un *a posteriori jurídico*, es decir, con un material que es en sí el concepto del Derecho, como presupone también aquella idea que constituye al Derecho en unidad de sentido con carácter propio. La teoría de estos *a priori* de la ciencia del Derecho son el cometido propio de la filosofía del Derecho, cuyo objeto es, por tanto, «el concepto y la idea del Derecho» (129). Como toda filosofía de las distintas esferas de sentido, la filosofía del Derecho tiene por objeto el sentido propio de su esfera cultural, sus específicas leyes ideales y su lógica objetiva (130). Apoyándose, como dice expresamente, en el concepto de filosofía de Windelband, Münch define la filosofía del Derecho como «filosofía cultural crítica del Derecho, ciencia crítica del Derecho como un momento en el sentido total de la cultura, ciencia del sentido del Derecho en la totalidad de la cultura, ciencia de la conformación racional en el Derecho de la idea del Derecho» (131).

5

F. Münch es el primero de los pensadores sudoccidentales que da expresión filosófica al sentimiento de frustración e insuficiencia provocado por la filosofía de los valores. Es la sensación de angostura ante una imagen del mundo construida por la referencia, en último

(127) *KuR.*, pág. 19.

(128) *KuR.*, pág. 34.

(129) MÜNCH, *Wissenschaftl. Rechtsphil. u. Gegenwart*, p. 100.

(130) *KuR.*, pág. 41.

(131) *Wissenschaftl. Rechtsphil. d. Gegenwart*, pág. 97.

término, a un concepto de tan indudables raíces psicológicas como es el concepto de valor. Un concepto que hace inexplicable la noción de «bien» o realización de los valores en objetos sensibles y que relativiza también la misma idea de cultura. En su esfuerzo por recuperar para la especulación el suelo firme de lo concreto y objetivo, Münch vuelve la vista a Hegel, en un gesto que va a tener gran repercusión en el pensamiento contemporáneo. De Hegel procede su noción de «idea» como conjunción de concepto y realidad, y de Hegel también su concepto de razón como suma de ideas. Münch es, en este sentido, el primer síntoma del fin del neokantismo como filosofía hegemónica en la vuelta del siglo, y al mismo tiempo, el origen del movimiento neohegeliano que en los años treinta se desintegrará sin dejar apenas huellas tras de sí.

En la misma línea, también con reminiscencias hegelianas, va a moverse Max Ernst Mayer, penalista y filósofo del Derecho (132). El punto de partida para toda reflexión filosófico-jurídica es para Mayer el hecho de que «la filosofía del Derecho es, ante todo, filosofía» (133), y que, por tanto, el primer paso que toda filosofía del Derecho ha de dar es saber qué es filosofía. Y aquí Mayer, siguiendo a Rickert, define la filosofía como «el intento de conocer la realidad como un todo unitario» (134), es decir, que la filosofía no tiene objeto en el sentido en que lo tienen las ciencias particulares, sino dos mundos fuera de la realidad sensible y, sin embargo, accesibles al conocimiento: el mundo de los valores y el mundo supraempírico o metafísica (135). Desde el punto de vista metódico, en efecto, «es fundamental la división entre realidad y valor, entre ser y deber ser, entre positividad y normatividad», es decir, entre un mundo accesible a la experiencia interna o externa y un mundo de significaciones sustraído a la experiencia sensible (136). Ahora bien, los valores que nosotros percibimos se nos dan siempre unidos a objetos singulares, como valores realizados, mientras que sobre ellos, «en la relación de lo general con lo particular», sabemos de otros valores incondicionados y superiores, como la verdad, la belleza o la justicia. De igual manera que, tras la experiencia de las cosas se halla el «ser mismo» de estas cosas, el ser último de la realidad. Esta teoría general de los valores y del fundamento del ser que representa «el sentido último del mundo y de la vida» es la esencia de la filosofía (137).

Desde esta noción de filosofía, Mayer pasa a determinar la noción de filosofía del Derecho: «la filosofía tiene exactamente el mismo co-

(132) Sobre MAYER, cfr. J. MOÓR, «Eine Rechtsphilosophie des 'kritischen Relativismus'. Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsphilosophie M. E. Mayers», en *ARWPhil.*, Bd. 17 (1923/24), págs. 91 ss., y M. SALOMON, «Die Ueberwindung des Personalismus und Transpersonalismus bei M. E. Mayers», en *ARWPhil.*, Bd. 18 (1924/25), págs. 431 ss.

(133) M. E. MAYER, *Rechtsphilosophie* (1922), 3. Aufl. Berlin 1933 (= *RPhil.*), pág. 1.

(134) *RPhil.*, pág. 2).

(135) *RPhil.*, pág. 2.

(136) *RPhil.*, págs. 3-5.

(137) *RPhil.*, pág. 5.

metido que la filosofía en general, aunque partiendo de aquella parcela de realidad que constituye su objeto propio, es decir, el Derecho positivo» (138). Desde este dato concreto, la filosofía se eleva a una visión total del mundo y de la vida y es por eso, y en este sentido, «teoría del concepto y de la idea del Derecho» (139).

En la busca del concepto del Derecho, Mayer desecha antes de nada el método inductivo del positivismo filosófico, que siempre descansa en la petición de principio de presuponer el conocimiento de lo que se trata de hallar (140). Para Mayer, en efecto, sólo se puede llegar a un concepto del Derecho por la consideración del amplio campo del cual forma parte junto con otros fenómenos: la sociedad y la cultura (141).

«Sin la conjunción en unidad de una multiplicidad de individuos es imposible la filosofía del Derecho» (142): con estas palabras comienza Mayer el estudio de la sociedad como preliminar a su definición del Derecho. Sociedades las hay de muchas clases, pero por múltiples y diversas que sean, a todas les es común la existencia de un interés propio que las constituye en unidad. Las sociedades pueden definirse, por eso, como «comunidades de intereses», de tal manera, que «el interés común a un cierto número de individuos es el factor constitutivo de toda sociedad» (143). Con este concepto de sociedad, Mayer da un paso decisivo en su camino hacia la definición del Derecho. Y es que para Mayer el concepto de sociedad se halla esencialmente ligado al de cultura, tan esencialmente como el de cultura lo está al de Derecho. Cultura es, en efecto, según Mayer, el cultivo y atención de un interés común, que desemboca en una situación valiosa; o como dice también más escueta y tradicionalmente, «cultura es realidad hecha valiosa, o lo que es lo mismo, valor hecho realidad» (144). Culturas hay muchas como la historia nos muestra, culturas enfrentadas entre sí, superpuestas o sucesivas en el tiempo; cada sociedad cree que la cultura se identifica con el cultivo de su peculiar interés, mientras que otras sociedades con distintos intereses tienen por incultura lo que aquélla llamaba cultura (145). De aquí también la existencia de las denominadas normas culturales. Toda sociedad exige de sus miembros un cierto comportamiento acorde con el interés constitutivo de ella, dividiendo así la conducta individual en conducta social o asocial. El medio para lograr una conducta social son «reglas de índole práctica que contienen imperativos para el obrar humano» (146), es decir, lo que llamamos normas, y más concretamente, normas culturales. «Normas culturales son imperativos por los que una sociedad exige un comportamiento

(138) *RPhil.*, pág. 4.

(139) *RPhil.*, pág. 6.

(140) *RPhil.*, págs. 24-25,5

(141) *RPhil.*, págs. 5-6.

(142) *RPhil.*, pág. 25.

(143) *RPhil.*, págs. 25-26.

(144) *RPhil.*, págs. 33-34.

(145) *RPhil.*, págs. 34 ss.

(146) M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen* (1903), cito por la reimpr. Darmstadt 1965, pág. 16.

acorde con su interés» (147). Estas normas culturales pueden ser muy diversas, religiosas, morales, usos sociales, el Derecho, todas las cuales constituyen en un principio un todo indistinto, y sólo a lo largo del proceso histórico y en las sociedades superiores van diferenciándose, de tal modo que cada grupo forma un «ordenamiento social» de por sí (148). Son ordenamientos que no pueden diferenciarse entre sí por su contenido, ya que muchas normas son idénticas en uno y otro ordenamiento, y sí sólo por la sanción que acompaña a cada una de ellas. Las normas religiosas se garantizan por representaciones suprasensibles, las morales por la conciencia, los usos sociales por la opinión pública, y el Derecho «por la amenaza y ejecución de medidas de fuerza, es decir, por la coacción» (149). Ahora bien, la amenaza y la ejecución de medidas de fuerza supone la existencia de una sociedad organizada, el ejercicio de cuyos órganos está regulado por normas y en la cual, por tanto, también el ejercicio de la fuerza está predeterminado de modo inviolable. Se trata de sociedades con una gran intensidad en el sentimiento de su factor constitutivo y que, por ello mismo, se estructuran formalmente creando órganos de función (150). Sociedades que prescriben normas de comportamiento social, no para casos aislados, sino de una vez y para un número indeterminado de casos; normas que, a su vez, se hallan entrelazadas y condicionadas entre sí formando un sistema (151). Este tipo de sociedades es a lo que llamamos Estado, y Derecho es su sistema normativo propio. Derecho en sentido estricto es, por eso, «la totalidad de acciones que pone en práctica un Estado para promover y asegurar los intereses comunes por la formulación e imposición de un sistema de normas garantizadas por la coacción y por medidas de fuerza reguladas normativamente» (152). Este Derecho creado y sostenido por el Estado, es decir, el Derecho positivo, es el único existente y es, por tanto, una tautología preguntarse por su validez en sentido técnico-jurídico, ya que validez en este sentido y Derecho positivo son dos términos de lo que Kant hubiera llamado un juicio analítico. «Validez es efectividad del Derecho, y efectividad el grado en que se impone» (153).

Trazado así a grandes rasgos el concepto del Derecho, y de acuerdo con su definición de filosofía del Derecho, Mayer dirige su atención a la idea del Derecho. Mayer comienza en este punto sus reflexiones preguntándose, antes que nada, por la posibilidad y cognoscibilidad de los llamados valores absolutos. La característica de los valores absolutos es su validez general, una validez que descansa en su incondicionalidad y que se manifiesta en su vinculatoriedad ilimitada, indepen-

(147) *RPhil.*, pág. 38.

(148) En *Rechtsnormen u. Kulturnormen*, págs. 17 ss., MAYER distingue entre normas jurídicas y normas culturales.

(149) *RPhil.*, pág. 42.

(150) *RPhil.*, pág. 26.

(151) *RPhil.*, pág. 51.

(152) *RPhil.*, pág. 56. Sobre esta definición, cfr. J. MOÓR, *Eine Rechtsphilosophie des «kritischen Relativismus»*, ya cit., p. 94.

(153) *RPhil.*, págs. 56 ss. Sobre el problema de la validez jurídica en sentido filosófico-social, *Rechtsnormen u. Kulturnormen*, págs. 17 ss., y *RPhil.*, págs. 57 ss.

diente del tiempo y del espacio. Ahora bien, un valor de esta naturaleza «no ha existido jamás en la historia y sólo quien es capaz de pensar la eternidad puede conocerlo» (154). Hay que insistir, dice Mayer, en que todos los valores son relativos y revestidos sólo de una validez condicionada. Una condicionalidad que es doble: de un lado, de naturaleza histórica, constituida por el carácter nacional, la situación de la técnica, de la economía, de las ciencias, en suma por la cultura de la época, y de otro, de naturaleza individual, consistente, no en el conocimiento puro, como ocurre en los valores absolutos, sino en el «reconocimiento» del valor en cuestión, un acto en el que intervienen tanto el deseo como la voluntad de las personas relacionadas con el valor (155). De estas dos condicionalidades, la histórica determina el contenido del valor, mientras que la individual fundamenta su validez.

Desde este punto de vista, Mayer se enfrenta con el problema del relativismo axiológico que, desde Lask, había estado latente en la filosofía sudoccidental, y que había encontrado expresión clásica en Radbruch (156). El relativismo de Radbruch se basaba en la presuposición de que los valores no son susceptibles de conocimiento científico, sino sólo de una afirmación personal, de «un acto de fe». Y era partiendo de esta presuposición que entregaba al juego político de los partidos la solución al dilema de los valores fundamentales para una comunidad. Para Mayer se trata aquí de un «relativismo escéptico» que sólo puede llevar a la resignación y que es insostenible tanto desde el punto de vista personal como desde el gnoseológico (157). El punto débil de toda la argumentación de Radbruch consiste en hacer radicar toda validez axiológica en el reconocimiento o afirmación de los valores por la persona individual. Frente al «relativismo escéptico» de Radbruch, Mayer sostiene el «relativismo crítico» (158), es decir, la noción de que los valores no son relativos por la diversidad en las valoraciones, sino que son relativos por sí mismos como expresión que son de una determinada cultura o situación cultural; mientras que, a la vez, siendo relativos, los valores encuentran su justificación absoluta en la estructura del mundo que les dio a luz. Y es por eso que cuando condenamos desde los valores de nuestro presente un ordenamiento jurídico del pasado que establece la tortura como medio de prueba, nos basta para entenderlo situarnos en el mundo cultural de que aquel ordenamiento nació (159).

La teoría de la relatividad y condicionalidad de los valores va a significar una línea divisoria en el neokantismo sudoccidental, y en general, en toda la filosofía axiológica. Para Mayer es el núcleo y también la culminación de todo su sistema. El cometido del «relativismo

(154) *RPhil.*, pág. 66.

(155) *RPhil.*, págs. 67 ss.

(156) Sobre ello, M. SALOMON, *Die «Ueberwindung» des Personalismus und Transpersonalismus*, ya cit., págs. 432 ss.

(157) *RPhil.*, págs. 67 ss.

(158) Una denominación, por los demás, poco afortunada. Cfr. J. MOÖR, *Eine Rechtsphilosophie des «kritischen Relativismus»*, ya cit., pág. 97.

(159) *RPhil.*, pág. 69.

crítico» es la ordenación de los valores y la determinación del valor supremo. Los valores, en efecto, son tanto más efímeros cuanto mayor es su relatividad, y lógicamente, por eso, al final de la escala de la relatividad tiene que encontrarse un valor supremo sustraído a toda condicionalidad. Este valor último y supremo es para Mayer la idea de la humanidad. Mayer, que aquí sigue a Münch, concibe la idea como un «principio de síntesis» de las objetividades culturales, cuya última expresión es justamente la idea de la humanidad (160). A diferencia de todas las sociedades que conocemos por la experiencia, la humanidad en tanto que comunidad no presupone más que la existencia misma de los hombres como tales. La sociedad humana o humanidad deja atrás todas las diferencias accidentales del hombre, nacionalidad, religión, raza, para no tener en cuenta más que aquello que hace al hombre hombre. La humanidad, la sociedad de todos los hombres, es un pensamiento necesario, porque si los hombres viven en la unidad contingente de las sociedades históricas, es imposible que la mente no ascienda desde estas unidades particulares a unidades cada vez más amplias y universales hasta llegar así a la sociedad más universal y comprensiva, es decir, a la humanidad (161). Pero aunque un pensamiento necesario, la humanidad no es algo realizado y existente o algo a realizar en un futuro más o menos próximo. Como «idea» la humanidad tiene una función sólo regulativa, no es un concepto extraído de la experiencia, sino en el sentido kantiano, un concepto-límite de la experiencia (162). La «idea» de la humanidad en cuyo centro se halla el hombre en sí es en la filosofía del Derecho de Mayer un criterio último de valoración, no una incitación al obrar. Si dirigimos la vista al pasado jurídico, se nos ofrecen toda una serie de conquistas, en cada una de las cuales parece rebrillar un reflejo de humanidad: la igualdad jurídica, la humanización de las penas, el robustecimiento del Derecho internacional. Y sin embargo sería un error considerar estas conquistas como un proceso rectilíneo hacia lo que venimos llamando humanidad, ya que ésta, si ha de valer como idea del Derecho, no puede ser tenida ni como objetivo ni como fuerza impulsora del proceso histórico. Con ello se desconocería además la naturaleza relativa de los valores jurídicos, condicionados siempre por una constelación cultural concreta, e incluso la misma naturaleza del Derecho, que consiste «en conformar el destino de los hombres de acuerdo con una cultura determinada» (163). Por eso «hay tantos ideales jurídicos como ideales culturales, pero sólo una idea del Derecho» (164). Como dice Mayer: «la humanidad no es de ninguna manera el ideal, sino la idea del Derecho» (165).

Como en toda teoría de las ideas, desde Platón hasta Hegel, nos dice Mayer, la relación de la idea con la realidad es la relación de lo

(160) *RPhil.*, pág. 63 y n.

(161) *RPhil.*, pág. 31.

(162) *RPhil.*, págs. 30-31.

(163) *RPhil.*, pág. 91

(164) *RPhil.* pág. 89.

(165) *RPhil.*, págs. 87-88.

permanente con lo cambiante, de lo suprasensible que se nos muestra en lo sensible, de lo más real que se nos revela en la realidad. Y como la cultura es «realidad hecha valiosa» es, en todas sus formas, una manifestación de la idea de la humanidad, ya que por ser valiosa esa realidad es también un valor hecho real, el cual sería impensable si no participara en sí en el valor supremo, en el valor de los valores. Ya Hegel había dicho que «había que percibir la sustancia, lo inmanente y lo eterno en la apariencia de lo temporal y transitorio» (166). Y en su seguimiento escribe Mayer: «Lo que importa es percibir lo eterno en lo temporal, concebir la humanidad como la idea que se nos muestra en la infinita riqueza de los valores culturales» (167).

6

Con ello queda trazado a grandes rasgos lo esencial del neokantismo axiológico en sus dos grandes direcciones filosófico-jurídicas: una de ellas que trata de llevar a sus últimas consecuencias las premisas sentadas por los grandes fundadores de la Escuela, y otra, en la que, de manera más o menos clara, va cobrando fuerza la convicción de los límites dados con aquellas premisas y trata, por ello, de encontrar más amplios horizontes, especialmente en el idealismo alemán post-kantiano. Y ha llegado también, en consecuencia, el momento de volver la vista al camino recorrido y hacer una consideración de conjunto de la filosofía axiológica.

Desde que H. Lotze lo introdujo en el lenguaje filosófico a mediados del siglo último (168) puede decirse que el término de «valor» no ha desaparecido ya de la especulación filosófica. Todavía, a principios de nuestro siglo un autor podía escribir que «raras veces en la historia del pensamiento la noción de valor ha ocupado como en el presente el centro de la discusión» (169). La noción de valor, sin embargo, va a adquirir toda su significación al basar en ella su teoría una dirección muy específica del neokantismo con dos grandes sistemáticos, Windelband y Rickert, a su cabeza. Y sin embargo, sería algo así como una autocomplacencia infundada creer que poseemos una idea suficiente y definitiva de lo que es «valor». Hoy todavía con toda razón podemos también nosotros formularnos el viejo interrogante: ¿qué son los valores? (170). Desde su reducción psicológica (171) hasta la idea de los valores como objetividades entitativas sostenida por la fenomenología,

(166) HEGEL, *Grund.d.Phil.d.Rechts*, WW (Jubiläumsausg.) Bd. VII, pág. 33.

(167) *RPhil.* pág. 90.

(168) Cfr., por ejemplo, H. LOTZE, *Mikrokosmos. Ideen zur Naturgeschichte und Geschichte der Menschheit* (1856-58), 6. Aufl. hrsg. v. R. Schmidt, Leipzig 1923, Bd. I, págs. 272 ss., Bd. II, págs. 307 ss.

(169) W. M. URBAN, *Valuation its Nature and Laws*, London 1909, pág. 1.

(170) Hace más de cincuenta años J. ORTEGA Y GASSET se hacía la misma pregunta. Cfr. su fino artículo *¿Qué son los valores?* (1923), ahora en *Obras completas*, Madrid 1946-47, t. VI, págs. 317 ss.

(171) URBAN, *Valuation*, ya cit., pág. 22.

especialmente por Max Scheler (172) y N. Hartmann (173), pasando por la afirmación de su carácter irracional (174), puede decirse que no hay marco conceptual en el que no se haya querido situar alguna vez la noción de valor (175). Incluso los mismos Windelband y Rickert no entienden, ni mucho menos, de igual manera lo que es valor. Para Windelband los valores no son propiedades reales de las cosas, sino cualidades basadas «en la relación con una conciencia valoradora» (176), es decir, cualidades que nuestra sensibilidad o nuestra voluntad proyectan en los objetos de la experiencia. De tal manera, que «si se suprime el querer y el sentir, los valores desaparecen» (177). Según Rickert, en cambio, los valores «poseen validez independientemente de nosotros y prestan sentido objetivo a nuestra existencia» (178). Los valores constituyen un reino para sí que nosotros conocemos a través de los objetos en que se nos manifiestan o «bienes». Un proceso en el que no hay ningún momento psicológico, sino un mundo de sentido que apunta a valores aunque sin coincidir con ellos (179).

Si apartamos nuestra atención de los valores en sí y la fijamos en los juicios de valor o axiológicos, veremos para nuestra sorpresa que nos sale al paso una problemática completamente distinta, aunque complementaria de la anterior. Pensemos en un juicio de valor: «la mentira es abominable» o reprobable, condenable, execrable. ¿Qué quiere decirse con ello? No, desde luego, como nos lo dice la experiencia, que todo el mundo obre de acuerdo con esta condena. ¿Qué significa entonces el adjetivo valorativo «abominable» unido al sustantivo mentira? O en otras palabras: ¿qué es ser «abominable»? ¿Es que hay algún rasgo o característica en el concepto de «abominable» que se dé también en algún objeto o acción, como la mentira, y que permita una atribución sustantiva entre ambos? Todas las proposiciones teóricas están referidas a una realidad, que es la medida de su posibilidad y verdad. Las proposiciones sustantivas que predicán algo de un sujeto tienen, por eso, que referirse a cualidades o determinaciones que se den actualmente o que puedan darse en el sujeto al que se le imputan. A una «casa», pongamos como ejemplo, podemos atribuirle, según los casos, toda una serie de determinaciones que pueden darse, de hecho, en el objeto «casa»: acogedora, grande, pequeña, confortable. Si, en cambio, atribuimos al sustantivo un adjetivo que no guarda relación con él, si decimos «esta casa es envidiosa», estamos formulando una proposición vacía de sentido, una proposición que no es verdadera ni falsa, sino que no dice nada. Es lo que ocurre con los juicios valora-

(172) M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 3. Aufl., Halle a.d.S. 1927, págs. 7 ss.

(173) N. HARTMANN, *Ethik*, Berlin u. Leipzig 1926, págs. 107 ss.

(174) J. COHN, *Wertwissenschaft*, Stuttgart 1932, Bd. I, págs. 60 ss.

(175) Sobre el problema del valor en la filosofía contemporánea cfr. los dos libros de A. MESSER, *Deutsche Wertphilosophie der Gegenwart*, Leipzig 1926 y *Wertphilosophie der Gegenwart*, Berlin 1930.

(176) WINDELBAND, *Einleitung in die Philosophie*, ya cit., pág. 245.

(177) WINDELBAND, *Einleitung*, pág. 254.

(178) RICKERT, «Vom System der Werte», en *Logos*, Bd IV (1913), pág. 296.

(179) RICKERT, *Vom Begriff der Philosophie*, ya cit., págs. 20 ss.

tivos. Las acciones que calificamos, pueden ser libres o forzadas, humanas o no humanas, enérgicas o débiles: lo que no pueden ser nunca en sí es loables o condenables, buenas o malas, justas o injustas. Vivo en una comunidad en la que se abomina de la mentira o de otra acción cualquiera que pone en peligro la coherencia o la subsistencia de la comunidad, y lo expreso diciendo que la mentira o la acción que sea es abominable. Yo personalmente abomino la mentira y doy expresión a este sentimiento con la proposición «la mentira es abominable», es decir, de una manera neológicamente ilegítima. Es la estructura característica de la proposición ideológica. De un pensamiento o de una proposición se dice que son ideológicos «cuando sus raíces se hallan, no en la esfera teórica, sino en el ámbito vital» (180). Pertenezco a un mundo social concreto con sus exigencias y connotaciones también concretas, experimento un cierto sentimiento ante un objeto o una acción, y expreso aquellas exigencias y este sentimiento en forma de proposición abstracta con pretensión de validez general. Esta racionalización de sentimientos o situaciones de hecho, es decir, su ideologización es la sustancia de los juicios valorativos. Y sin embargo, pese a su ilegitimidad lógica, los juicios valorativos poseen, como enseguida veremos, una profunda significación sociológica. Por razón de su formulación abstracta, en todo juicio valorativo se encierra, en efecto, una exigencia indudable. Y así, por ejemplo, aunque en el juicio valorativo «la mentira es abominable» no se diga legítimamente nada, en la aserción subyace la pretensión tácita de que todo el mundo tenga la mentira por tal.

Esto se ve muy claramente en lo que Mannheim llama la «ideología total» (181). Es decir, aquella ideología en la que no es el individuo quien sublima su posición social o sus sentimientos, sino que es un grupo, una clase social la que trata de racionalizar su situación histórica insertándola en una conceptualización abstracta. Todo grupo o clase dominante en una sociedad entiende su dominación como algo sacionado por leyes eternas, como algo natural y evidente: tan evidente e indiscutible como si fuera el resultado de fuerzas naturales. «Hasta el momento ha habido historia, pero ya no la hay más» (182). Las variaciones y los cambios han cesado porque se ha llegado a un término, a una situación definitiva. Todo el aparato conceptual de la clase dominante está dirigido a probarlo así. La ideología, como siempre, tiene una «función justificadora» (183) y lo que aquí trata de justificar es una situación de poder.

(180) Cfr. Th. GEIGER, *Ueber Moral und Recht*, Berlin 1970, pág. 41, y del mismo autor, «Kritische Bemerkungen zum Begriffe der Ideologie», en *Gegenwartsprobleme der Soziologie* (A. Vierkandt zum 80. Geburtstag), Postdam 1949, págs. 141 ss., esp. 147, y sobre todo «Das Werturteil - eine ideologische Aussage», en *Werturteilsstreit* (WdF CLXXV) Darmstadt 1971, págs. 33 ss.

(181) K. MANNHEIM, *Ideologie und Utopie*, 2. Aufl. Bonn 1930, págs. 17 ss., 53 ss.

(182) K. MARX, *Das Elend der Philosophie*, WW hrsg.v.H.-J. Lieber, Bd. II, pág. 756.

(183) TH. W. ADORNO, «Beitrag zur Ideologienlehre», en *Ideologie - Wissenschaft - Gesellschaft* (WdF CCCXLII), Darmstadt 1976, pág. 178.

Esto nos lleva de la mano a la comprensión real de la filosofía de los valores en nuestro contexto histórico-social. La filosofía de los valores es una ideología de la clase dominante en la sociedad actual. La sociedad de nuestros días es una sociedad impregnada éticamente por la tradición secular de un cristianismo moralizante y autoritario, en la que se han apagado hasta los últimos ecos de las grandes revoluciones burguesas del siglo pasado, y de la cual ha desaparecido aquella profunda conciencia histórica que despertaron en su día la Escuela histórica y los escritores de la contrarrevolución. En esta sociedad la dominación no puede ya fundamentarse en ideologías económicas, pintando como antaño con vivos colores, tal y como si fuera la única posible la forma de producción en la que se basaba la explotación. Las ideologías de la dominación tienen ahora que moverse en el campo de las ideas. La clase dominante postula como puntales y fundamentos de su mundo una serie de nociones absolutas a las que se atribuye validez intemporal: la justicia, la bondad, la verdad. No se trata de que tales nociones existan efectivamente, ni menos aún, de que determinen de hecho, reales o pensadas, el comportamiento de la clase que las invoca. De lo que se trata es de rodear a esta clase de un aura superior, precisamente porque «postula» estas nociones como base de la acción. La clase dominante ya no se justifica presentándose como elemento indispensable en el proceso de producción, sino porque su mundo ideal es paradigmático —o debe serlo— para toda la sociedad. Los mismos juicios de valor, vacíos de por sí, como ya veíamos —«esta acción es mala» o «buena», esta «prestación es debida» o «no debida»— se convierten en instrumentos ideológicos decisivos. Su repetición constante, unida a la tendencia natural a no discrepar de lo que todos tienen por cierto, prestan a estos juicios valorativos una vigencia incuestionable en todas las capas de la sociedad. «El interés preside todos nuestros juicios», escribía uno de los más agudos filósofos ilustrados (184), y el interés reside aquí en que la ideología de la clase dominante se haga la forma natural de pensar de toda la sociedad.

Se desarrolla así un «sentido moral», un «sentido jurídico», un «sentido estético» que imprimen en el subconsciente, y luego en el comportamiento general los esquemas pretendidos por la clase dominante. Una vez más se hace verdad, no sólo que «las ideas de la clase dominante son en todas las épocas las ideas dominantes» (185), sino además también que «los mismos hombres que conforman las relaciones sociales..., conforman también los principios, las ideas, las categorías, de acuerdo con estas relaciones sociales» (186).

(184) HELVÉTIUS, *De l'Esprit*, en *Oeuvres complètes*, à Londres 1977, t. II, pág. 39.

(185) K. MARX/FR. ENGELS, *Die deutsche Ideologie*, WW ed. cit., Bd. II, pág. 55.

(186) K. MARX, *Das elend der Philosophie*, ya cit., pág. 744.

La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español (*)

Por JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

Frankfurt am Main

Afrontar un análisis de las últimas transformaciones del ordenamiento jurídico civil español, exige desprenderse de las representaciones reificadas del nuevo sistema normativo, territorialmente reorientado, para detectar sus mecanismos constitutivos. Es decir, ir necesariamente más allá de la pura interpretación textual de la Constitución española de 1978 y de su ordenación de las competencias legislativas en materia de derecho privado. Lo mismo cabe decir respecto a una segunda forma de tratar este tema, la comparación de las instituciones, método tan extendido entre los juristas extranjeros que se interesan por España como en los medios jurídicos españoles interesados en la legitimación extranjera del derecho español. Es igualmente respecto a aquellas explicaciones, a fin de cuentas parciales e interesadas, que no dejan de estar fundadas en esas alternativas estereotipadas desde que se inventó la tradición de los «derechos forales» en el siglo pasado. Estamos pensando en algunas opiniones establecidas, como la hegemonía del centralismo estatal castellano o la persistencia de la autonomía natural de ciertos derechos regionales, su conservadurismo o su agudo sentido del futuro, su carácter antiparlamentario o altamente democrático por naturaleza.

El hecho de que los comentarios tiendan a organizarse en la mayor parte de los casos alrededor de tales variantes ideológicas no debe hacer olvidar que esta aspirada reordenación está, en el fondo, históricamente condicionada. Se trata precisamente de captar la lógica histórica de las modificaciones: los determinantes coyunturales inscritos en la práctica jurídica. Estudiar la reorganización territorial del derecho civil español no es sino escribir un capítulo de la historia social de la racionalización contemporánea del discurso jurídico, reinsertando la historia de este fenómeno parcial en la historia moderna del campo de la re-

(*) Un resumen de este texto se presentó por primera vez en octubre-noviembre de 1983 en Barcelona, con motivo de un ciclo de conferencias, organizado y financiado por la «Fundació Caixa de Pensions», dedicado al tema general «Canvi social i dret civil a Catalunya».

producción profesional de los juristas y, de este modo, en la historia de la modernidad en su conjunto (1).

Para entender el abandono de un derecho civil que gravitaba en torno de un polo de atracción único, el *Código civil* de fines del último siglo, hace falta en primer lugar romper con la experiencia vivida y los lugares comunes; en este caso, con la cotidiana celebración de la democratización del derecho privado en una España modernizada. Sólo una hipótesis teórica previa permite, en principio, escapar a las interrogaciones inconscientes y llevar a cabo una investigación fecunda y controlable. Sólo ella proporciona un punto de vista crítico en relación con unos hechos equívocos, unos instrumentos de observación concebidos para reconstruir en el curso del análisis la red de relaciones explicativas y, de este modo, la reordenación en cuestión.

La construcción del objeto teórico de nuestro análisis en forma de un cuerpo de hipótesis metódicamente formuladas y teóricamente enriquecidas obliga a subrayar lo que la disposición del discurso jurídico debe a las condiciones sociales de las que ha surgido. Mediante la oferta de instrumentos de percepción y de orientación del mundo antagónico que transfiguran las relaciones de clase en función de su legitimación, esta práctica simbólica es —en el sentido de Pierre Bourdieu— el producto de las tensiones sociales, más precisamente del campo jurídico doblemente determinado, por su propia lógica y por las relaciones de fuerza contemporáneas en el exterior del campo. Lugar de luchas internas y de retraducción eufemizante de las luchas externas, el campo jurídico está lejos de ser un espacio de orden estático en el que unos agentes más o menos activos ocupan, de una vez por todas, las posiciones conquistadas. Al mismo tiempo campo de concurrencia y —en la época moderna al menos— primero entre los diversos campos interesados por igual en la composición de modelos de dominación, se trata más bien de un universo inestable de lugares que hay que defender incesantemente de los ataques provenientes tanto del exterior como del interior del campo. De aquí vienen los conflictos de competencia en el doble sentido de la palabra: abocados al desafío de experimentar la capacidad de pronunciar palabras de orden con todos los cuestionamientos para poder hacerlo de un modo legítimo. De ahí —pero sin que se trate en todos los casos de actos conscientes, explicitados o ajustados mutuamente— las estrategias ofensivas de los agentes desposeídos de competencia, por un lado, y, por otro, los cálculos defensivos de aquellos que están en posesión de una competencia reconocida: la programación y la coordinación de sus operaciones a fin de asegurarse el derecho exclusivo de hacer saber lo que es el derecho, es decir, el orden, según el *common sense*. En relación con esto, Bourdieu se refiere a una ley social según la cual la división del trabajo varía en función del desarrollo socioeconómico, es decir, del grado de

(1) Cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Éléments pour une histoire du droit moderne*, en Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES/Pablo SALVADOR CODERCH (eds.). Primer Seminario de historia del derecho y derecho privado, Nuevas técnicas de investigación, Barcelona, 1985, págs. 423-524.

acumulación y reparto disimétrico de los capitales sociales, económicos y culturales. Si tenemos en cuenta que el monopolio profesional se basa tanto en el derecho como en todos lados en las aptitudes socialmente reconocidas para efectuar, con razón, tal o cual acto en condiciones determinadas, entonces resulta evidente que todo tipo de críticas, resistencias u ofensivas que se deban a las mutaciones en el seno de la formación social suscitan los esfuerzos de los monopolistas amenazados por reorganizar su modo de producción. Para reafirmar su competencia contestada, se esfuerzan, obligados por una lógica del mercado de la oferta y la demanda, en ofrecer soluciones a los conflictos sociales que se ajusten a las necesidades cotidianas, a un *modus vivendi* rentable, vista la lógica económica de toda dominación. Las nuevas formas de buena conducta serán en adelante de nuevo adecuadas para movilizar la creencia en el orden, impuesto arbitrariamente en última instancia por los mismos monopolistas, los cuales están siempre al servicio de la clase dominante o de una de sus fracciones, sin descuidar por ello sus propios intereses. Lo que hace que no sea el valor de una idea abstracta, ni la fuerza intrínseca de las razones aireadas, ni la influencia directa de las fuerzas económicas sino la reinversión inevitable y la racionalización adecuada de la competencia las que hacen que se progrese hacia un orden jurídico unívoco, universal y omnipotente, sin que tenga que emanar obligatoriamente de un lugar central (2).

Si consideramos además la transformación gradual de España en un país democrático, concebido y objetivado como Estado de derecho constitucional, democrático y social, parece posible afirmar, gracias a esta teorización, que la territorialización sucesiva del orden jurídico civil en el curso de los años 60 y 70 es el producto homólogo de los cambios políticos, económicos y sociales de una sociedad en vías de modernización. Tal y como garantiza el artículo 149 de la Constitución española de 1978, la coexistencia de ordenamientos jurídicos diferentes en materia civil sobre la base de las competencias legislativas del Estado y las Comunidades autónomas, y la regionalización progresiva del nuevo derecho civil, oficialmente legitimada como una reacción inevitable contra el régimen autoritario anterior en el marco de un «obligado asalto al centralismo burocrático y uniformista de los últimos años» (3), corresponde al mismo tiempo a un reparto y a una concentración del poder: la restauración de un monopolio profesional en manos de algunos nuevos juristas. Estos últimos recuperan su competencia exclusiva a medida que instalan —ya sea por su propio trabajo o con el concurso de mandatarios políticos— un sistema pres-

(2) Sobre este modelo teórico, ver Pierre BOURDIEU, «Sur le pouvoir symbolique», *Annales. Economies-sociétés-civilisations* 32 (1977) 405-411; BOURDIEU, *La distinction. Critique social du jugement*, París, 1979, págs. 271-272, 279; BOURDIEU, *Le sens pratique*, París, 1980, págs. 191 ss.; BOURDIEU, *La représentation politique. Eléments pour une théorie du champ politique*, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 36-37 (1981) 3-24 (3-7); BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, París, 1982.

(3) (Rafael RIBÓ et alii), *Asalto al centralismo. La reivindicación de la autonomía de las nacionalidades y regiones del Estado español*, Barcelona, 1976, epílogo.

criptivo paradójicamente opuesto a todo tipo de monopolización. Al asegurar de este modo tanto la univocidad como la flexibilidad del orden a establecer, amplían su posición social por medio de una respuesta tan sublime como es la sublimación de una sociedad en mutación. Perseguen sus propios intereses, tal y como les vienen asignados por la estructura del campo jurídico, al perseguir la racionalización jurídica del mundo social y, de aquí, la búsqueda del modo más adecuado —es decir, más económico— de dominación. Especialmente dirigida contra todos aquellos que mal conocen la reorganización territorial, entendiéndola como un peligro para el mercado interior, como institución amenazada por una competencia entre conjuntos regionales, como costosa improvisación en detrimento de la eficiencia del aparato estatal y —temor típico de la izquierda española— como sostén del renacimiento del conservadurismo nacionalista; en pleno contraste pues con, por ejemplo, la tesis de Carlos Lasarte según la cual la economía moderna es por naturaleza incompatible con los ordenamientos jurídicos civiles territorialmente divergentes, vamos a precisar la hipótesis justamente como sigue (4). Dada la tradición jurídica española, la descentralización en materia de derecho civil, sancionada por la Constitución de 1978, constituye la única vía posible para reorganizar el discurso jurídico concerniente a la producción, circulación y reparto de los capitales sociales en el sentido más amplio, ya que dicha territorialización contribuye, en un momento de extraordinaria gradación de la complejidad social, en virtud de la negación de aquella tradición, a instituir otro modo de dominación: la juridificación de la nueva España basándose en buena medida en una concertación local tan diferenciada como adecuada, y teniendo en cuenta el desarrollo económico y sus consecuencias sociales, tan difíciles de prever, de proyectar y, por tanto, de dominar. Esta hipótesis exige hacer una segunda precisión, que vino sugerida por la actual discusión en España sobre la naturaleza del derecho constitucional, sobre su análisis político o su defensa como un corpus de reglas jurídicas que no permite ser puesto en tela de juicio a menos de favorecer el caos social. Nos estamos refiriendo a la controversia entre Pablo Lucas Verdú y Eduardo García de Enterría (5). Mientras que este último legitima el nuevo orden insistiendo en la objetividad de la técnica jurídica al servicio de la paz social o incluso de la humanidad, y Lucas Verdú polemiza contra este tipo de tecnocracia fundada en el positivismo y el formalismo jurídicos como bases del conservadurismo político, nuestro segundo punto de partida se distingue tanto de la desideologización emanada de la práctica jurídica como de una visión estática de la racionalidad jurídica. Para compren-

(4) Carlos LASARTE, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, págs. 154-156; Juan José SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, *Sobre el modelo de organización territorial del Estado según la Constitución de 1978*, en *Revista de Derecho Político* 13 (1982) 53 ss. (72).

(5) Ver sobre todo Pablo LUCAS VERDÚ, *El Derecho constitucional como Derecho administrativo (La «ideología constitucional» del profesor García de Enterría)*, en *Revista de Derecho político* 13 (1982) 7-52 (13); Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *El Derecho constitucional como Derecho*, en *Revista de Derecho político*, 15 (1982) 7-20 (12-13, 15-17).

der aquí a una razón jurídica en marcha, afrontamos la evolución inevitable y maldita del formalismo hacia otra racionalidad, que no es sino abierta e informal. Más allá de los límites en los que se inscriben tanto la ortodoxia marxistizante como una justificación cualquiera de la juridificación constitucional de las relaciones sociales, se trata de arrojar luz sobre las operaciones específicas de reconstrucción jurídica. Al considerar que también éstas están condicionadas por las relaciones de dominación, se sigue —por hipótesis— que no pueden ser las mismas que en la época en la que el poder de las fracciones de la burguesía dominante se basaba en última instancia en la ficción de un rigor jurídico más bien abstracto.

Por definición, la observación de los hechos en función de este conjunto de hipótesis no puede quedarse en las apariencias. En lugar de confeccionar una sencilla lista de las mejores intenciones, de los buenos argumentos y de las decisiones adoptadas por la fracción dominante de los representantes jurídicos, sancionada por el antiguo régimen franquista o instituida por el nuevo orden del que forma parte, habría que ocuparse de la orquestación conceptual, tal y como emana de un campo jurídico que sufre objetivamente una fase crítica en un momento de crisis general. Por consiguiente, a continuación tendremos que examinar lo que no es sino una práctica específica que intenta encontrar los *standards* que permitan evitar los conflictos violentos o, lo que es lo mismo, una práctica en pos de los instrumentos de un aceptable control social. Para conseguirlo, no nos concentraremos sobre la problemática de la reterritorialización (III) antes de haber analizado, en primer lugar, las perturbaciones que en el campo jurídico comportan las transformaciones exteriores (I) y después la juridificación que le acompaña, en especial su objetivación final en forma de Constitución de 1978 y por medio de la instauración del Tribunal Constitucional (II).

I

Si tenemos en cuenta que al margen de los períodos de crisis la producción de las categorías jurídicas en la época moderna se encuentra en las manos firmes de los juristas y que, por tanto, está esencialmente sujeta a tensiones específicas —razón por la cual no existe la necesidad de explicitarlas—, entonces toda apología, toda disputa interna sobre la extensión o la importancia de una crisis, todo insólito interés de los especialistas sobre el mejor modo de producir, sobre el funcionamiento de los modos de producción y las reacciones de los consumidores no son sino los primeros indicios de que un campo jurídico se encuentra sacudido por una grave crisis que hoy todavía cuenta como una crisis de legitimación de la estructura social en su conjunto. Bajo este prisma, no hace falta irse más allá de los años en torno a 1970, cuando tiene lugar un considerable aumento de aportaciones a la agitada discusión en el terreno del derecho civil o, lo que viene a ser lo mismo para sus protagonistas, sobre los peligros de «nuestra disciplina». Estamos pensando en el significativo

ejemplo de los estudios en homenaje a Castán Tobeñas. En ellos, tres de sus artículos, particularmente canonizados por la extraordinaria posición de la persona homenajeada, retoman explícitamente el tema que el mismo Castán había formulado cuarenta años antes: a saber, si resulta necesario ir «Hacia un nuevo Derecho civil» (6). Trátese del alegato de Elías Díaz por un «Estado de Derecho y (una) sociedad democrática» o de la utopía libertaria de una comunidad sin derecho de Juan Ramón Capella; trátese —aparentemente en un plano comparativamente inferior— de las acusaciones de Díez-Picazo contra los anacronismos de un derecho de obligaciones que se basa en el contrato individual y que, por tanto, se encuentra poco preparado para afrontar la sociedad de consumo y de concentración de empresas de la tercera industrialización, o de la sencilla negación, algunos años más tarde, de toda crisis del derecho privado, por parte de Santos Briz: el conjunto de agentes implicados se muestra a todas luces inquieto por la suerte del campo jurídico, sin que importe mucho el emplazamiento ideológico y, por tanto, el proyecto social de cada uno de ellos (7). Mientras que unos fundamentan expresamente sus propuestas sobre aquello que designan como «concepción cristiana del derecho» (Castán Tobeñas), «perspectiva judicialista» (Alvaro d'Ors) o, en materia civil, como «personalismo ético» (Santos Briz), los otros abogan por las reformas en nombre de un derecho instrumentalizado. Este puede, según éstos, funcionar como un motor que avanza hacia una transformación, hacia una sociedad moderna —o incluso socialista— bajo el control de un Estado de derecho que se legitima por la participación democrática de sus ciudadanos (Ruiz-Giménez, E. Díaz, García de Enterría) (8). Obligados a plantar cara, no se trata sin duda de un azar si los profanos —hombres políticos de derecha (Fraga Iribarne) o de izquierda (Solé

(6) Gabriel GARCÍA CANTERO, *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»*, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, I, Pamplona, 1969, págs. 73-91; Juan Manuel PASCUAL QUINTANA, *La encrucijada del Derecho civil*, ibídem, págs. 417-457; Plutarco MARSA VANCELLS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, ibídem, II, Pamplona, 1969, págs. 393-440.

(7) Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1969; Juan-Ramón CAPELLA, *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Barcelona, 1970; Luis DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, sobre todo págs. 315-317; Jaime SANTOS BRIZ, *El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales*, en *Revista de Derecho privado* 61 (1977), 14-44 (25, 30-33).

(8) José CASTÁN TOBEÑAS, *Crisis mundial y crisis del Derecho. Discurso en la solemne apertura de los Tribunales* (15-XI-1960), Madrid, 1960, págs. 93, 96; Alvaro D'ORS, *La pérdida del concepto de excepción a la ley* (1971), en D'ORS, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, págs. 147 ss. (148); SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), págs. 26-27; Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, en *El País* del 26 de mayo de 1983, pág. 68; DÍAZ, *Estado de Derecho* (N. 7) y *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978: sobre la controversia suscitada por el artículo «Reflexiones sobre los estudios de Derecho», de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, y publicada en *Revista de Educación*, dic. 1952, cfr. Mariano GARCÍA CANALES, *Los planes de estudio de la carrera de Derecho. Algunas reflexiones críticas*, en Juan VELARDE FUERTES (ed.), *El primer año de Derecho. Actas de las jornadas de profesores de primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida*, Madrid, 1978, págs. 276-277.

Tura) al margen de los detalles pero no tan alejados como para no saber evaluar los rasgos generales de este debate entre especialistas del orden— sólo pueden hablar imprecisamente de la crisis del Estado, del vacío político, de la falta de confianza; en una palabra: de la crisis general de legitimación, a domeñar mediante un nuevo consenso (9).

Nada sería sin embargo más engañoso que la ilusión de poder pensar la crisis, que de hecho es un desajuste objetivo del campo jurídico, en base exclusivamente al modelo subjetivista de las intenciones subjetivas, de las acciones individuales y, sobre todo, de las concepciones que se hacen los actores sobre sus acciones y sobre las relaciones objetivas que se descubran en el curso del análisis. No se puede pretender escapar a las contradicciones en las que especialmente incurren los debates sobre la urgencia de una reforma si no es intentando comprender cómo estos discursos dependen de las condiciones objetivas tanto en el interior como en el exterior del campo concernido. En este sentido, parece suficiente evocar en primer lugar alguno de los síntomas en el seno del campo jurídico, como las dificultades metodológicas, la pérdida de una última legitimación de naturaleza religiosa, los problemas de organización y, sobre todo, el sorprendente hecho de la evasión de los litigios civiles en período de crecimiento económico. Estamos aludiendo al *take off* económico de la España de los años sesenta y a sus consecuencias estructurales, es decir, a la desintegración social y a unos standards culturales e ideológicos cada vez más difusos.

Al poner en primer plano al campo jurídico y sus prácticas legitimadoras, el decaimiento de la ley y el fin cercano de una dogmática jurídica incontestada son evidentes. Incluso aunque una crítica clarividente se hace todavía de rogar, su reinado absoluto se termina durante los años sesenta, lo mismo por otra parte que en Alemania, modelo favorito de todo civilista español reconocido. De ahí las primeras dudas sobre la ideología central del juridicismo moderno, es decir, sobre la aplicación de las normas a los hechos sociales a partir de una sumisión del juez al texto debatido. Igualmente en el caso de la dogmática jurídica: racionalización ulterior de los actos legislativos, complemento sutil, sustitución consecutiva a veces, legalizada *a posteriori* en el mejor de los casos. Se comienza a poner seriamente en duda un sistema de reglas que garantiza tanto la interpretación autónoma de la norma, a pesar de su dependencia contextual, como la penetración analítica y la enunciación sistemática del ordenamiento jurídico, llevadas a cabo además de un modo puramente jurídico y sin tener en cuenta el desarrollo de las ciencias vecinas y de su retórica científica. Juristas como Hernández Gil, detentadores desde hace largo tiempo de posiciones clave dentro de la jerarquía político-jurídica, no se contentan

(9) Manuel FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, en FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, Barcelona, 1978, págs. 15-46; Jordi SOLÉ TURA, *La Constitución y la lucha por el socialismo*, en Gregorio PECES-BARBA et alii, *La Izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978, págs. 19 ss. (19-24); Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, páginas 25, 35.

ya con deplorar sin más la confusión conceptual y el nivel relativamente bajo de la discusión metodológica española. Estimulados por el extranjero, se ponen a trabajar. Esta revisión epistemológica, lingüística y sociológica de la ciencia jurídica tradicional, o bien de aquello que a partir de los sesenta es menospreciado cada vez más como tal, se revela así, y más allá de las ambiciones científicas de los agentes, como un indicador fiable de la reorganización discursiva de un campo en transformación social (10).

Apelando una vez más a Castán Tobeñas y a su fundamento cristiano del derecho, estamos además obligados a constatar que por los mismos años la eficaz coexistencia entre el derecho natural y el derecho positivo termina por desmoronarse. La jerarquía de valores a la que se estaba acostumbrado, la taxinomia de criterios de referencia tal y como fue incorporada durante años de estudio, no encuentra ya el mismo eco de diez años antes, pese a todos los esfuerzos por reanimarla, es decir, por orientar de nuevo el derecho privado hacia los valores espirituales, solemnemente fijados por las encíclicas papales, de León XIII a Pablo VI. Aunque hasta incluso a finales de los años sesenta no falten tentativas de salvar un canon argumentativo, en realidad superado ya por los acontecimientos, que pudiera poner al derecho civil y así, según los mismos autores, al derecho en su totalidad al abrigo de las intervenciones del Estado, de las influencias del gran capital y del comunismo (11), desde el tímido *aggiornamento* de la Iglesia española en torno a 1971 —es decir, desde su renuncia a la ideología de la «Cruzada» y su consiguiente rechazo del anterior alineamiento con las fuerzas más reaccionarias— no sólo estos últimos se encuentran marginados por la ausencia de su principal fuente de legitimidad (12), sino también el propio discurso jurídico que intenta inútilmente oponerse al nuevo discurso de legitimación determinado por unos valores más secularizados.

Pero la necesidad de fundamentar el poder sobre nuevos principios de legitimidad no hubiera sido sin duda suficiente para llevar a cabo las transformaciones conceptuales que trataremos a continuación si diversas dificultades organizativas, seguidas de una evasión de litigios y del miedo de los juristas a perder su prestigio social, no hubieran paralelamente contribuido a reorganizar el campo jurídico, redeterminando su posición dentro del conjunto social. La desorganización de la enseñanza constituye sin duda un indicador privilegiado de este mal

(10) Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, I ss., Madrid 1971, y HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, 1981; cfr. también José Luis VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos a la luz del nuevo título preliminar del Código civil desde una perspectiva teórica*, Madrid, 1975; SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), págs. 35-36.

(11) Cfr. PASCUAL QUINTANA, *Encrucijada* (N. 6), págs. 419-420, 429, 431, 433; MARSÁ VANCELLS, *Derecho civil* (N. 6), págs. 397-398; SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), pág. 27.

(12) Guy HERMET, *Espagne: changement de la société, modernisation autoritaire et démocratie octroyée*, en *Revue française de Science Politique* 27 (1977), 582 ss. (588-590).

funcionamiento del aparato jurídico. Nos conduce tanto a los problemas de reproducción de los productores profesionales de formas judiciales aparentemente aptas para resolver los conflictos sociales de una forma legítima como a las dificultades para organizar la producción de modo que sus productos se correspondan con la demanda contemporánea, lo que equivale, de alguna manera, a su legitimación. Sin entrar en detalles: la racionalización de las carreras jurídicas, su adaptación a las necesidades del momento, constituye una de las preocupaciones dominantes en los años 70. En general, todos los indicadores disponibles insinúan que se había convenido el abandono del plan de 1953, dado que su orientación académica le alejaba cada vez más de los problemas más urgentes. En adelante, se abogará por la profesionalización de los estudios y la posibilidad de especializarse lo antes posible, especialmente en nuevas disciplinas como el derecho administrativo, el derecho de la empresa, etc. Ante la competencia de las escuelas de perfeccionamiento, las facultades de derecho —lugar tradicional de reclutamiento y, por tanto, bajo el estrecho control de los dominadores del campo jurídico— no cesan desde entonces de reorientar sus cursos teniendo como *leit-motiv* al nuevo jurista, capaz de jugar su papel en una sociedad avanzada (13).

Tampoco sorprende mucho ver a los prácticos luchar contra las mismas dificultades. Nos estamos refiriendo a este respecto a los análisis de Angel Zaragoza (14). Según su opinión, es a partir de la segunda mitad de los años sesenta cuando los abogados españoles intensificaron la búsqueda de una respuesta adecuada a una sociedad en plena transformación. El tema de la «Función del abogado en una sociedad en evolución» es tan significativo para el cuarto congreso nacional de abogados de España de 1970 como lo es respecto de este estado de espíritu (15). Impulsados por el hecho, observado con inquietud, de que su dominio se ve invadido por la competencia de otros profesionales (16), los abogados comienzan a darse cuenta desde este momento de que su organización es la responsable de las dificultades de adaptación a las nuevas formas de su oficio y a las difíciles relaciones con su clientela. Su ética profesional se encuentra cada vez más anticuada. Lo testimonian particularmente bien las luchas por la presidencia del poderoso Colegio de Abogados de Madrid, con sus 8.000 miembros. Oponiendo en 1969 y en 1973 de un modo nunca visto a los partidarios de la renovación y a los defensores de un orden vacilante, este combate suscita un interés en el público hasta entonces desconocido (17). Tal conmoción aparece ante los ojos de la alta magistratura del régimen

(13) Para todo tipo de críticas, de reformas y de proyectos, ver GARCÍA CANALES, *Planes de estudio* (N. 8), sobre todo págs. 273-275, 280-284.

(14) Angel ZARAGOZA, *Abogacía y política*, Madrid, 1975; ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Barcelona, 1982.

(15) ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), pág. 50.

(16) Ver el candidato a la presidencia del Colegio de Abogados de Madrid, José Luis del Valle Iturriaga, el 4 de diciembre de 1969 (ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), pág. 37).

(17) ZARAGOZA *Abogacía* (N. 14), *passim*, especialmente págs. 9, 15, 191, 193.

anterior como una descomposición del cuerpo de los magistrados del orden judicial, como una destrucción de la «familia judicial», como un «cáncer corrosivo de la armonía interna del estamento judicial» y de este modo como el mal español del posfranquismo que se preparaba desde los años sesenta. Si hacemos caso de la autobiografía de Adolfo de Miguel Garcilópez (18), uno de los más altos jueces españoles de la época, la politización de la justicia, reivindicada por el movimiento de «Justicia democrática» y teorizada por algunos representantes españoles del «uso alternativo» italiano, es la que destruye al hilo del «cambio político» la base central de todo el funcionamiento judicial: la imagen del juez independiente. Directamente expuesta a la presión de los intereses políticos, la justicia pierde —siempre según la misma fuente— la fuerza necesaria para hacer creer en sus decisiones. En efecto, en tanto que el sistema judicial del franquismo disponía de la autoridad delegada para ejercer una acción de inculcamiento duradero en materia de dominación jurídica —autoridad que se fundaba ideológicamente en la doctrina de la independencia del juez tal y como fue solemnemente presentada en 1951 con ocasión de la apertura del año judicial por José Castán Tobeñas, presidente del Tribunal Supremo—, la democratización de la justicia y sus efectos desmitificadores se prestaban desde el comienzo a una desestabilización de los mecanismos de transmisión jurídica que aseguran de un modo parcial y específico la reproducción de las relaciones sociales.

No sorprende que los signos más alarmantes provengan de la justicia. Por este lado, el análisis revela una resistencia pasiva, el descolgamiento de diversos sectores conflictivos, a pesar de que este movimiento de retroceso, esta derrota, se sustraiga en buena parte a las miradas inmediatas de los juristas contemporáneos. Gracias a Toharia (19) y a sus encuestas sobre la justicia civil de fines de los años sesenta disponemos de datos estadísticos muy esclarecedores. Después de haber tomado en consideración incluso hasta la variación interprovincial de las transformaciones socio-económicas de las que fueron objeto últimamente los españoles, termina por concluir, por lo que hace referencia al campo jurídico: mientras que el número de protocolos notariales ha aumentado considerablemente durante este período de crecimiento económico, especialmente en las provincias más desarrolladas económicamente, tal y como cabía esperar, la cifra relativa de conflictos resueltos formalmente delante de los tribunales civiles ha disminuido, puesto que el volumen de conflictos sociales en materia civil que se ventila ante la justicia oficial se mantiene, sobre todo en las zonas de desarrollo acelerado y exceptuando siempre los asuntos relativos al derecho hereditario y a los procedimientos de ejecución. Lo que explica que se pueda hablar de una «evasión de conflictos ju-

(18) Para las citas y para lo que continúa, ver Adolfo DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Jaque a la Justicia. Duelos y quebrantos judiciales*, Barcelona, 1980.

(19) José-Juan TOHARIA, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, sobre todo págs. 194 ss.; TOHARIA, *Economic Development and Litigation: The Case of Spain*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 4 (1976), 39-82.

rídicos en lo civil ante los tribunales». Esta abstención activa —también conocida en Italia—, que se manifiesta por la frecuente apelación a los arbitrios extrajudiciales por parte sobre todo de las grandes sociedades mercantiles, constituye para Toharia el efecto más destacado del proceso de desarrollo económico en relación con el campo en cuestión. Dado que estos resultados le permiten formular la regla general de que hacia 1970 la atracción de la justicia es indirectamente proporcional al progreso económico, todo inclina a pensar que la influencia de los juristas-jueces en el desarrollo social en general, su «señorío» (20), se vio entonces objetivamente amenazada, carente del remedio para el disfuncionamiento de la organización jurídica. Ante esta amenaza, redoblada por ejemplo por el abandono de las carreras jurídicas en provecho de las carreras técnicas o científicas, los juristas se veían obligados a reaccionar para salvaguardar su competencia, hasta entonces solamente reconocida a plazos, con objeto de preservar en última instancia su capital social. Lo prueba el hecho de que, a comienzos de los años setenta, los jueces españoles de las zonas industrializadas tienden a colocar por término medio, y por tanto independientemente de las divergencias personales y de la opinión de sus portavoces, a los empresarios por encima de los magistrados en cuanto a prestigio social, mientras que los jueces de las zonas relativamente subdesarrolladas se reservan un lugar preeminente en la escala social por delante de estos *homines oeconomici por excelencia* (21). Y como la homogeneidad relativa de las condiciones de existencia tiene por consecuencia la homogeneización objetiva de los «hábitos» de un grupo social determinado (22), se puede incluso ampliar las observaciones realizadas sobre la magistratura al conjunto de los juristas españoles, si bien se echan en falta todavía investigaciones empíricas sobre la totalidad del grupo concernido.

Como resulta fundado pensar en la doble determinación del campo jurídico, de modo análogo a lo que Bourdieu (23) constata, por ejemplo, respecto al campo político, como una homología de las estructuras internas y externas o como la sublimación o *mimesis* política de las luchas exteriores en las luchas que tienen lugar en el interior del campo jurídico, y no como un mecanismo que se abre directamente ya sea a reajustes conscientes o a las influencias, resulta preciso aproximarse a las transformaciones del denominado contexto social, de tal manera que estas relaciones aparezcan como objetivas y de naturaleza simbólica. Con otras palabras, parece que ha llegado el momento oportuno de determinar las relaciones entre la oferta jurídica y la demanda social, definiendo la distancia entre el orden jurídico civil heredado, más bien centrípeto, y la coyuntura histórica dada. Pues, después de todo lo que se ha dicho anteriormente, se sigue que la competencia, es decir, el poder sobre los mecanismos de producción de los bienes ju-

(20) GARCÍA CANALES, *Planes de estudio* (N. 8), pág. 280.

(21) José Juan TOHARIA, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, págs. 122-123.

(22) BOURDIEU, *Sens* (N. 2), pág. 98.

(23) BOURDIEU, *Représentation politiques* (N. 2), págs. 8-9.

rídicos y, por consiguiente, de los provechos sociales —en una palabra: el capital de las diferentes fracciones de juristas batiéndose por el monopolio de los monopolistas del orden social— está en función de su capacidad para movilizar la creencia en un orden concebido jurídicamente, más aún cuando el disfuncionamiento del campo jurídico está en función de las transformaciones socio-económicas y las fuerzas renovadoras dependen de las deficiencias sobrevenidas.

Sin duda alguna, España vive en los años sesenta la experiencia de un *take off* económico. Los detalles son demasiado conocidos como para exponerlos una vez más: el producto nacional se cuadriplica, la dependencia tecnológica se reduce después del salto cualitativo de 1965, la comercialización de los productos agrícolas se extiende al tiempo que se acelera la diversificación profesional, la urbanización alcanza un nivel nunca conocido, etc. En cuanto al derecho civil, todavía entonces modelado —con gran sentimiento de los juristas progresistas (24)— según las exigencias de un mundo más bien agrario, uno de los índices más elocuentes de la nueva actividad, o sea del nuevo dinamismo económico y el aumento de las interacciones, de las transacciones y, así, de los conflictos en materia civil, lo constituye el sensible aumento de las sociedades anónimas: mientras que su número aumenta en un 54 por 100 entre 1951 y 1960, alcanza el 74 por 100 entre los años 1961 y 1968. Pero examinemos este punto más de cerca. Justamente a través de las sociedades anónimas se asienta la tesis del desarrollo desigual, dado que en 1967 el domicilio del 83 por 100 de las sociedades se encuentra en las 17 provincias más industrializadas (25). Lo que lleva a aceptar provisionalmente la conclusión de Guy Hermet (26) de que el crecimiento económico ha creado, al afectar con una desproporcionada intensidad, en especial respecto a las provincias del centro, polos de riqueza que se sitúan tanto en la periferia como en el centro, de tal modo que el esquema dualista, en tanto que concéntrico, invocado habitualmente para caracterizar o, mejor, para explicar la estructura socio-económica española, se encuentra en entredicho ante lo que sería un modelo más difuso.

Lo mismo sucede respecto a las mutaciones sociales. Durante esos años, España pasa de ser un país demográficamente retrasado a tener una natalidad decreciente y una débil mortalidad. Y aunque el crecimiento industrial no progresa al mismo ritmo que la modernización demográfica, en virtud de un desfase producido por la fuerte emigración de los años sesenta, provoca una profunda transformación en el reparto de la población activa: el número de empleados agrícolas pasa

(24) Cfr., por ejemplo, la crítica de DÍEZ-PICAZO a propósito del art. 135 del C. c. (*Experiencias* (N. 7), págs. 311-313).

(25) Para los últimos datos estadísticos, ver TOHARIA, *Cambio* (N. 9), páginas 50-52, 69-71.

(26) HERMET, *Espagne* (N. 12), pág. 587; un análisis muy matizado en contra de la tesis de la nivelación automática de las diferencias especiales en época de crecimiento económico: Julio Gaspar SEQUEIROS TIZÓN, *La polarización especial en el crecimiento económico español. El caso gallego*, Santiago de Compostela, 1979, especialmente págs. 26, 35, 43, 95 ss.

del 42 por 100 (1960) al 18 por 100 en 1972; y mientras que el índice de la población activa en el sector primario cae durante la veintiséis años que preceden a 1976 del 48 por 100 al 21 por 100, el del sector terciario aumenta del 26 por 100 al 42 por 100. Las mismas transformaciones conducen a una aceleración de las corrientes migratorias: el 13 por 100 de la población cambia de provincia, y la inmigración se concentra en diez provincias receptoras (27). La disminución del proletariado agrícola (jornaleros del sur, pequeños propietarios del norte) se corresponde con un aumento del proletariado industrial, pero sobre todo con la constitución de una nueva clase media: más instruida, creativa y activa, tanto para el orden como para la libertad, en una palabra, módulo de la nueva sociedad de consumo, a veces contradictorio por la ausencia de ideas claras sobre la realización política de las formas institucionales del posfranquismo. Es Francia, pero sobre todo Alemania y no una España autoreferencial las que constituyen el modelo para esta clase en pleno auge y por encima de todo interesada en un mayor bienestar inmediato. Estos factores de desestabilización socio-política se acrecientan por el hecho, en primer lugar, de que se dan en los antiguos centros urbanos y en las nuevas aglomeraciones que se encuentran —hay que repetirlo otra vez— tanto en el centro como en la periferia, y también, en segundo lugar, porque se encuentran plasmados socialmente en una familia que está a punto de perder su eje y su unidad. Si los juristas salidos de las filas del catolicismo tradicional reducen la crisis del derecho privado, del Estado y del orden en general a la destrucción de las estructuras concéntricas de la antigua familia española (28), es porque en Cataluña, pero también en todas partes, las estructuras multiformes de la sociedad de consumo sustituyen a la vida familiar, los padres pierden su papel central en la educación de los hijos y, como un ejemplo entre otros, la cohabitación es progresivamente sustituida por la parcelación del espacio doméstico, algo que no sería sino el sueño de llegar a ser propietario de una vivienda (29). Cataluña resulta especialmente interesante en este punto en razón de su nivel general de modernización y, jurídicamente, por la estrecha relación entre la organización familiar y las facilidades que el derecho local (legítima curta, etc.) dispone para la acumulación de los bienes familiares. Entre estas nuevas formas más bien difusas de socialización, la familia convulsionada del franquismo tardío no es sin embargo la única. Celebrado como un signo de progreso, la constitución progresista de nuevos grupos intermedios completa la disolución

(27) Cfr. TOHARIA, *Juez* (N. 21); HERMET, *Espagne* (N. 12), pág. 583; Emile TEMINE et alii, *Histoire de l'Espagne contemporaine de 1808 à nos jours*, París, 1979, págs. 279-281; pero sobre todo, Amando DE MIGUEL, *La pirámide social española*, Madrid, 1977.

(28) Ver PASCUAL QUINTANA, *Encrucijada* (N. 6), págs. 451-452.

(29) Sobre este punto, cfr. para Cataluña, Françoise BRETÓN/LOREA BARRUTI, *La familia i el parentiu*, Barcelona, 1978, en particular págs. 79 ss.; para España en general, ver Luis GONZÁLEZ SEARA (dir.), *Estudios sociológicos sobre la situación social en España —1975—*, Madrid, 1976, págs. 390-392 (desintegración de la familia extensa), 399-401; e Instituto de Sociología aplicada (dir.), *Estudio sociológico de la familia española*, Madrid, 1976.

de la familia, como por ejemplo las agrupaciones relativamente inconstantes e imperceptibles, como los sindicatos no corporativos o los partidos políticos constitucionalmente protegidos, pero viviendo como éstos bajo la amenaza del flujo y el reflujo de opiniones de sus componentes.

La descomposición de los proyectos sociales tradicionales, netamente diferenciados, hace juego a esta graduación de la desmembración, en tanto que viene acompañada de las diversas institucionalizaciones de nuevas escenas políticas difícilmente determinables por el hecho de que aparentemente se concentran alrededor de intereses comunes. Ahora hay que dejar al lado la abstracción en torno a estas cuestiones para señalar, contrariamente a lo que propone Fraga Iribarne (30), que la España actual no reemplaza sin más las ideologías particularistas de antaño por representaciones armonizantes y universalistas. En contra de una simplificación tan interesada, que deniega utópicamente las luchas sociales en aras de la utopía legitimadora de una sociedad post-industrial sin clases, más bien este país se encuentra en camino de superar las divergencias seculares que separaban a la España clerical y tradicionalista de una España secularizada, europea y abierta a la modernidad. Desde el punto de vista ideológico y a pesar de la despolitización obligada en tiempos del régimen franquista, lo que es característico es el abandono de aquellas órbitas teóricamente concebidas para durar eternamente, pero nunca la disolución total de las oposiciones en un caldo modernista, garante del equilibrio y elaborado para neutralizar los antagonismos sociales para siempre. Tal y como lo indica el cambio en los comportamientos religiosos, particularmente el descenso de la práctica dominical, en base a una cartografía religiosa en la que las diferencias entre la España septentrional y la España meridional vienen cada vez más determinadas por el grado de urbanización e industrialización (31), el rechazo del sistema tradicional de valores ha encontrado apoyos para realizarse dentro del espacio social: el parloteo ideológico no constituye la única fuente de información al respecto. Transformación tanto más perturbadora porque no es automáticamente sustituida por unas proposiciones tan fijas y determinables como los modelos por excelencia de entonces. A la hora de poner las cosas en orden, el diálogo va a jugar de ahora en adelante un papel estratégico de primer orden, en perjuicio de unas determinaciones precisas, es decir, previas. Esta nueva estrategia se expresa como en ninguna otra parte en los «Cuadernos para el Diálogo» de la oposición cristiana, en la constitución o reconstitución tolerada de partidos políticos tan divergentes como el PSOE, el PCE y los diferentes partidos nacionalistas, en el éxito inestable de estos partidos y en la supervivencia de las fuerzas sociales anteriores, bien en medio de los aparatos del Estado largamente asentados (justicia, administración, etc.) o por intermedio del ejército o de partidos, a duras penas camuflados, que son sucesos-

(30) FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), págs. 33-34.

(31) Ver GONZÁLEZ SEARA (dir.), *Estudios sociológicos* (N. 29), págs. 572-573; Rogelio DUOCASTELLA, *El mapa religioso de España*, en Pauline ALMERICH et alii, *Cambio social y religión en España*, Barcelona, 1975, págs. 129-162.

res del antiguo régimen (Fuerza Nueva, Alianza Popular). Más allá de estos fenómenos, se podría también seguir la institución ideológica del pluralismo ideológico recordando hechos como la alfabetización, coronada con éxito en el transcurso de los años sesenta, evocando la escolarización, desde entonces más o menos completamente asegurada, y pensando en la libertad de información, cada vez menos puesta en entredicho desde 1966. Al igual que el renacimiento de las culturas regionales, especialmente en el País Vasco y en Cataluña, contribuyen a favorecer la ambigüedad de un proyecto social que se basa, según los nuevos ideólogos, en un consenso general. Es así como concurren para obligar a los especialistas de la legitimación del orden social, los juristas, a ponerse a concertar unas diferencias reales que se hacen momentáneamente irreconocibles ideológicamente, antes de que las tensiones sociales, nunca atenuadas, estallen todavía con más violencia.

Con todo no se puede comprender la lógica a la que han obedecido los debates entre los juristas, así como sus definitivas diligencias a la hora de oponerse a un ordenamiento jurídico de orden concéntrico, ni cabe aprehender los intereses cada vez mayores que les han guiado, especialmente a partir de los primeros años de los 70, si se ignora la aceleración de los procesos de diferenciación, la rápida progresión de la complejidad de las estructuras sociales. Dicho de otro modo, la pomposa erección del «Estado autonómico», o sea, la territorialización constitucional de 1978 —conmemorada, poco tiempo después, por uno de los representantes de la ciencia política como la más importante innovación política desde la Reconquista en la Edad Media (32)— no se explica sino por el hecho de que el desarrollo de los años precedentes sirve para reforzar las tendencias estudiadas. Importa poco el que se trate de sucesos del interior o del exterior del campo jurídico: desde el momento en que este último empujón, transformación suplementaria de mutaciones profundas, asigna a los agentes del campo su estrategia, teniendo en cuenta que en general el campo asigna a cada agente su comportamiento social, precisa por añadidura el punto de partida de las inversiones referidas y determina exactamente la intensidad de las acciones previstas desde hace tiempo, indicando precisamente la dirección de las gestiones cuya necesidad estaba desde antes fuera de toda duda.

Desde el comienzo de los años 70, es una crisis coyuntural la que pone objetivamente en tela de juicio el modelo de un desarrollo indefinido. Si creemos a Carlos Ferrer (33), entonces presidente de los empresarios españoles, y su conferencia presentada en el marco de un ciclo de conferencias organizado por el Club Siglo XXI y titulado «Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada», el crecimiento económico no alcanza más que el 8 por 100 en los años que van de la crisis del petróleo a 1977, mientras que el nivel de pre-

(32) Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 359-360; GARCÍA DE ENTERRÍA habla del «milagro histórico».

(33) Carlos FERRER, *La economía española en la etapa de la transición*, en Club Siglo XXI (ed.), *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, I, Madrid, 1979, págs. 513 ss. (514-515).

cios aumenta en un 60 por 100, la deuda exterior no deja de acrecentarse, mientras que el desempleo aumenta de los 300.000 parados de 1973 a los 700.000 del año 1977. La misma tendencia se mantiene o incluso se acelera en 1977: alza inaudita de los precios, crecimiento del déficit exterior, aumento extraordinario del número de parados, descenso de las inversiones productivas, del nivel de la actividad y de la productividad. Pero, y siempre según la misma fuente, por oposición al gobierno de los años en torno a 1970, que se obstinaba en continuar la política económica y monetaria despreciando, así y sobre todo, el problema del desempleo, los nuevos hombres políticos, incluso los venidos del franquismo, reconocían la existencia de una crisis profunda como tal, lo que no hace sino redoblar sus efectos. Tanto si aceptan las necesarias reformas como si arden en deseos de exigir las (34). Añadamos que la entrada de España en el Mercado Común, a partir de entonces seriamente considerada, agrava los síntomas observados, dado que además este proyecto desafía la competitividad de una economía española en crisis. Es entonces en este contexto como hay que interpretar ciertas coincidencias textuales en la declaración programática del entonces Presidente del Gobierno, Adolfo Suárez, al prometer junto a la petición definitiva y oficial de España de ser acogida como miembro de la CEE, la reorganización constitucional del Estado español, es decir, para él, la autonomía de las regiones. Finalmente, el acrecentado interés que los mandatarios políticos, comprendiendo entre ellos a sus mentores jurídicos, mostraron en adelante por las relaciones centro-periferia tiene también un concreto fundamento político: el terrorismo vasco contemporáneo, resurgimiento violento de conflictos de naturaleza divergente pero preferentemente entendido, por el sentido común y de modo indistinto, como rechazo del centralismo.

Atendiendo a los esfuerzos simultáneos para reorientar la retórica de la legitimación, estamos obligados a suponer que la organización del campo jurídico-político, incluidos sus modelos concéntricos, resultó afectada hasta tal punto por la crisis que la posición, el capital social de los detentadores del monopolio, su «prestigio» (35), se vio seriamente en peligro. Nos estamos refiriendo, bajo este aspecto, especialmente a la modernización conservadora de la figura de la «adhesión al Jefe del Estado», personalidad carismática, equipada de un poder constitucional y como tal eje de la integración política y piedra angular de todo el sistema de poder. Este eufemismo será reemplazado por el concepto de «participación», del que serán excluidos, claro está, aquellos grupos verdaderamente de oposición (36). Parece evidente que en

(34) Cfr. Manuel FRAGA IRIBARNE, *De los complejos en política*, en FRAGA IRIBARNE *La crisis del Estado español*, Barcelona, 1978, págs. 161 ss. (167); Alfonso GUERRA, *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, en Club Siglo XXI (ed.), *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, I, Madrid, 1979, págs. 3 ss. (17).

(35) Sobre los años en torno a 1974 y especialmente sobre la precaria situación de los abogados, cfr. ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), págs. 10-11.

(36) Ver al presidente de las Cortes, Alejandro RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL Y NEBREA con ocasión de la sesión necrológica dedicada a Carrero Blanco, pero

ese momento cualquier palabra de orden autoritaria, surgida según esa representación dominante de un solo lugar, pierde su capacidad para convencer en virtud de las apariencias, de tal modo que ya no logra más movilizar esa creencia de la que todo orden depende. Así pues, no se trata de una casualidad si los abogados españoles rechazan en 1970, con motivo de su congreso nacional, la prestación de juramento invocando directamente el orden estatal. Para el nuevo Estatuto General de la Abogacía proponen más bien que se preste un juramento de fidelidad al «imperio del Derecho y de la Justicia y a los deberes inherentes a la profesión» (37). Abstracción hecha del declive del orden autoritario, cuando se pone la vista en un Derecho tan abstracto, purificado, neutro políticamente y despegado de la sociedad, también se está, en última instancia y como último resorte, tomando distancia en provecho de los profesionales del derecho y de su reproducción.

Disipando de un golpe las últimas ilusiones sobre la perpetuidad natural de los pertrechos del poder y por tanto de su legitimación *a priori*, la muerte de Franco no puede sino acelerar este proceso en curso. Si los compromisos posteriores se anudan también sobre las ruinas del poder franquista es porque el poder simbólico del antiguo régimen se apaga a una velocidad cada vez mayor durante los últimos años de Franco y en la medida en que las reformas de la justicia, por ejemplo, se estaban haciendo esperar desde hacía mucho tiempo, si tenemos en cuenta que sus últimas adaptaciones en profundidad se fechaban, para este sector, en la posguerra. El derecho civil aporta una prueba suplementaria. En él, el declive del enlace clásico de toda intercomunicación jurídica, compuesta por un sistema concéntrico que organiza a los llamados «Derechos forales» alrededor del «Derecho común», y el auge de un sistema discursivo, más bien diferencial pero concertado en un plano más elevado, se manifiestan por primera vez de una manera persistente en el momento de la crisis analizada, para llegar a ejecutarse en forma de territorialización constitucional del ordenamiento jurídico civil en 1978. Si la Compilación del derecho de Navarra da en 1973 el golpe de gracia al antiguo modelo unitario distanciándose más claramente que sus homólogas catalana (1960) y aragonesa (1967) del orden común en virtud de una prelación completamente soberana de las diferentes fuentes del derecho, es porque la cultura jurídica española se encuentra esencialmente condicionada, al menos desde mediados del siglo pasado, por lo que se denomina la «cuestión foral». Desde esa época, se da una definición más o menos concéntrica de los derechos españoles que obliga a pensar los problemas socio-económicos y a tratar las luchas sociales como una confrontación

sobre todo a Carlos ARIAS NAVARRO, con ocasión de su ascenso al poder gubernamental en «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», X Legislatura, núm. 11, Diario de las sesiones del Pleno, Sesión plenaria celebrada el día 12 de febrero de 1974, págs. 5-7 y 12; sobre las sucesivas modificaciones del anterior concepto de «Jefe de Estado» como personificación de la «soberanía nacional» que ejerce «el poder supremo político y administrativo» (art. 6 de la Ley Orgánica del Estado de 1967), cfr. Juan FERRANDO BADIA, *El régimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Madrid, 1984.

(37) Cfr. ZARAGOZA, *Abogacía y política* (N. 14), pág. 51, 57.

entre los derechos regionales y un sistema de reglas estatales dotado de un centro codificado: el fantasmagórico derecho castellano. En la medida en que el *Fuero de Navarra* se constituye expresamente en un «ordenamiento jurídico autónomo» (38), contribuye a poner definitivamente en tela de juicio, sin garantizar con esto la flexibilidad exigida, no sólo esta coherencia concéntrica (39) y, de aquí, la competencia y los capitales de los juristas profesionales ante la ausencia de una univocidad en el ordenamiento jurídico civil establecido, sino también la base de identificación social de un buen número de juristas españoles. Estos últimos corren el riesgo de perder el fundamento de sus fuerzas mágicas, pues el porcentaje de ellos que se declara entonces a favor del mantenimiento de los derechos regionales tradicionales en el marco de un derecho nacional, y por tanto a favor de la pluralidad del orden heredado, está en función de la situación social, es decir, del lugar de nacimiento y del puesto de trabajo de los jueces encuestados (40).

II

Adoptando por condición el que, teóricamente, el campo jurídico doblemente modalizado delimita la estrategia de los juristas-políticos, sus inversiones tienen necesariamente en el caso que nos ocupa que intentar superar un modelo de comunicación jurídica de orden concéntrico tal y como era todavía típico para el derecho civil español a comienzos de los años 70. Toda adaptación del orden social, siendo al mismo tiempo una racionalización suplementaria de la competencia de los detentadores del monopolio jurídico, no podía sino desembocar en la institución de un orden jurídico civil de naturaleza tan diferencial como homogénea. Mas precisamente, éste sólo podía sensibilizar una estructura social cada vez más compleja mediante una disposición discursiva territorialmente diferenciada que no ponga en riesgo la cohesión del discurso del orden y, por tanto, el orden mismo. De ahí esa respuesta adecuada a las demandas sociales, el «tratamiento jurídico nuevo» cuya urgencia era evidente desde 1973 para un jurista clarividente como Díez-Picazo (41).

Pero mientras que la descentralización anunciada por los políticos de izquierda y de derecha (42) no había sido instituida como práctica específica, la esencia de las transformaciones sufridas o proyectadas se transmitía a la práctica política pero sin acceder realmente al discurso del orden de una sociedad española que hasta entonces se transformaba más bien desordenadamente. Siguiendo las reglas de la división del

(38) Alvaro d'ORS, *El regionalismo jurídico* (1972), en d'ORS, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, págs. 75 ss. (77).

(39) Cfr. Luis Díez-PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1979, págs. 95-96.

(40) Ver TOHARIA, *Juez* (N. 21), págs. 150-152.

(41) Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), págs. 314-315.

(42) Manuel FRAGA IRIBARNE, *Nación nacionalidades y autonomía*, en FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, Barcelona, 1978, págs. 169 ss. (172-173).

trabajo, eran los juristas —los agentes especializados, por tanto— los encargados de hacer que el corpus de normas jurídicas —hoy todavía sin parangón desde el punto de vista de la economía de la dominación— fuese verdaderamente operativo con el fin de obtener resultados socio-políticos óptimos, siempre desde la perspectiva de una España modernizada. Sin que la tradición jurídica española proporcionara al menos el marco, a saber, el modelo dialéctico de un orden jurídico civil territorialmente concéntrico o divergente, era prácticamente imposible avanzar más allá de las distorsiones específicamente españolas entre la oferta y la demanda de una sociedad que no estaba todavía ordenada según las exigencias de las sociedades económicamente avanzadas. Esto se debe en buena parte al hecho de que las sociedades que pertenecen a la civilización occidental se han habituado, en el transcurso de los últimos siglos, a localizar en última instancia la justificación de su estructura en el derecho, especialmente en el derecho privado tal y como es gestionado por unos juristas que están en el fondo autorizados para aplacar los conflictos sociales de una manera jurídica, dentro de un modelo discursivo altamente desmaterializado. De aquí los esfuerzos comunes tanto a los partidarios de la modernización conservadora como a los amigos de la ruptura total por marcar jurídicamente el fin del antiguo régimen franquista mediante la institución constitucional de un Estado de derecho con Derechos civiles divergentes (43), orden tan unívoco como múltiple, apto para poder franquear los obstáculos que impedían que España se modernizara según los modelos del capitalismo occidental.

Para captar el alcance social de las inversiones efectuadas, hay no obstante que tomar en consideración no sólo los límites estratégicos que encerraban a la opción realizada, sino también la amplitud del espacio estratégico en el cual se inscribe la nueva racionalización de la competencia de los juristas y así la legitimación de la estructura social de la España actual y futura. En este terreno, la astucia de la razón jurídica postmoderna reside en el hecho de que llega a armonizar de nuevo un sistema jurídico que se caracteriza por su elevado grado de abstracción con la irracionalidad aparente del mundo vivido. A medida que en las sociedades más modernizadas los mismos conflictos vienen determinados por la divergencia entre las racionalidades de los agentes, por la intransitividad de sus objetivos y por la imposibilidad lógica de dar explicaciones, en una palabra, por una evolucionada propiedad para reaccionar inmediatamente y de manera específica ante los excitantes exteriores (44), el campo jurídico produce formas correlativas a fin de corregir ciertos excesos de la razón pura e intransigente de los siglos XVIII y XIX. Como veremos varias veces a continuación, propone modelos de intercomunicación jurídica de naturaleza relacional, reflexiva y autoreferencial, de tal modo que se dedican a resolver este nuevo

(43) Ver GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), págs. 4-5.

(44) Cfr. Helmut WILLKE, *Die Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen - am Beispiel der Konzertierten Aktion*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 8 (1982), 200 ss. (211).

tipo de conflictos sustrayéndose a las rígidas sistematizaciones del derecho tradicionalmente ordenado y, por tanto, a toda vigilancia.

Dado que la competencia reconocida del jurista moderno está en función de la flexibilidad contextual de sus palabras de orden, no sorprende mucho que los juristas españoles más lúcidos, confrontados al mismo tiempo con los modelos extranjeros y las dificultades españolas, tiendan también a contribuir al progreso social de su país a través de la reflexión sobre la conceptualización intensificada de una realidad a primera vista difusa. De tal modo Díez-Picazo teoriza, desde el comienzo de los años 70, al derecho como un conjunto de experiencias vividas, oponiéndose a las concepciones puramente normativistas que son características de la teorización de la mayoría de sus colegas (45). De modo comparable a la corriente española del «uso alternativo» a la italiana, aboga por la politización de la justicia y se opone a toda comprensión del derecho que privilegie la tecnicidad de los conceptos jurídicos (46). Lo mismo puede decirse respecto a la dinamización de la jerarquía de las fuentes del derecho en vigor. A partir de los mismos años se comienzan a tener en cuenta, con prudencia, las decisiones del Tribunal Supremo entre los criterios para el desarrollo del derecho actual, de un modo bien opuesto a la clásica interpretación del Código civil español (art. 1,6) y para aprehender los cambios sociales allí donde aparecen primero: en los conflictos cotidianos de una cierta importancia (47). Es la lógica social la que finalmente hace coincidir una redefinición realista de las obligaciones de los maîtres-penseurs del derecho con las llamadas a la reconstrucción jurídica de la realidad española (49). Esta reivindicación de los políticos, así como el realismo político de los nuevos juristas demócratas en la tradición de Ortega, se logrará en 1978 mediante la orquestación constitucional de la actividad estratégica de un Tribunal Constitucional y de una Constitución de contenido abierto como en el caso de la territorialización progresiva del ordenamiento jurídico civil que será realizada por las propias regiones autorizadas para modernizar su propio derecho civil.

Ahora bien la aportación de nuestro análisis para la comprensión general del desarrollo de la cultura jurídica en el seno de las sociedades económicamente avanzadas depende enteramente de si logramos hacer ver a la territorialización constitucional del derecho civil como la objetivación de una toma de conciencia de la diversificación social extra-

(45) Díez-Picazo, *Experiencias* (N. 7), págs. 5 ss.

(46) Cfr. Plácido Fernández Viagas, *Uso alternativo del Derecho y control democrático de la Justicia*, en *Revista de Derecho público*, 68-69 (1977), 621-642 (625, 629-631).

(47) Ver, de una parte, Díez-Picazo/Gullón, *Sistema* (N. 39), I, págs. 193 y ss. (197 ss.), y, de otra, Santos Briz y su postura tradicional (*Derecho civil* (N. 7), pág. 16).

(48) En lo que corresponde a las opiniones de Díez-Picazo, Latorre, Peces-Barba y el eco de los juristas españoles, cfr. Cesáreo Rodríguez Aguilera, *Consideraciones sobre la legitimación del Derecho y la conciencia del juez*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 81 (1982), 617 ss. (621, 625-626).

(49) Eliseo Aja, *Presentación*, en Gregorio Peces-Barba et alii, *La Izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978, págs. III-IV.

ordinaria y de la crisis del campo jurídico concéntricamente organizado, y si llegamos a identificar esta objetivación local como una especificación de la nueva racionalidad jurídica. Lo sabemos bien desde Max Weber: por muy lejana que parezca, la racionalización del derecho moderno y, de allí, la competencia de los iniciados, no está unida al paradigma de la ley codificada (50). De la misma forma que la disposición concéntrica de los siglos XVIII y XIX está en correlación con unas exigencias sociales particulares, la racionalización actual debe obligatoriamente conducir a la adaptación de la retórica normativa de los siglos pasados, o sea, a la desaparición de sus rígidos esquemas en favor de una orquestación diferencial, y, en última instancia, también a la sublimación de los antagonismos sociales de hoy y de mañana. Basta observar, a estos efectos, la República Federal de Alemania. Por hablar como Luhmann, Ladeur y otros juristas-analistas, en ese país la ley, concebida como un programa condicional, ha sido ya sustituida, al menos en parte, por reglas que se orientan cada vez más hacia objetivos generales. En Alemania, asistimos al alineamiento de los derechos constitucional y administrativo sobre principios de orden aparentemente irracional, como el de la ponderación de valores (*Güterabwägungsprinzip*) o el de la relación entre los fines perseguidos y los medios aplicados, relación definida por referencia a un equilibrio ideal (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*). Especialmente en derecho del trabajo y en derecho económico, los tribunales alemanes han llegado ya a formular estrategias jurídicas enormemente flexibles (51). Ante la ausencia de orientación racional en el sentido tradicional, se impone casi por sí mismo que el campo jurídico alemán, lo mismo que su homólogo francés, igualmente incitado ante el temor de los monopolistas del orden de poner en peligro por su inactividad los privilegios obtenidos, produce unos conceptos que obedecen a una lógica social de naturaleza diferencial. Lo que no explica sino la degradación del consenso general en un momento de aumento de la complejidad social. En suma, nada impide suponer que sea válido para una España en vías de moderniza-

(50) Max WEBER, *Rechtssoziologie* (ed. Johannes WINCKELMANN), Neuwied am Rhein-Berlin, 1967, págs. 332 ss. (*Die anti-formalen Tendenzen in der modernen Rechtsentwicklung*); sobre el concepto weberiano de la racionalidad jurídica más allá de la ley general, cfr. Friedhelm HASE/Matthias RUETE, *Dekadenz der Rechtsentwicklung? Rationalität und Allgemeinheit des Gesetzes in der Rechtslehre Franz Neumanns*, en *Leviathan. Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 11 (1983) 200 ss. (208), y SCHOLZ, *Éléments* (N. 1), III.

(51) Sobre las primeras teorizaciones y los ejemplos citados, cfr. Volkmar GESSNER/Gerd WINTER (eds.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft (= Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 8 (1982))*, Opladen, 1982, sobre todo las contribuciones de Gerd WINTER (*Literaturbericht*), Rudolf WIETHÖLTER (*Entwicklung des Rechtsbegriffs*); Karl-Heinz LADEUR (*Verechtlichung der Ökonomie-Ökonomisierung des Rechts?*), y WILLKE (*Disjunktion vom Rechtsformen und Machtformen*, N. 44); pero, ante todo, Karl-Heinz LADEUR, *Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung. Zur Genealogie des Verwaltungsrechts*, en *Leviathan*, 7 (1979), 339-372.

(52) Sobre la denominada decadencia del derecho francés actual, cfr. los análisis titulados «Crise et droit - Droits et crise», en *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique*, 6 (1980).

ción lo que rige, según las últimas constataciones, para la Alemania de después de la modernización: el grado de la complejidad a alcanzar por parte de los administradores del discurso jurídico es proporcional a la diversificación social experimentada o prevista. O, con más precisión, en la época postmoderna el nivel de diferenciación obligatoria de los conceptos jurídicos depende de la nueva variabilidad de las exigencias funcionales de la sociedad de mercado. Después de todo lo que empezamos a comprender, ésta se hace imposible de gobernar —es decir, de organizar de una manera legítima— con los instrumentos ortodoxos.

Existen dos maneras fundamentales y dialécticas de redefinir la estructura del discurso jurídico o de cambiar su calidad. Lo que significa que, por ejemplo, todo tipo de reinversiones negativas representan al mismo tiempo una contribución constructiva, que favorece la reorganización del orden. En principio, no existe una diferencia funcional entre la denegación de los fundamentos de un orden dado y la reconstrucción racional de otro orden, salvo la de movilizar tanto más económicamente la creencia en el nuevo orden de modo que se logre convencer de la posibilidad y la necesidad de la transformación de una organización social superada a una organización jurídica moderna. Aquí se pueden situar las ardientes campañas propugnadas a favor o en contra de la permanencia del derecho, las encarnizadas y aparentemente esotéricas disputas en torno a sus fundamentos últimos y las luchas en relación con la verdadera representación científica de su desarrollo más o menos autónomo. No se puede comprender los efectos simbólicos de algunas controversias que se dicen científicas de los últimos veinte años sin tomar en consideración el hecho de que estas discusiones realizan inversiones destinadas a defender o a reformar, hasta el límite de lo posible, las estructuras jurídicas de una sociedad en transformación. Inscribir la definición del derecho dentro del «cambio social» (Díez-Picazo) o protestar contra el «nihilismo jurídico», es decir, contra la relativización de los nuevos juristas-sociólogos (A. d'Ors) no significa sino el intento de dominar al competidor en el interior del campo jurídico y, al mismo tiempo, de preservar el orden jurídico o su restablecimiento bajo una nueva forma, socialmente conveniente en el sentido de adecuada y aceptable (53). Con bastante distancia, lo mismo puede decirse de los debates metodológicos en historia del derecho español sostenidos a lo largo de los años 70. La pretendida distancia entre el derecho en vigor y su historia, así como con sus historiadores, la insensibilidad aparente hacia las exigencias actuales de una disciplina casi olvidada no debían constituir un obstáculo para comprender este fenómeno. Oponerse a los métodos dominantes tal y como fueron establecidos por la escuela de García Gallo, rechazar este positivismo y su predilección por las instituciones jurídicas aparentemente intemporales para subrayar la historicidad del derecho (Peset) a fin de comprender, por ejemplo, la revolución burguesa en España como una revolución jurídica (Clavero) es también servir, conscientemente o no, a los espe-

(53) DÍEZ PICAZO, *Experiencias* (N. 7), sobre todo págs. 302-303, 306-307, 320-321; D'ORS, *Pérdida del concepto de excepción a la ley* (N. 8), págs. 155-156.

cialistas de los especialistas en un nuevo orden sucesorio, es decir, a todos aquellos que están al mismo tiempo en camino de fraguar el orden jurídico postfranquista: el «Estado autonómico» y su diferenciación territorial del orden jurídico civil (54)

Ante el miedo a exponer la sociedad al caos, a la «anarquía» y a la «guerra civil» (55) o, lo que llega a ser lo mismo para los monopolistas del campo jurídico, ante el temor de poner en peligro sus privilegios sociales, el antiguo orden, privado de sus legitimaciones, es un orden que tiene que ser fundamentado de nuevo, en el doble sentido de la palabra. Objetivamente, incluso no había elección, vista la lógica económica de la dominación: el nuevo orden tenía que reconstruirse sobre las ruinas del antiguo modelo; labor que había que efectuar lo más rápidamente posible y en virtud de un único acto de racionalización consistente a la vez en la racionalización de la competencia de los juristas y, de aquí, en la estabilización de su posición social, así como en la estructuración jurídica de la nueva sociedad y en la legitimación de esta estructura, todo ello sobre la base del último saber político-jurídico. En efecto, un buen número de agentes implicados se emplean en ello con celo; cada uno lo mejor posible, en momentos y lugares distintos, muchas veces sin saber nada uno del otro, unos a la luz del día, otros más bien en la clandestinidad, pero todos juntos reunidos por el trabajo simbólico que queda por hacer. Después de todo, hoy podemos decir que su «genialidad jurídica» (García de Enterría [56]) —no siendo en realidad más que un conjunto de actos de magia social, practicados por agentes sociales potencialmente investidos de un poder simbólico específico— consigue sublimar en poco tiempo la desintegración social, tal y como se produce a continuación del *take off* económico, reforzando además su propia posición, contrariada por las consecuencias del mismo fenómeno. Obrando así, no sólo recurren a la reterritorialización constitucional del orden jurídico civil sino también, y por encima de todo, a la conceptualización de un Estado de derecho y a su objetivación mediante la fijación por escrito de las nuevas reglas fundamentales y con la ayuda de la erección del nuevo Tribunal Constitucional, temas que hay que profundizar y conectar a continuación. Cuanto más racionalizan su competencia vulnerada, más orden producen, ofreciendo formas tan adecuadas como aptas para garantizar otra vez la integración social, pero esta vez en un plano más elevado, en tanto que es más despersonalizado y por tanto más abstracto que en tiempos del franquismo. Como se verá a continuación, esta integración se manifestará a través del artefacto jurídico del consenso general, nueva legitimación del nuevo orden democrático. Estamos en

(54) Cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Zum Forschungsstand der Neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugals*, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 3-4 (1980), 164 ss. (166-167). Versión española: *Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 58 (1982), 633 ss. (635-638).

(55) Cfr., por ejemplo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pág. 205.

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibídem*.

presencia de una «cultura política» aceptable «por la mayoría», según Fraga Iribarne, uno de los representantes del nuevo orden pese a toda oposición verbal, en presencia de la respuesta a la «desconfianza de las masas» hacia el derecho, según los medios bien informados de los juristas-civilistas españoles, desconfianza fuertemente lamentada desde los tiempos del joven Castán Tobeñas (57).

Si comparamos sus reivindicaciones de 1967 con la Constitución de 1978, Elías Díaz tenía razón en este sentido cuando últimamente llegaba hasta el extremo de pretender que «lo racional se hace real». Su inversión simbólica, alegato comprometido contra la dictadura y a favor del Estado de derecho democrático y social, concretó en buena parte, y no la más pequeña, durante los años sesenta la nueva racionalidad jurídica exigida por la sociedad. Por sí misma, y como todo discurso jurídico, su contribución particular constituye una palabra creadora, capaz de dotar de existencia a aquello que enuncia, por parafrasear a Bourdieu (58). Y esto, que vale para Elías Díaz, sirve también para la crítica de izquierdas, medida a la escala del campo en cuestión. El nuevo Estado de derecho postfranquista resulta impensable sin las disputas aparentemente científicas en el seno de la oposición, donde, en el transcurso de los años sesenta, las tomas de postura de Lucas Verdú y Elías Díaz polarizan a los espíritus más ágiles de la filosofía del derecho y del derecho político, objetivamente asociados *melgré eux* en su lucha por el Estado de derecho (59).

Cuando ellas no van por delante, las intervenciones destinadas a propagar o a concebir un Estado de derecho moderno incorporan su institucionalización. Práctica simbólica relativamente autónoma, la racionalización jurídica de las relaciones sociales puede pues coincidir o no con otras inversiones simbólicas, también de orden jurídico pero de una naturaleza más material; es decir, con el establecimiento de mecanismos objetivos, susceptibles de asegurar las ganancias de la juridificación efectuada sin intervenciones suplementarias y ser susceptibles de facilitar así todavía más el incremento del capital objetivamente acumulado que servirá de base para la producción de otros efectos simbólicos de carácter más bien inmaterial. Ilusión, sin embargo, de creer entender la economía del nuevo modo de dominación, de saber evaluar las ganancias aseguradas por el solo hecho de la puesta por escrito del texto constitucional y la erección del Tribunal Constitucional, entendido como contrapartida de la diversificación territorial del orden jurídico civil, sin tomar antes en consideración a la juridificación en su conjunto. Teniendo en cuenta que, de una parte, esta organización social es, vista desde el lado económico, evidentemente más atractiva

(57) Cfr. FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), pág. 43, y FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social*, ibídem, págs. 177 ss. (181); en cuanto a Castán, cfr. GARCÍA CANTERO, *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»* (N. 6), pág. 79.

(58) Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1979, pág. 10 (Nota preliminar a la séptima edición); BOURDIEU, *Parler* (N. 2), pág. 21.

(59) Cfr. especialmente el volumen 17-18 (1977) de la revista *Sistema*, titulado «Socialismo y Constitución», y en particular el análisis de Elías Díaz, *El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas* (págs. 51-70), y la contribución de Pablo LUCAS VERDÚ, *Socialismo y Derecho constitucional* (págs. 25-50).

que la explotación brutal y abierta (60), establecer o reestablecer el «imperio del Derecho» (García de Enterría) o el «imperio de la ley» (Elías Díaz) y, de aquí el monopolio de los monopolistas estorbados, exige que éstos movilicen todas sus fuerzas para doblegar cualquier resistencia y se pueda alcanzar a la larga este estado de dominación económica ideal. Despolitizar los caprichos políticos, hacerlos menos arbitrarios a través de una juridificación intensa, tal y como lo desea el mismo García de Enterría y como Tomás y Valiente lo ve finalmente plasmado en forma de un Tribunal Constitucional (61); dar a conocer, pues, mediante nuevos modelos de interacciones, para hacer desconocer y suscitar el reconocimiento de las relaciones de dominación así estructuradas exige, más allá de estas gestiones simbólicas, unos profundos conocimientos de su economía. Lo que explica el interés de los constitucionalistas dominantes, encabezados por García de Enterría, por las instituciones constitucionales extranjeras, interés del que da especial testimonio la obra de García de Enterría, en particular su apelación a la situación norteamericana y a las correlativas últimas mejoras en la República Federal de Alemania (62), y del que da cuenta finalmente la concepción de la Constitución de 1978 —siendo su técnica jurídico-constitucional la más moderna, según Adolfo Suárez, entonces Presidente del Gobierno español (63)—. El verdadero control jurídico no tiene nada de automático, ni incluso en el momento de una creencia potencial en el orden jurídico. Para rechazar las menores dudas y para contener los menores ataques, se necesita la competitividad generalmente reconocida y por esto sin cesar renovada, se necesita a unos especialistas altamente calificados, tal y como García de Enterría los auguraba para el nuevo Tribunal Constitucional español (64). Cuando el pensamiento económico sofisticado domina, el poder de las tecnologías aumenta y las ciencias sociales se concentran sobre problemas puramente técnicos; en una palabra: cuando la razón instrumental reina, el universo del derecho debe acrecentar el dominio práctico de sus profesionales poniendo a su servicio unas técnicas racionales. No existe manifestación más evidente de estas exigencias que las discusiones de estos últimos años sobre la instalación de bancos de datos socio-jurídicos, el vivo interés por los últimos métodos y resultados del derecho comparado así como el derecho de los países hiperdesarrollados, la preparación de las reformas universitarias a través de expertos enviados a Alemania Federal para estudiar sus experiencias en una enseñanza jurídica que combina la teoría y la práctica, y, por

(60) BOURDIEU, *Sens* (N. 2), págs. 209-231; sobre el derecho moderno como violencia suave y modo de dominación económico, cfr. SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), IV.

(61) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *La defensa de la Constitución*, en *Revista de Derecho Político*, 16 (1982-1983), 185-192 (187).

(62) ELÍAS DÍAZ, *Estado* (N. 58), pág. 13; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), sobre todo págs. 185-188.

(63) Cfr. *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, IV, Madrid, 1980, pág. 4935.

(64) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 198.

no escoger más que un ejemplo significativo, la remodelación de un Centro de estudios constitucionales bajo la dirección de Elías Díaz.

Como no hay que olvidar que el Estado de derecho más rigurosamente racionalizado debe su existencia y su eficacia social al hecho de que, en la época de la razón instrumental, toda organización discursiva que se basa en la creencia, como lo es la del derecho racional de la modernidad, está obligada a adoptar unas formas «científicas», la conceptualización racional del Estado de derecho español, incluyendo las inversiones previas, puede coexistir sin duelo con otros actos de alquimia social que preparan o refuerzan el orden previsto o impuesto. Así, la mayor parte de la práctica de juridificación general, efectuada en el discurrir de los años 60 y 70, consiste en pura propaganda, en el establecimiento de una red de oposiciones fantasmagóricas y en la preparación de una nueva cientificidad. Claramente estas acciones han producido, a los ojos de los agentes implicados, unos efectos simbólicos suplementarios, tanto más cuanto que este trabajo de eufemización no puede ser separado de importantes inversiones, puramente económicas. Al lado de «Cuadernos para el diálogo», es el caso de fenómenos tan heterogéneos como el auge de las casas editoriales Civitas y Siglo XXI, el éxito fulgurante del periódico «El País» o las reediciones de las fuentes del derecho regional. Cada uno de ellos predica a su manera y según sus medios esa nueva España organizada como Estado de derecho diferencial, favoreciendo conjuntamente una sola visión del mundo social a través de, por no hacer más que alarde de su dinamismo, por ejemplo un *lay out* moderno que descalifica por sí mismos a la producción y a los productos simbólicos de otro tiempo. Además, otorgando una posición trascendental al derecho y a su retraducción específica de la sociedad moderna, es como los discutidos detentadores del monopolio jurídico pueden reinstalar su poder específico, consistente, en principio, en la gestión de una manera legítima, porque es mejor que cualquier otra del mundo antagonista de hoy. La importancia estratégica de «Estado de Derecho y sociedad democrática» de Elías Díaz, las múltiples ediciones de este libro desde 1966 y su adscripción, por Tuñón de Lara (65), entre los sucesos fundamentales del panorama cultural e ideológico de estos años de crisis social y jurídica se explican fácilmente si se tiene en cuenta que este alegato en favor de una organización social plasmada en un Estado de derecho, democrático y respetuoso con las regiones autónomas se basa fundamentalmente en un trabajo de distinción. Se efectúa la transformación en ciernes mediante una serie ordenada de actos de denegación del Estado autoritario y totalitario franquista, práctica que es positivamente completada por el mismo Elías Díaz a través de su ensayo titulado «Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático», aparecido en 1979 en Civitas (66). Las cosas no son distintas respecto a la discriminación del «amiguismo español» o de la «oligarquía española», hechos responsables por los

(65) José Antonio BIESCAS/Manuel TUÑÓN DE LARA, *España bajo la dictadura franquista (1939-1975)*, Barcelona, 1981, Cronología (pág. 549).

(66) DÍAZ, *Estado* (N. 62), sobre todo «Nota preliminar a la séptima edición».

jueces españoles de la inexistencia de un verdadero Estado de derecho en España y, más o menos por la misma época, invocados por la nueva izquierda para distinguirse del centralismo tradicional en provecho de aquello que se llamará años más tarde el «Estado autonómico» (67). El recurso simultáneo a la ciencia constitucional y al funcionamiento de las instituciones constitucionales de los Estados Unidos o la República Federal Alemana, prácticas ya analizadas, no podía sino prestarse al incremento de los capitales simbólicos acumulados.

A esta razón del incremento de los capitales, hay que añadir otra, fundamental: la objetivación de la juridificación por la Constitución de 1978 y en virtud de la erección de un Tribunal Constitucional (68). Según el preámbulo y el artículo 1 de esta ley fundamental, España se constituye así en un Estado de derecho, social y democrático, que asegura el imperio de la ley en tanto que expresión de la voluntad popular. Vista más de cerca, la nueva tarea jurídica, o, con más precisión, la reestructuración jurídica y de este modo la reconquista de las tierras perdidas se basan a partes iguales en la racionalización invertida y en el efecto de paso de lo implícito a lo explícito. La fijación textual de la juridificación que efectúa la carta de 1978 se revela en el análisis como una manifestación ceremoniosa de conceptos de organización social jurídicamente elaborados, y es comparable a la toma solemne de posesión de un aparato judicial especializado en la reactualización permanente del consenso constitucional (García de Enterría [69]). Si consideramos en concreto la relación entre los capitales invertidos y su rendimiento, vemos que la entronización de tales dispositivos ejerce un efecto de desposesión en favor del nuevo orden jurídico y en provecho de los nuevos dominadores gracias a los dos vectores de toda racionalización jurídica objetivada de las relaciones sociales: en primer lugar, mediante la fijación de las experiencias que proceden de la juridificación anterior o simultánea de la vida social, acumulación que es objetiva y por tanto independiente de toda intervención individual posterior; en segundo lugar, mediante la instauración de una garantía

(67) Cfr. TOHARIA, *Juez* (N. 21), págs. 96-97; AJA, *Presentación* (N. 49), pág. III.

(68) Para una introducción bibliográfica, ver Miguel HERRERA LERA, *Repertorio bibliográfico sobre el proceso constituyente español*, en *Revista de Derecho político*, 14 (1982), 241-256 y 15 (1982), 377-408, así como Jaime NICOLÁS MUÑOZ/Ricardo BLANCO CANALES, *Materiales para el estudio de la jurisdicción constitucional*, en *Revista de Derecho político*, 16 (1982-1983), 323-352; respecto a los trabajos preparatorios, los debates en el Senado y en el Congreso, el texto de la Constitución, etc., nos referiremos explícitamente a: *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, I-IV, Madrid, 1980; sobre la Constitución y sus relaciones con el nuevo régimen político, cfr. Enrique ALVAREZ CONDE, *El régimen político español*, Madrid, 1983; sobre el Tribunal Constitucional, cfr., además, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1984; sobre su «precursor» franquista después de la Ley Orgánica de 1967 y —más interesante todavía— sobre una cierta crítica jurídica de tal adaptación al Estado liberal de derecho, ver Diego SEVILLA ANDRÉS, *La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española*, en *Revista de Estudios Políticos*, 152 (1967), 279-303), y Luis SÁNCHEZ AGESTA, *El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional*, *ibídem*, 181 (1972), 5-33.

(69) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 59), pág. 207.

objetiva que asegura incluso el refinamiento sucesivo del modo de dominación establecido y, por consiguiente, la dominación futura. En cuanto a la materialización textual, basta pensar en los estudios del antropólogo Jack Goody sobre la expansión de la razón gráfica y las posibilidades de *stockage*, análisis y creación que en el orden del saber el acto de la escritura ofrece (70), para entender aquello que hace que desde 1978 se comenten los diferentes artículos de la Constitución, aquello que obliga a dedicarse a la búsqueda de una interpretación constitucional del orden jurídico civil establecido, y aquello que hace designar a la Constitución como motor de la dinamización social y como el mejor de los ropajes para gobernar (71).

Se percibe, dentro de la misma lógica económica de la dominación simbólica, que la Constitución, razón objetivada y por esto redoblada, logra sublimar la desintegración social de la España de los años 70. Teniendo en cuenta que, según la *communis opinio doctorum* del Tribunal Constitucional, la Constitución instituye a la comunidad nacional en un «marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho...» (72), se trata, en suma, de las transformaciones conceptuales del orden jurídico, así pues de las transformaciones simbólicas específicas de las pulsiones socio-económicamente inaceptables —porque ocasionan conflictos en el interior de la sociedad en detrimento de una sociedad ideal de mercado—, en normas socialmente reconocidas, dado su carácter aparentemente neutro e integrador y sus cualidades diferenciales. Todo sucede como si la disgregación simulada pudiera evitar la desintegración real mediante la constitución constitucional de un cuerpo único de reglas que someten al mismo tiempo a todos los ciudadanos y a los poderes públicos (73). Signo oficializado del consenso reestablecido, la Constitución —arquitectura del juego democrático (74)— representa para el presidente del influyente Club Siglo XXI «el hecho en el que se expresa la voluntad de pacífica convivencia, el amor a la libertad y el respeto a la ley, en el mejor servicio de España» (75). Frente a la crisis, frente al miedo general al caos y los temores ante las lagunas del sistema jurídico establecido, inquietud de la que se aprovechan en primer lugar los profesionales jurídicos del orden, la Constitución constituye bajo esta óptica el *deus ex machina*, «la tabla de ... salvación (del pueblo español)» (76).

(70) Jack GOODY, *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage* (*The domestication of the savage mind*), Cambridge, 1977), París, 1979, sobre todo págs. 86-87; sobre la antropología histórica de Goody y el análisis de la racionalidad jurídica moderna, cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Warum Jack Goody lesen*, en *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), 62-82.

(71) Ver a este respecto Ramón GARCÍA COTARELO, *El régimen económico-social de la Constitución española*, en Tomás Ramón FERNÁNDEZ (coord.), *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid, 1978, págs. 69 ss. (72-74).

(72) Cfr. la STC de 14 de julio de 1981.

(73) Cfr. el artículo 9.1 de la Constitución española.

(74) Cfr. GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), págs. 5-6.

(75) Antonio GUERRERO BURGOS, en Club Siglo XXI (ed.), *Perspectivas* (N. 34), I, pág. XVI.

(76) FRAGA IRIBARNE, el 31 de octubre de 1978, ante el Congreso de los

Un éxito tal se basa por encima de todo en la perfecta orquestación, en la armonización sin fallas del orden jurídico bajo la primacía del texto constitucional. Este da testimonio en tanto que fuente de toda legitimidad de las relaciones sociales, en virtud de su entronización como *norma normarum* de la que se deducen todas las otras normas jurídicas de rango inferior, estando éstas también rigurosamente jerarquizadas (77). Además, mientras se dé el interés por desestabilizar el antiguo orden destruyendo sistemáticamente la idea de un derecho inmutable, basado en razones extrasociales, el nuevo orden constitucional alimenta su fuerza integradora en el hecho de que no puede prácticamente experimentar cambio alguno (78), razón suficiente, por ejemplo, para la doctrina de la limitación y legitimación de la competencia de las Comunidades autónomas (78). Esta extraordinaria posición de la Constitución se debe además en gran parte a las inversiones destinadas a suscitar la impresión de que no se trata de un compromiso ocasional, sino de una obra que se fundamenta en el único gran consenso histórico posible. Tomando distancias frente al positivismo totalitario, se intenta demostrar, siguiendo la tradición kelseniana (80), la existencia de dicho consenso recurriendo a todo tipo de actos demostrativos. Estamos pensando en la integración de los partidos marxistas, en la concertación económica de los Pactos de la Moncloa, en la apertura a las reivindicaciones autonomistas, en la elección de las Cortes Constituyentes de 1977, en la manifestación de unos esfuerzos comunes a la hora de elaborar un texto común para una nueva Constitución y, en fin, en la aprobación por unanimidad de esta ley fundamental en el Congreso y el Senado. Colocar capitales en la «exhibición» del modelo consensual, como diría Bourdieu con Pascal (81), racionalizar éste mediante su bien organizada representación, no es sino favorecer las apariencias por las apariencias concurriendo así a la constitución de una suerte de integración social imaginaria, constitucionalmente suscitada; es decir, concebida como una Constitución consensual que se afirma públicamente como tal. Sin ilusiones, Fraga lo explicita con su estilo tan directo: para superar la crisis actual «hay que relanzar la idea y la ilusión de una España clara, grande, viva, con ilusiones para todos» (82). La esperanza de todos los que han tomado parte activa en la elaboración del texto constitucional, independientemente de su pertenencia a un partido de izquierda o de derecha, se apoya en el

Diputados, con motivo de la aprobación de la Constitución, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, pág. 4923.

(77) Gregorio PECES-BARBA, *La nueva Constitución española desde la filosofía del derecho*, en *Documentación Administrativa*, 180 (1978), 32-37; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 19; y la STC de 31 de marzo de 1981 («La Constitución es ... la norma fundamentadora de todo el orden jurídico»).

(78) Ver los artículos 166 y ss. de la Constitución.

(79) Cfr. Encarna ROCA I TRIÁS, *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, en *Revista jurídica de Catalunya*, 82 (1983), 125 ss. (136, nota 29).

(80) Ver a este respecto DÍEZ PICAZO, *Experiencias* (N. 7), págs. 182-185; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 178.

(81) BOURDIEU *Sens* (N. 2), pág. 226.

(82) FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social* (N. 57), pá. 184.

carácter prospectivo de esta «constitución de concordia», lo suficientemente poderosa como para transformar el pasado en sociedad abierta (83). Queda por evaluar el efecto simbólico de la imprecisión de las categorías constitucionales. Con gran pesar de los juristas progresistas, a menudo ignorada o incluso despreciada (84), la imposición de conceptos indeterminados, la introducción de normas-programa sin contenido inmediato, destinadas únicamente a conducir la acción socio-económica de los poderes públicos (85), como la proclamación de determinados valores ideológicos como la libertad o la igualdad, vienen a establecer en realidad espacios de interpretación sin fronteras en función de una sublimación sublime de una complejidad social cada vez mayor, de modo análogo a la fijación exclusiva de competencias formales y la predilección por las cláusulas de remisión, fenómenos igualmente típicos de la Constitución de 1978. Estas garantías de una nueva flexibilidad del orden consiguen movilizar esa credulidad de la que el mismo orden es función, en tanto que facilitan la aceptación de hecho de la que el nuevo orden depende, en el momento de la reconstitución de las relaciones de dominación. Para acabar, la forzada invocación del destino de la República de Weimar o de las democracias modélicas del Norte (USA, RFA, etc.) se entiende si tenemos en cuenta que se intenta así afirmar la creencia provocada desde otros medios que presentan el modelo constitucional adoptado por España de tal suerte que parezca ser inevitable, natural y, por tanto, legítimo (86).

Ciertamente, la concepción constitucional del Estado de derecho y su objetivación textual en forma de la Constitución de 1978 satisfacen ya en buena parte la racionalización de la competencia jurídica y la legitimación del orden nuevo y, así, las demandas sociales son retraducidas de una manera homóloga por la crisis del campo jurídico en el seno de una sociedad en crisis. Sólo resta por señalar que es la institución de una Corte constitucional, su erección, la que culmina la reorganización comenzada en los años 60, haciéndolo concertadamente con la reterritorialización del orden jurídico civil. Desde la perspectiva de la objetivación, la erección de una justicia constitucional constituye la réplica de ese redoblamiento específico de la Constitución española. En palabras de García de Enterría, este nuevo alto tribunal, comparable a la Corte Suprema norteamericana en lo que hace referencia a su competencia y a su función social, proporciona un instrumento de integración política y social incomparable, dado que consigue «hacer constantemente operativa una Constitución inmutable», a fin de satis-

(83) Así, con motivo de la aprobación de la Constitución, el 31 de octubre de 1978, ante el Congreso, el Presidente del Gobierno, Suárez (pág. 4936), el representante de la UCD, Pérez-Llorca Rodrigo (págs. 4932, 4934), el socialista González Márquez (pág. 4928) y Raventós Carner, socialista catalán (pág. 4925), en *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV.

(84) Ver, por ejemplo, la perspectiva de GARCÍA ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), págs. 92, 97, 100-101.

(85) Cfr., a este respecto, los artículos 39 a 53 de la Constitución, así como su interpretación por PECES-BARBA, *Constitución* (N. 77), págs. 34, 41-43.

(86) GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), págs. 13-14, 16; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 194.

facen «las aspiraciones cambiantes de todos los grupos» y lograr así, a fin de cuentas, «la legitimidad, que es la estabilidad de un buen Gobierno a lo largo del tiempo» (87). Encarnación de la Constitución, el Tribunal Constitucional no sólo es una simple instancia de control judicial de la legalidad constitucional, olvidada en España dado que era el «Jefe del Estado» quien ejercía según la Ley Orgánica de 1967 y su recurso de contrafuero como «defensor de la Constitución»: desde 1980, el Tribunal Constitucional cumple también una función mística. En la medida en que ejerce de medium especialmente dedicado a simbolizar, en virtud de su singular posición, que el acuerdo es siempre posible, o que debe incluso garantizar como tales las condiciones institucionales de la homogeneidad del orden social, este Tribunal está capacitado, en nuestra opinión más que cualquier otra institución moderna, para que creamos en la comunidad de ciudadanos, en la unidad nacional, en una palabra: en el mundo no-antagónico. Y de hecho, según Tomás y Valiente, hoy presidente del Tribunal Constitucional, éste apela sin cesar a la única alternativa posible: o bien España se pierde en el caos, o bien se decide por el Derecho, esperanza que es compartida por la gran mayoría de los españoles (88). De común acuerdo con la Constitución, simbiosis de ética, de utopía y de técnica jurídica (Tomás y Valiente), la jurisdicción constitucional constituye en realidad el norte simbólico de la paz social, en la medida en que la progresión de la sociedad de mercado favorece la diferenciación social. En sí mismo, este tribunal genera a la vez el consenso general y el reconocimiento de la competencia de los monopolistas del campo jurídico, con tal de que se manifieste simbólicamente como instancia última, neutra políticamente, bien orquestada y deseosa de satisfacer las exigencias de una sociedad en transformación perpetua, donde las mayorías y las minorías se constituyen y se disuelven según la lógica del reparto asimétrico de los capitales sociales.

Hace no mucho tiempo, el diario de gran circulación «El País» anunciaba la sentencia más importante de la joven historia del Tribunal Constitucional, la constatación de la inconstitucionalidad del proyecto gubernamental de homogeneizar a cualquier precio la descentralización en curso, en los siguientes términos: «El Tribunal Constitucional pone fin a dos años de polémica» (89). Antes de que el tribunal estuviera en condiciones de echar abajo el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) había sido preciso otorgarle la competencia para poder pronunciarse en última instancia sobre cualquier otra competencia para establecer el orden, tanto si ésta proviene del Estado central o de las Comunidades autóno-

(87) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 192.

(88) TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución* (N. 61), págs. 190-192.

(89) *El País* de 10 de agosto de 1983, pág. 9; ver STC de 5 de agosto de 1983; en cuanto a las relaciones entre el derecho estatal y el derecho de las Comunidades autónomas según la LOAPA, cfr. Joaquín TORNO MÁZ, *La prevalença del dret estatal i l'article 4 de la LOAPA*, en *Materials de les II Jornades de dret català a Tossa, celebrades els dies 29 i 30 de setembre i 1 i 2 d'octubre de 1982* (Tossa de Mar, 1982), págs. 365-386.

mas (90). El puesto de censor se atiende, por tanto y a la postre, al hecho de que el Tribunal en cuestión muestra cada día hasta qué punto se encuentra más allá de toda disputa, de todo interés político. Es necesario que aparezca como un dispositivo de equilibrio, como un poder neutro, que se guía exclusivamente por el «rigor de la razón jurídica» (91). Justicia independiente en apariencia, define las reglas de juego pero no el juego mismo, si hacemos caso de la representación oficial del Tribunal Constitucional: «En un sistema de pluralismo político (art. 1 de la Constitución) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opiniones políticas...» (92). De aquí la potencia de su palabra, considerada como justa en tanto que considerada como única. Este poder le viene dado por su señalada posición *au-dessus de la mêlée*: posición cuya puesta en práctica está en función de las condiciones institucionales de la producción de las palabras del orden; es decir, del fundamento y del funcionamiento institucionales de la negación de las divisiones sociales que las sentencias del Tribunal Constitucional contribuyen a reproducir bajo formas tan nuevas como irreconocibles. El reconocimiento deriva además de la observancia de toda una liturgia de la racionalidad jurídica moderna. Esta no se limita ni mucho menos a un número restringido de reglas explícitas y capitales, como la garantía constitucional de la independencia y la inamovilidad de los miembros del Tribunal Constitucional, la incompatibilidad de su cargo con cualquier otra actividad política, económica o profesional (93), como el recurso de inconstitucionalidad, verdadera espada de Damocles suspendida sobre todos los actos legislativos, o el privilegio ya mencionado de la competencia-competencia mencionada (94), etc. De la misma forma que la publicación de las sentencias en el «Boletín Oficial del Estado» se aviene a la evocación de la delegación consensual y democrática del Tribunal Constitucional, la publicación misma de las *dissenting opinions* dibuja la imagen de la gran transparencia del poder moderno (95). Por ejemplo, la retórica estereotipada de las sentencias invoca al mismo tiempo la excelencia y la dependencia de esta institución en tanto que independiente: desde la evocación simbólica del rey de España, símbolo él mismo de la unidad y la permanencia

(90) Cfr. el artículo 161, 1c de la Constitución española y la STC de la que hemos hablado anteriormente (pág. 56).

(91) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 191.

(92) Ver la STC de 2 de febrero de 1981; además, sobre las relaciones directas entre consenso democrático, neutralización de las confrontaciones sociales y legitimidad del orden democrático, cfr. el diputado PÉREZ-LLORCA RODRIGO (UCD), con ocasión de la aprobación de la Constitución: «... hemos establecido las bases para que a través del reconocimiento de la riqueza (del) pluralismo... los españoles puedan reconocerse; porque hemos establecido el consenso necesario para poder discrepar y enfrentarnos democráticamente; porque hemos consolidado un Estado con legitimidad» (*Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, pág. 4934).

(93) Cfr. el artículo 159 de la Constitución.

(94) Cfr. el artículo 161 de la Constitución.

(95) Ver los artículos 38.1 y 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979.

del orden estatal (96), pasando por las múltiples referencias al único texto constitucional hasta llegar a ese lenguaje tan racional y desinteresado como aparentemente accesible. Lo mismo cabe decir de los atributos simbólicos que rigen la aparición de la autoridad para que ésta pueda imponerse de una manera absoluta. Estamos pensando, por ejemplo, en todos los tipos de signos exteriores que subrayan tanto la distinción (toga del magistrado) como la no-distinción calculada (traje de calle), pero sobre todo en la arquitectura majestuosa del edificio del Tribunal Constitucional, al recordarnos, por su monumentalidad, su exacerbado esplendor modernista y los reflejos metálicos del revestimiento exterior del edificio, al mismo tiempo el famoso retrato del Leviatán hobbesiano y al Rey Sol. Y no olvidemos que únicamente el Tribunal Constitucional tiene posibilidades de readaptar lo más económicamente posible el orden jurídico constitucionalmente garantizado. Teniendo en cuenta que resuelve según el caso y de un modo informal (97), para estupor de unos juristas ahora dominados porque están ya superados por los acontecimientos, el Tribunal Constitucional no está obligado a contentarse con criterios de orientación en virtud de comparaciones abstractas, tal y como hace un legislador que llega siempre con retraso, consiguiendo así como nadie hacer que el orden constitucional sea verdaderamente operativo. La restitución de «las nuevas tierras al imperio del Derecho» (98) ha sido posible por esa disposición institucional que le ha permitido desarrollar el orden social de un modo altamente estratégico, a través de un derecho reactualizado sin cesar mediante decisiones siempre actuales, porque no son nunca generales. Teniendo en cuenta que por esta razón nunca se pone en peligro la unidad del discurso jurídico, sus decisiones son generalmente reconocidas. De este modo, llega a concertar racionalmente lo que parece ser ingobernable: el incierto porvenir de una España en vías de modernización.

III

De modo paralelo a la juridificación general, pero de una manera específica, la reterritorialización constitucional del orden jurídico civil participa de forma esencial en la racionalización de la competencia de los monopolistas en peligro y en el reforzamiento de las relaciones de dominación que se forman después del *bond en avant* de los años sesenta. A fuerza de hacer creer en un orden efectivamente adecuado, en tanto que diferenciado en el plano local, se borra paradójicamente la tradición jurídica del siglo XIX por medio de esta misma tradición y con la finalidad de establecer de un modo duradero un orden social a fines del siglo XX de naturaleza jurídica y flexible en su más alto grado. En adelante, los monopolistas del campo jurídico tendrán de

(96) Cfr. el artículo 56.1 de la Constitución.

(97) Cfr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la Justicia constitucional*, I, en *Revista de Derecho Político*, 16 (1982-1983), 39-64 (59, 61).

nuevo las manos libres para ordenar las relaciones sociales a su manera y en provecho de las nuevas fracciones dominantes. Porque lo entendemos así, es precisamente la desconcentración del derecho civil la que completa a su manera simbólica aquello que había sido comenzado por otras prácticas simbólicas, objetivadas en forma del Estado de derecho de 1978, constitucionalmente concebido y estratégicamente dirigido por el Tribunal Constitucional. Expresado de otra forma, si queremos darnos cuenta de la performatividad particular de la territorialización del derecho privado o —por decirlo con menos precisión, pero según la terminología habitual— si queremos determinar su función social en la nueva economía de poder (100) estamos obligados a invertir la tesis de la incompatibilidad entre el capitalismo avanzado y la pluralidad del ordenamiento jurídico civil. En tiempos de una diversificación total, la regionalización relativamente indeterminada del derecho civil constituye más bien el único medio válido para instalar un derecho avanzado, apto para concertar las futuras arenas políticas hoy todavía imprevisibles, en lugar de un derecho racional que es comparativamente estático, en tanto que está fundado únicamente sobre la calculabilidad y la capacidad de previsión.

Para explicar la reconstitución de la pluralidad territorial del sistema jurídico y especialmente la territorialización del orden jurídico civil, como precisión del «Estado regional» y la autonomización general, siendo ésta una verdadera descentralización política (101), hay que desembarazarse por encima de todo de tres malentendidos de fondo. En primer lugar, y por oposición a la tesis, muy extendida especialmente entre los civilistas españoles (102), según la cual el derecho civil no es el producto de una construcción racional y científica sino el fruto de una «elaboración histórica», el propio derecho civil moderno y contemporáneo debe su existencia, su fuerza social, a una racionalización histórica que no tiene nada que ver con un proceso histórico de orden natural y neutro. Concretando esta primera constatación: no estamos ante actos socialmente inocentes cuando responden a la acción de reestructurar, según expresa Solé Tura (103), la estructura estática española en su conjunto en base a una descentralización territorial, o de atribuir el derecho al *self-government* a los «territorios

(98) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 187-188.

(99) Sobre la genealogía del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana o la constitución de una racionalidad estratégica y múltiple del Estado, cfr. Karl-Heinz LADEUR, *Konsensstrategien statt Verfassungsinterpretation?*, en *Der Staat*, 21 (1982), 391-412; y LADEUR, *Das Bundesverfassungsgericht und die Entwicklung des Verfassungssystems der Bundesrepublik Deutschland*, en *Demokratie und Recht*, 11 (1983), 10-21.

(100) En cuanto al enunciado jurídico como enunciado de valor performativo o acto de institución del orden social, cfr. SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), III.

(101) Ver la vigésima sesión de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas, especialmente la contribución de FRAGA IRIBARNE, su teorización del nuevo «Estado autonómico», en *Cortes. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Año 1978, núm. 88, 14 de junio de 1978, págs. 3231-3306 (3271-3275, 3281-3282).

(102) Cfr. SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), pág. 18.

(103) SOLÉ TURA, *Constitución* (N. 9), pág. 26.

insulares», a las «provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes» y a las «provincias con entidad regional histórica» (arts. 2 y 143 de la Constitución). Marcar fronteras no es sino remarcar, recordar. Incluso si nos referimos a las llamadas fronteras naturales, al «concepto sustantivo de región», a la «naturaleza histórica profundamente arraigada» o a la «unidad natural», la definición de zonas de influencia constituye un acto de representación, una práctica simbólica por excelencia. Antonio Manuel Hespanha lo ha observado al analizar los espacios políticos del Antiguo Régimen en tanto que territorializaciones del poder (104). Y Pierre Legendre, psicoanalista del juridicismo occidental, lo indica de una manera análoga cuando detalla su tesis de la mitología fundadora del sistema jurídico en la tradición del derecho romano, hablando a este respecto del hecho fundador de la geografía, del acondicionamiento del territorio como un reacondicionamiento simbólico (105). Envite fundamental de las luchas políticas, el espacio físico y su redistribución geopolítica participan de la estrategia de la racionalización jurídica de la modernidad. Si la política jurídica del siglo XVIII transfigura el espacio en territorio nacional y estatal, en unidad nacional, la diferenciación local de los últimos años transfigura este mismo espacio —ya sea en Francia o en España— en espacios sociales diferentes, a saber, en acondicionamientos espaciales difusos, no concéntricos en primera instancia pero homogeneizados en un segundo plano en virtud de un orden constitucionalmente concebido y objetivado. Dos ejemplos son suficientes a la hora de ilustrar esta nueva perspectiva. Tanto uno como el otro están puestos para arrojar un poco de luz sobre la invención del territorio francés por parte del Estado absolutista, incluyendo la producción y la reproducción del territorio inventado por la administración francesa (106), pero sobre todo sobre nuestro tema: la constitución de Comunidades autónomas después de 1978 mediante delimitaciones de su propio territorio, ficciones espaciales para delimitar sus competencias sin limitar la autoridad de sus decisiones en el marco del orden jurídico nacional (principio de extraterritorialidad) (107). A este tenor, ahí tenemos las inversiones de las ciencias sociales nacientes tal y como se muestran en el análisis de Roger Chartier, y su contribución desde la Restauración a la división regional y de este modo a los cambios con-

(104) Resulta muy típico de esta visión eufemizante: (José GONZÁLEZ PAZ, dir.), *Divisiones territoriales en España* (Centro de Estudios de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, Min. de Obras Públicas y Urbanismo, Ser. Monogr., 3), Madrid, 1980, pág. 111, 124 (citas); António M. HESPAÑHA, *L'espace politique dans l'Ancien Régime*, en *Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Mera e Guilherme Braga da Cruz* (número especial del «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra»), Coimbra, 1983, págs. 3-58 (paginación de la separata).

(105) Pierre LEGENDRE, *Les maîtres de la Loi. Etude sur la fonction dogmatique en régime industriel*, en *Annales*, E.S.C., 38 (1983), 507-531 (530); LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, París, 1983, págs. 215 ss. (217).

(106) Cfr. Paul ALLIES, *L'invention du territoire*, Grenoble, 1980.

(107) Ver el art. 147.2b de la Constitución y la STC de 16 de noviembre de 1981.

cretos del espacio socio-económico; y, de otra parte, sirvan las reflexiones de Luis Muñoz Sabaté, presentadas en uno de los últimos números de la «Revista Jurídica de Catalunya», en las que combina los datos estadísticos relativos a la superficie, densidad demográfica, medios de comunicación y el volumen de litigiosidad con los datos jurídicos sobre la jurisdicción de los tribunales establecidos para hacer una división ideal de las circunscripciones territoriales de la futura justicia catalana (108).

Aunque ya se haya tratado de la nueva razón jurídica, de la racionalidad jurídica de orden relacional, estratégico y dinámico, tal y como los análisis de Luhmann, Ladeur, Wiethölter, etc., lo revelan, extendiéndola y haciéndola norma general para la Alemania Federal, estamos obligados a evitar un tercer malentendido antes de discutir los detalles sintomáticos del establecimiento del orden jurídico civil reterritorializado, para resaltar que desde el comienzo en el caso de la España postconstitucional: la «unidad de poder» no debe ser víctima de tales operaciones diferenciales. Objeto tabú, esta unidad no se ve afectada por la sacudida constitucional, si creemos las timoratas afirmaciones de Sánchez Agesta (109). Formulado discursivamente, la univocidad del discurso jurídico no se siente amenaza ante la pluralidad de ese orden reterritorializado, incluso si las apariencias dan a entender lo contrario. Tanto antes como ahora, el poder se hace escuchar a través de una sola voz; lo que cambia es que ahora habla al unísono, a pesar de la variedad de voces. El caso del urbanismo, especialmente el ejemplo de la modernización de Barcelona a mediados del siglo pasado, nos enseña que la homogeneidad de los espacios sociales y, por consiguiente, el control social, no está de por sí unido al agrupamiento concéntrico, y que una cuadrícula descentralizante favorece incluso la programación social si la descentralización se asienta en un perfecto acondicionamiento (110). Parece muy verosímil que fueran razonamientos de este tipo los que hicieron a Durán y Bas abogar hacia 1883 por la unidad jurídico-civil y en contra de la uniformidad de un orden otorgado por pésimos estrategias que privilegiaban sin ningún motivo el orden centralista (111).

(108) Roger CHARTIER, *Science sociale et découpage régional. Note sur deux débats (1820-1920)*, en *Actes de la recherche en science sociales*, 35 (1980), 27-36; Lluís MUÑOZ SABATÉ *Notas para una nueva ordenación judicial territorial de Catalunya*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 81 (1982), 235-239; sobre el impacto y la importancia de las reflexiones estratégicas, cfr. (GONZÁLEZ PAZ, dir.), *Divisiones territoriales* (N. 104), especialmente pág. 35, 111-113, 123 ss.

(109) SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 19-20.

(110) Sobre los proyectos concurrentes, especialmente sobre Ildefonso CERDÁ, *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, Madrid, 1867 (reed.: Madrid, 1968), cfr. Antonio LÓPEZ DE ABERASTURI, *Ildefonso Cerdá - La théorie générale de la urbanisation*, París, 1979, y André BAREY, *Barcelona - De la ciutat pre-industrial al fenomen modernista*, Barcelona, 1980, especialmente págs. 17 ss.

(111) Manuel DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Barcelona, 1883, pág. XXXVI; sobre el abandono del centralismo codificador, la reorganización —es decir— la constitución del urbanismo moderno y de la nueva Barcelona del siglo pasado, cfr. Johannes-

A la hora de encontrar una razón jurídica renovada, toda racionalización de la competencia jurídica estuvo, en la época clásica de la codificación, obsesionada por la idea de hacer aparecer al discurso jurídico como un discurso perfecto, en tanto que unitario. Mientras que entonces se vincula directamente, en palabras del filósofo-jurista LERMINIER, la obediencia a las leyes con su carácter centralista, sistemático y unívoco en su sentido más inmediato (112), el nuevo realismo jurídico se va a distanciar, consciente o inconscientemente, como todo saber moderno, de lo clasificado, de lo clasificable, de lo idéntico y de lo centrado para orientarse hacia lo a-centrado. Todo parece indicar que lo excéntrico y lo no formal constituyen los pivotes en torno a los cuales se organizan también los esfuerzos conceptuales de los nuevos señores del campo jurídico, siempre en su búsqueda de los dispositivos que garanticen el consenso necesario. Su punto de referencia es la racionalidad de acción múltiple que sobredetermina estratégicamente las contingencias de la vida cotidiana (113). Lo muestra el caso español: una estructura jurídica verdaderamente moderna tiene tan poco que ver con los aires sociales fijados de una vez por todas como con los imperativos centralistas. Lo prueba la desautorización que hace el Tribunal Constitucional en agosto de 1983 del citado proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (114). En lugar de una armonización superficial, en lugar de cortar de raíz los conflictos entre el poder central (Estado: Cortes Generales, Gobierno) y las regiones autónomas, el Tribunal Constitucional se decide por la integración de los conflictos potenciales; es decir, no sólo por una normalización a largo plazo sino sobre todo por una normalización en un plano menos inmediato. Discursivamente, la igualdad formal, en tanto que negación de los antagonismos reales, y, de este modo, la legitimidad del orden que está en camino de establecerse, se disponen como un proceso lento de adaptación que, por esta razón, es enormemente flexible. En la medida en que el cambio social se acelera de modo patente, ya no hay sitio para las formaciones discursivas de gran estabilidad, como el derecho civil español concéntricamente sistematizado desde comienzos del siglo XIX. La inestabilidad de las relaciones de producción y reproduc-

Michael SCHOLZ, *Unidad y diversidad en la codificación*, en *Memoria del II Congreso de historia del derecho mexicano*, Ciudad de México, 1981, págs. 705 ss. (710-711).

(112) Sobre Jean-Louis LERMINIER (*Philosophie du droit*, Bruxelles, 1832, espec. págs. 374-378) y su influencia en el período de preparación del Código civil portugués de 1867, cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Portugiesische Privatrechtsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, en Helmut COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, 1, München, 1982, págs. 738-739.

(113) Ver, junto a otros análisis de Ladeur: Karl-Heinz LADEUR, *Abwägung - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Frankfurt/M.—New York, 1984; LADEUR, *Sprachformation und Rechtsparadigma. Eine modelltheoretische Skizze zum Strukturwandel des deutschen Verwaltungsrechts im 20. Jahrhundert*, en Erk Volkmar HEYEN (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten* (= *Ius Commune*. Sonderhefte 21), Frankfurt/M. 1984, págs. 189-210.

(114) Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, ver N. 89.

ción sociales ya no admite que se le ofrezcan unas soluciones a los conflictos que giran en torno a un punto que por comparación es concreto y fácil de encontrar. Aun a riesgo de perderse en un no-sistema jurídico, pero con la intención de superar un modelo monolítico, al mismo tiempo sin relación recíproca con la realidad no-sistemática y sin posibilidades de ser reconocido, se otorga el lugar central a una experiencia conflictiva que es por naturaleza imprevisible. El discurso jurídico aparece así cada vez más opaco, lo que no es lo mismo que esa simple gradación de la densidad institucional en la que desembocaría, según Julián Marías, la futura regionalización (115). La nueva administración jurídica se alimenta de la experimentación, del enriquecimiento sucesivo del saber político-jurídico: es, en fin, una ciencia de dominación experimentada. Y como tal es comparable a la estrategia de confrontación de la nueva política económica de los países industrializados en crisis, a los esfuerzos de la Gran Bretaña, de Alemania Federal y de Francia después del primer año de un gobierno socialista tendentes a la restauración más o menos rápida del juego de las fuerzas del mercado. El metapoder de los monopolistas del campo jurídico, menos amenazados ahora en su posición social, se instala sobre la base de la nueva transparencia de la opacidad, paradoja que proviene del hecho de que la gran transparencia sugerida desde el siglo XVIII se basa para el derecho civil en una formación discursiva típicamente concéntrica.

Para analizar la nueva razón jurídica en marcha, hay que observar en primer lugar la descentralización general a escala regional y a continuación la transferencia de competencias en materia de derecho privado a las Comunidades autónomas. En el caso de que ya no queramos aceptar como tal la dimensión afectiva del discurso jurídico, no nos queda sino retomar el humanismo democrático y en particular la democratización a través de la atribución del poder legislativo a las nuevas unidades territoriales entendiéndolo como un acto de apertura que se sitúa bajo el signo de la participación real, como un inicio al fin abierto de las interacciones, si es que nos fiamos de las apariencias. Esto se verifica seguramente menos por la pluralidad de las así llamadas fuentes del derecho que por el hecho de que el reconocimiento de las entidades regionales desencadena en el plano local la competición entre unas mayorías y unas minorías cambiantes, con un resultado incierto pero con un conocido beneficiario: el orden social jurídicamente renovado, en tanto que asentado por la experiencia. Al incardinar, por primera vez desde la dictadura franquista, las violentas oposiciones de la realidad dentro de un sistema de oposiciones relativamente discretas y que es canalizado y estimulado a la vez, se está construyendo una economía del orden en la medida en que todo orden no diferencial está seriamente cuestionado por el escalonamiento de la diversificación social. Es decir, se ponen en explotación unas vetas de información para mayor provecho de un orden que es más sólido cuanto más dinámico y, por tanto, cuanto mejor informado está. Y que tanto más

(115) Julián MARÍAS AGUILERA, *Elasticidad y enquistamiento*, en MARÍAS, *La España real*, Madrid, 1976, pág. 39.

fácilmente obtiene su reconocimiento cuando se le considera como un suministrador de datos o experiencias virtuales. Si resulta inacabado no es sino porque la «nueva máquina política» o, lo que viene a ser lo mismo para Alfonso Guerra, la «máquina democrática», se establece, una vez transfigurada como un campo de disputas democráticas que procede de unas luchas sociales reales, disponiendo entonces de una flexibilidad y de una fuerza de agitación desconocidas cuando reinaba un orden directo, unidimensional y de signo dictatorial. De aquí la esperanza de Díez-Picazo, cuando pronosticaba en 1973 la llegada del cambio tan esperado para el momento en que una cooperación generalizada concurriera al reajuste perpetuo de la vida jurídica (116). Desde este punto de vista de la explotación de la heterogeneidad social, los proyectos para la reorganización de la España franquista difieren muy poco, al menos si se presta atención a los protagonistas más cercanos de la democracia constitucional de 1978. Tanto si se piensa en la «sociedad realmente democrática» como en una «organización real de las fuerzas y elementos de la producción» destinada a orientar el «desarrollo industrial y tecnológico» (E. Díaz), como si se adhiere a la utopía de una sociedad de mercado y sin clases basada en un «pacto social» (Fraga Iribarne) o se vincula la actualidad de la Constitución de 1978 a la movilización de las fuerzas políticas (partidos, sindicatos, etc.) como representantes de la «voluntad popular» (Sánchez Agesta) (117), todo progreso va a depender siempre del funcionamiento político, o sea, de la organización democrática de un orden jurídico experimentado.

Desde el punto de vista de la orquestación diferencial, el concepto de región autónoma constituye sin duda una baza maestra. Allí donde el «Derecho es la experiencia vivida», como decía uno de los miembros del Tribunal Constitucional (118), el reparto de competencias entre el Estado central y las Comunidades autónomas supone optar por un proceso de homogeneización difícil, lento y, por esto mismo, rico en experiencias: no es sino la elección de la integración del conflicto como el mejor modo de informarlo, tanto más cuando no sólo se trata de competencias exclusivas sino también de competencias concurrentes, que tienen que ser a fin de cuentas delimitadas por la propia legislación regional (119). La importancia de esta cuestión la hace objeto de disputas, tanto en el Congreso como en el Senado, a propósito del grado de racionalidad que es necesario para alcanzar ese nivel en el que la palabra se hace norma y sobre la necesidad de dar preferencia a una regionalización conceptualmente flexible, opuesta a todo cartesianismo jurídico y a favor de un sistema que se hace a sí mismo cada vez más coherente y se estabiliza a su medida en virtud del «juego

(116) GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), pág. 6; Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), págs. 307-308.

(117) DÍAZ, *Estado* (N. 62), págs. 143-145; FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social* (N. 57), págs. 180-181; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 18-19.

(118) Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), pág. 307.

(119) Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), pág. 375.

de la propia experiencia autonómica» (Solé Tura) (120). Por lo demás, el carácter plurinacional del nuevo Estado español no es impuesto de una vez por todas. Bien al contrario, en lugar de instituir de un plumazo, por ejemplo, una federación de regiones reconocida como tal, esta alternativa queda prohibida. El nuevo modelo de pensamiento jurídico opera precavidamente, porque deja la iniciativa para constituirse en Comunidad Autónoma a las propias instituciones regionales interesadas (parlamentos regionales, ayuntamientos, etc.) (121). Desde el momento en que se está objetivamente obligado a aprovechar su saber específico, dado que éste no viene proporcionado por un régimen autoritario falto de información y por principio desconectado, sobre todo en su período de decadencia, es su experiencia vivida la que decide si la evolución hacia una sociedad con instancias políticas intermediarias y bajo una dirección descentralizada tiene que ser acelerada o frenada. Cualquier otro comportamiento hubiera violado las reglas sobre la eficiencia económica de todo acto de dominación, dado que la reconocida competencia de los detentadores del monopolio jurídico-simbólico y la legitimación jurídica de las relaciones sociales dependen de la colaboración disimulada, pero a pesar de esto estrecha, entre los dominados y una de las fracciones dominadas de los dominadores; es decir, entre los monopolistas del campo jurídico y los dominados *tout court*. En lugar de un abrupto desencadenamiento o de una reglamentación material detallada, las futuras Comunidades autónomas han podido, en los años siguientes a 1978, elegir entre tres formas de autonomías más o menos reducidas. Cuenta hecha de que, para mejor sublimar las diferenciaciones reales, el establecimiento de las regiones autónomas es concebido como una trayectoria temporalmente diferenciada, como un sistema de autonomías que se constituyen progresivamente, como un «proceso de maduración y reflexión» (Sánchez Agesta) (122).

Otros ejemplos no faltan, a condición de que se abandone esa pers-

(120) Ver la confrontación entre los partidarios de la lógica jurídica tradicional (Villar Arregui) y los protagonistas del realismo (González Seara) durante la sesión del 12 de septiembre de 1978, en el seno de la comisión constitucional del Senado, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, páginas 3992-3993; cfr. también Solé Tura ante el Congreso, el 19 de julio de 1978) (ibídem, II, pág. 2448).

(121) Cfr. los artículos 143, 145 de la Constitución.

(122) Cfr. especialmente el artículo 148.2 de la Constitución; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), pág. 373.

(123) Cfr., por ejemplo, Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *Las fuentes del Derecho en las Comunidades autónomas*, en Dirección general de lo contencioso del Estado (ed.), *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, págs. 163; Juan Luis CASTRO SOMOZA, *Las leyes de las Comunidades autónomas en las Constituciones españolas de 1931 y de 1978*, ibídem, pág. 491; Luis Díez-PICAZO, *Constitución y fuentes del Derecho*, ibídem, pág. 658; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 378-379; José CERDÁ GIMENO, *Baleares ante el artículo 149.1-8.º de la Constitución*, en *Revista de Derecho privado*, 1982, págs. 787 ss. (790, 793); Bartolomé CLAVERO, *Los fueros en la España contemporánea: De la reacción antiliberal al federalismo vergonzante*, en CLAVERO, *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pág. 16.

pectiva que no percibe más que el desorden allí donde se trata de comprender la lógica social de un nuevo orden informal. Así, la concepción de las competencias —círculo vicioso de remisiones recíprocas para unos (123), lugar predilecto para desarrollar sus propias posiciones, para otros (124)— no es de hecho otra cosa sino un derecho de crisis tras unos períodos de crisis del derecho. Este arreglo de competencias es estructuralmente comparable a la ambigüedad semántica del régimen económico postconstitucional, que oscila entre la economía de mercado y la economía planificada socialista, las dos teóricamente incompatibles. De la misma forma que el ambivalente proyecto sobre la economía española sirve objetivamente para franquear barreras —más concretamente: para superar la crisis económica (125)—, una cierta falta de claridad, por no hablar de confusión, en la atribución de competencias no puede sino suscitar los esfuerzos de los profesionales del orden. Sin excepción, es el orden jurídico —su modernización estratégica— el que se aprovecha. En virtud de una tal complicación conceptual, va a ser de nuevo aceptado hasta por sus víctimas, porque éstas, desprovistas del capital cultural necesario carecen especialmente de puntos de orientación en un momento de terrible complejidad social, complejidad que es favorecida además por un derecho cada vez más sublime. Más pronto o más tarde acompañado, incluso en España, por el abandono de las formas contractuales, fenómeno conocido en Estados Unidos desde los años sesenta, esta regionalización «abierta» —oficialmente concebida como la formación de grandes espacios económicos (126)— va de la mano de la dinamización de la economía, a la que ayuda esa política económica ambigua de la Constitución de 1978. Una comparación así se justifica por el hecho de que, en general, la competencia de los planificadores de un orden está en función de la flexibilidad de sus modelos, y la legitimidad de éstos viene a su vez dada por su capacidad para dar una respuesta adecuada a las nuevas exigencias, caracterizadas en este caso por un dinamismo nunca visto. El mismo Tribunal Constitucional ha sido quien ha confirmado últimamente esta interpretación que proponemos. Nos estamos refiriendo a la ya citada sentencia sobre la regulación del proceso de descentralización. Para el alto tribunal, no hay ninguna duda: en un sistema democrático, el rigor del orden jurídico debe necesariamente dar prioridad al juego de las fuerzas político-sociales, siendo así por lo que toda intervención estatal destinada a limitar este juego imprevisible exige al menos la autorización explícita de la Constitución (127).

Tal y como hemos ya observado en diferentes lugares, aunque fuera de formas distintas, el que la regionalización conlleve una cierta inestabilidad conceptual y temporal no significa tampoco en este caso que

(124) Ver la discusión del artículo 143.3 de la Constitución, contenida en ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 166-168.

(125) Cfr. GARCÍA COTARELO, *Régimen económico-social* (N. 71), págs. 77-81.

(126) FRAGA IRIBARNE ante el Congreso, el 19 de julio de 1978, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), II, pág. 2412.

(127) Cfr. la Sentencia de 5 de agosto de 1983.

la univocidad del discurso jurídico quede en el aire por razón de una modernización efectuada a cualquier precio. El arte de la reorganización territorial es un arte del equilibrio. Se refleja en la fraseología reformista de la «compatible autonomía» y de las «bases flexibles de autonomía bien integrada», por no citar más que a Fraga Iribarne (128). Este equilibrio ni se identifica con una relación justa cualquiera ni es sinónimo de un equilibrio estable. La física nos permite distinguir que se trata más bien de un equilibrio inestable, de un sistema donde los cuerpos, desalojados de sus posiciones, se equilibran en posiciones distintas; de un equilibrio, pues, dinámico, donde la ejecución de los procesos enfrentados deja inalterado al sistema, siempre y cuando la velocidad no varíe en exceso. De aquí que la orquestación en forma de regionalización de los diferentes terrenos de juego consista esencialmente en estimular el cambio sin exponerse al caos. Nada más significativo al respecto que el rechazo del separatismo o de una España federal, por ser dos formas que se asocian inmediatamente con las guerras civiles y con el desorden de la Primera República. Correr el riesgo de nuevas experiencias no quiere decir que haya que poner en peligro la indivisible unidad nacional (art. 2 de la Constitución). Y lo que es el Estado unitario: desde el punto de vista del reparto territorial de competencias en general, no es sino la «unitat de l'ordenament civil» o el «conjunt ordenament civil espanyol» de los más ardientes defensores del derecho catalán (129): ese límite último más allá del cual la política simbólica de reterritorialización no tiene ya derecho para actuar. Una segunda garantía conceptual viene dada por la obligada solidaridad entre las regiones que la Constitución impone. La cual está además reforzada por el derecho del Estado central a intervenir en el caso de que el desequilibrio económico entre las regiones se haga insostenible, es decir, peligroso (130). Lo mismo cabe decir de la instauración del derecho estatal como un derecho supletorio, en virtud del privilegio del Estado a la hora de determinar las fuentes del derecho o para llamar al orden constitucional a las Comunidades autónomas (131). Pero, por otro lado, como los «Estatutos» —leves fundamentales de las regiones autonómicas— no constituyen sino explicitaciones específicas de la Constitución de 1978, la conceptualización del control de la regionalización es correlativa a la textura misma del concepto de regionalización, a la vista de conceptos tan abiertos como el de la solidaridad interregional o el del equilibrio económico. Sin excepciones, la orquestación territorial, ella misma estructurada objetivamente en función de los enfrentamientos que tienen lugar dentro del específico campo de fuerzas afectado, se estructura a su vez como una concertación diferencial, importando muy poco si a primera vista se piense todavía en ponerla en relación con el centralismo de antaño: la creciente diferenciación social impide actuar de otro modo.

(128) FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), págs. 41-42, 44.

(129) ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 148-149.

(130) Cfr. los artículos 2, 131.1 y 138.2 de la Constitución.

(131) Cfr. el artículo 149.1-8.º y 3, así como el artículo 155 de la Constitución.

Finalmente, la reterritorialización del derecho privado obedece a la misma lógica. Conviene observar en primer lugar que, al menos a partir de 1978, el antiguo modelo jerárquico desaparece para dejar paso a una estructura organizada de otra manera. Ahora los *Derechos forales* ya no gravitan más alrededor del derecho subsidiario del *Código civil*. Hagamos mención a tres de los signos característicos de este nuevo modelo de la no-subordinación, para explicarlos a continuación en su conjunto. En primer lugar, mientras que las Constituciones del siglo XIX insisten en la unificación del ordenamiento jurídico civil español, la Constitución de 1978 renuncia explícitamente a semejante objetivo, según al menos la opinión doctrinal dominante (132). En segundo lugar, y al margen de que el artículo 149 de la Constitución aluda *expressis verbis* a las Comunidades autónomas dotadas de «derechos forales y especiales», no hay duda de que el concepto de derecho «foral» como principio de organización en el siglo de la codificación unitaria ha sido reemplazado por el concepto de los derechos civiles que emanan de las Comunidades autónomas y del Estado español (133). Pues, en tercer lugar, la Constitución de 1978, inversión simbólica objetivada, simboliza la idea abstracta de la igualdad de unos agentes históricos en realidad desiguales, a través de un sistema de derecho civil de naturaleza no-concéntrica, no-jerárquica, igualitarista. Así pues, fin de la aplicación directa o subsidiaria del Código civil en las zonas de derecho «foral» y comienzo de una orientación a través de un sistema normativo de carácter concurrencial. El cual viene determinado por la Constitución en virtud de dos criterios interdependientes que dan vida a la estructura conceptual del nuevo derecho civil en vías de transformación. Nos estamos refiriendo a una combinatoria de factores competenciales y territoriales: sintomático arreglo del derecho civil estatal y también del derecho privado regional, pese a las reticencias de las Comunidades autónomas, pues solamente algunas, como Cataluña, lo han asumido hasta ahora (134).

Por estas razones, y dado que todas las prácticas no dejan de seguir una lógica económica, incluso aquellas pretendidamente culturales —en este caso, exclusivamente jurídicas—, estamos impelidos a plantear la siguiente hipótesis: desde el punto de vista económico, las interven-

(132) Para la perspectiva del siglo XIX español, ver Johannes-Michael SCHOLZ, *Spanische Privatrechtsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, en Helmut COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, 1, München, 1982, sobre todo págs. 475 ss., 486 ss.; Rodrigo BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *Las competencias de las Comunidades autónomas en materia de Derecho civil*, en Herri Arduralaritzaren Euskal Erakuneda/Instituto Vasco de Administración Pública (ed.), *Primer Congreso de Derecho Vasco. La actualización del Derecho civil*, Oñati, 1983, págs. 73 ss. (4.2).

(133) Ver en especial el art. 5 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 que autoriza al gobierno español para redactar un Código civil, en *Gaceta de Madrid* del 22 de mayo de 1888.

(134) Cfr. ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 160; en cuanto a Cataluña, cfr. *Compilaciones forales y leyes civiles de las comunidades autónomas*, I. *Legislación general. Cataluña* (eds.: Joan EGEA FERNÁNDEZ/Encarna ROCA TRÍAS), Madrid, 1983, prólogo (pág. 18).

ciones en favor de la competencia de los mantenedores del orden legítimo de una España a la altura de su época resultan ser también inversiones bien colocadas. Si todas las prácticas tienden a maximizar el capital invertido, razón por la cual el inversor no deja al azar detalle alguno, con más razón los organizadores profesionales del orden social tienen que estar interesados en la elección de los instrumentos más adecuados y el modo de proceder más ventajoso a la hora de reconquistar su monopolio mediante la reorganización de la legitimación de un orden que se impone de modo convencional o arbitrario. A lo largo de este análisis ya nos hemos referido a estas opciones modalizadas económicamente, especialmente a la elección más propicia del punto de partida. Evoquemos simplemente el final de la primera parte de nuestro análisis, donde se pone en relación la cada vez más creciente complejidad social con el ocaso de la organización concéntrica del derecho civil, fenómeno del que la Compilación de derecho civil de Navarra proporcionaba una significativa pista, por el hecho de que pronto fue continuada por unos insólitos esfuerzos en favor de un derecho civil español no-concéntrico. De momento, baste recordar que estas reformas, que son negaciones constructivas que desembocan en la territorialización constitucional del orden jurídico civil, se inscriben de un modo muy racional, en tanto que económico, precisamente en una cultura jurídica que en sí misma procede desde el siglo XIX según un reducido número de principios y en virtud de una combinatoria discursiva extremadamente sencilla, pero orientada en sentido contrario. Condicionada por la economía de los modos de dominación y por la estructura histórica dada, la sabiduría práctica logra sustituir un estadio jerárquico ya superado por un estadio de intercomunicación jurídica de carácter no jerárquico. De este modo, las reinversiones simbólicas podían aprovecharse hasta cierto punto de las inversiones efectuadas, teniendo en cuenta que la competencia profesional reasumida y la legitimidad social reconquistada se basan en una sencilla maniobra de inversión que sin embargo pone, exceptuada esta misma inversión, a todo el canon heredado de figuras jurídicas plenamente al servicio de un nuevo orden jurídico civil de naturaleza diversificada.

La insistencia en la reorganización discursiva del derecho civil participa especialmente de esta misma razón jurídica de origen económico. A este respecto, señalemos el lugar que juega el derecho privado en la economía de la reorganización social a partir del Antiguo Régimen. Abstracción hecha de una conceptualización del derecho privado como centro de todo orden jurídico, sistematizada principalmente por la doctrina alemana (G. Hugo, Savigny), hagamos referencia una vez más, para el caso de la España del siglo XIX, a Durán y Bas. Para él, como parte de que toda transformación social se refleja en la legislación civil, cualquier cambio conceptual en materia de derecho civil suscita mutaciones sociales (135). Parece que la Constitución de 1978

(135) Manuel DURÁN Y BAS, *El Derecho en las legislaciones civiles del siglo XIX*. Discurso inaugural leído en la sesión pública (de la Academia de Jurisprudencia y Legislación), celebrada el 26 de diciembre de 1869, en DURÁN Y BAS,

no ha podido escapar a semejante reduccionismo, lo que resulta, por otro lado, poco sorprendente si tenemos en cuenta que la ciencia jurídica española de los años setenta estuvo obsesionada por la idea de una relación directa entre el derecho civil, la unidad del ordenamiento jurídico y una organización social estable (136). Incluso hoy en día los comentadores del artículo 149 de la Constitución no dejan de subrayar hasta qué punto estamos obligados a ampliar el concepto de legislación civil allí definido. Para acrecentar el capital simbólico invertido, no deja de insistirse en el hecho de que no sólo las prescripciones del Código civil sino también cualquier tipo de reglamentación jurídica participan de las relaciones humanas, dado que las reglas implicadas se basan en la igualdad formal de aquellos que toman parte activa en la reproducción social (137).

Esta consideración de los principios generadores permite sopesar también ese recurso a la distribución de competencias legislativas, tal y como se expresa, para el derecho civil especialmente, en el artículo 149 tantas veces citado. Frente al paradigma de la ley de los últimos dos siglos, cualquier reorganización económica de la formación discursiva establecida se ve obligada en el caso español a disponer el nuevo sistema de derechos civiles territorializados en virtud de una redistribución de las *potestates normandi*. Salvo que se quiera poner en peligro la concepción maestra del discurso jurídico moderno, la reterritorialización del orden jurídico civil debe conducir inevitablemente a la distribución diferencial de los poderes legislativos. Sólo esta operación, que consiste en el reparto de las competencias para legislar sobre los derechos civiles territorialmente distintos, puede superar las contradicciones de la segunda mitad del siglo pasado —cuando el reconocimiento de los *derechos forales* obstaculizaba la autoridad del Estado central para definir de forma plena el derecho positivo en vigor (138)—, problema casi insoluble, como veremos a continuación.

Semejantes experiencias históricas obligan a mencionar de nuevo a los derechos tradicionales de España. Así, la invocación de los derechos llamados «forales» y su conservación en el marco del artículo 149 ya citado. Desde un punto de vista económico, ni la misma modernización del ordenamiento jurídico en el seno de un país a la busca del tiempo perdido puede prescindir de un plumazo del antiguo orden, tan divergente territorialmente como el nuevo sistema. Desde

El Derecho en el siglo XIX, Barcelona, 1875, págs. 47 ss. (54, 83); DURÁN Y BAS, *La Codificación*, en *Escritos de Manuel Durán y Bas...*, con una introducción de... Luciano RIBERA, I: *Estudios jurídicos*, Barcelona, 1888, págs. 271-346 (271: «La organización social de un pueblo se encuentra reflejada en las leyes civiles, o lo que es lo mismo en el derecho privado...»).

(136) Cfr., por ejemplo, PASCUAL QUINTANA, *Encrucijada* (N. 6), págs. 446-447, 451; Enrique RUIZ VADILLO, *La Constitución española y el Derecho civil*, en *Revista de Derecho privado*, 63 (1979), 233 ss. (235-236).

(137) Cfr. ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 141-142; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *Competencias* (N. 132), 1.

(138) Cfr. Bartolomé CLAVERO, *Historia jurídica y código político: los Derechos forales y la Constitución*, en CLAVERO, *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, págs. 27-29.

un punto de vista estratégico, no había mucha elección en un momento de renacimiento de las culturas regionales. Sin volver a conectar los derechos privados de la Constitución con los despojos que proceden del fondo de la Historia, el proyecto de elaborar un proyecto civil progresista estaba de antemano condenado al fracaso. En aras de la homogeneidad del futuro discurso jurídico o, con más precisión, en virtud de una verdadera racionalización económica de la competencia de los monopolistas del futuro orden jurídico legítimo, el orden jurídico civil existente no debía correr con el coste de la actualización. De modo comparable al legislador de fines del siglo XIX, enormemente interesado en conservar las buenas relaciones con el *ius commune*, aunque no fuera más que para evitar las lagunas del propio sistema jurídico (139), la orquestación diferencial de 1978 se muestra muy preocupada por la protección de los «derechos históricos de los territorios forales» (140). Como veremos más tarde, la continuidad, entendida como experiencia vivida, constituye uno de los mejores garantes de la identidad social y, por tanto, de la legitimidad de las relaciones sociales en vías de estabilización, gracias a un nuevo orden jurídico civil económicamente concebido, precisamente porque respeta los ordenamientos jurídicos históricos.

Encontramos la misma racionalidad económica en lo que hace referencia al ritmo de la reterritorialización del derecho privado concéntrico. A este respecto, no queremos acudir de inmediato a la Constitución de 1931. A pesar de que sus artículos 15 y 16 se corresponden casi palabra por palabra con la revaloración del derecho regional del artículo 149 de la Constitución de 1978, apenas hay que considerarlos como su precedente más inmediato, tal y como lo dejan caer ahora algunos juristas demócratas (141), interesados en volver a enlazar, cueste lo que cueste, con las tradiciones republicanas para distanciarse tanto más señaladamente del régimen franquista. Una legitimación semejante del nuevo orden debe ser apuntada, pero no especialmente destacada. En revancha, parece necesario derribar el mito de la originalidad de la Constitución para poder comprender hasta qué punto la territorialización del orden jurídico civil va unida a la crisis provocada por el *take off* de los años sesenta, y cómo la reorganización territorial del derecho privado se lleva lentamente adelante, al ritmo de una crisis general que es al mismo tiempo una crisis del campo jurídico, de su producción y de sus productores. Cuanto más nos aferramos a la ilusión de la ruptura, menos lograremos calibrar el hecho de que esta territorialización

(139) Cfr. «Proyecto de ley facultando al gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las condiciones y bases que en dicho proyecto se establecen, presentado al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia Sr. D. Francisco Silvela», de 7 de enero de 1885, en *Diario de Sesiones, Senado, Madrid, 1885*, «Apéndice» a la Sesión de 12 de enero de 1885 (núm. 54), págs. 3-4.

(140) Cfr. Disposición adicional primera de la Constitución.

(141) Ver, por ejemplo, CASTRO SOMOZA, *Las leyes de las Comunidades autónomas en las Constituciones españolas de 1931 y 1978* (N. 132), pág. 491; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Los derechos civiles forales en la Constitución*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), 643-667. (645-647).

no sólo es en buena parte un asunto de antes de 1978 —del franquismo agonizante, por tanto— sino, sobre todo, el buen resultado de un proceso lento y de una duración superior a la que se sugiere en los trabajos preparatorios de la Constitución de 1978. Los especialistas del derecho civil lo saben desde hace tiempo (142), a pesar que sus métodos ahistóricos tropiezan con el hecho de que la nueva Constitución es contraria a pensar la continuidad histórica: el abandono explícito del orden concéntrico en materia de derecho privado data del año 1974, exactamente de la reformulación del Título Preliminar del Código civil español y sobre todo del nuevo artículo 13. Se corresponde con aquellos preceptos que determinan «el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles *coexistentes* (J.-M. S.) en el territorio nacional» y además renuncia implícitamente al objetivo del antiguo artículo 12 del Código civil, es decir, a cualquier unificación del derecho privado en detrimento del *Derecho foral*. Lo que importa destacar aquí es que no se trata ni mucho menos de «una pura reforma *elegantias iuris*», como la califica Díez-Picazo (143), sino de una reacción contra la disgregación social y la simultánea constitución de nuevos terrenos políticos, entonces difícilmente discernibles para los monopolistas del campo jurídico puestos en entredicho. En contra de lo que cabría pensar, la aplicación de fuerzas extraordinarias a una cuestión tan teórica es, de hecho, una práctica extremadamente práctica. Reorquestar el corpus de normas en su conjunto, en una época de transformaciones sociales desordenadas, da fe, incluso más que de una gran astucia práctica de naturaleza política, del hecho de que la concertación diferencial de 1974 se apoya en largas discusiones que se remontan a los años 1962 y 1966. Tratándose como se trata de un primer paso, de una tentativa probablemente precipitada, no resulta sorprendente que fracase el proyecto gubernamental que en aquel momento intentaba modificar la relación de los *Derechos forales* con un *Código civil* predominante. Por contra, es el Tribunal Supremo quien abre una brecha en este sentido. Abandona de una manera relativamente discreta una jurisprudencia reiterada colocando al Código civil, al *Derecho común*, en el mismo plano que el derecho catalán, a la sazón compilado desde 1960 (145). Los comentarios favorables de los juristas catalanistas no se hacen naturalmente esperar, sobre todo porque la sentencia del alto tribunal se fundaba esencialmente en los argumentos de Francesc F. Villavicencio i Arévalo, uno de los directores de la cátedra

(142) Cfr. Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH, *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades autónomas*, en Dirección General de lo Contencioso del Estado (ed.), *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, II, Madrid, 1979, págs. 749-750.

(143) Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema* (N. 39), I, pág. 86.

(144) Cfr. José María CASTÁN VÁZQUEZ, *La génesis de la reforma del Título preliminar del Código civil*, en *Revista de Derecho privado*, 1976, págs. 3 ss. (14 ss.); Enrique LALAGUNA, *Artículo 13*, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, I, Madrid, 1978, págs. 459 ss.

(145) Cfr. los extractos de la STS de 28 de junio de 1968, comentados por Luis PUIG FERRIOL en *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*, VI: Año 1968, Barcelona 1970, págs. 119-149 (120-122, 124-125, 134-141).

«Duran i Bas» de la Facultad de Derecho de Barcelona. Teniendo en cuenta que el mismo Villavicencio logra además que se acepte por el segundo congreso jurídico catalán de 1971, su concepto de una España políticamente unitaria pero jurídicamente «plurilegislatiu», sin conocer pues ni subordinación ni dependencia directa, su victoria ante el Tribunal Supremo de Justicia marca una etapa en el camino hacia el definitivo abandono de un Código civil centralista y dominante sobre los otros derechos regionales (146). Se trata ciertamente de uno de los signos más elocuentes de la territorialización del orden jurídico civil: un cambio de semejante envergadura no podía resolverse mediante una mutación repentina. Lo que equivale a decir, para concluir, que sabiamente se conseguía dosificar a lo largo de los quince años anteriores a 1978 las inversiones y las innovaciones resultantes. Sometidos a las reglas de la racionalidad económica de toda práctica simbólica que se apresta a afrontar las exigencias sociales, es decir, a restablecer en provecho de los dominadores las relaciones de dominación, no había necesidad de disponer de un proyecto previo que determinase el ritmo de los procedimientos requeridos, de la misma forma que no se dependía, a fin de cuentas, de una decisión del legislador. Justamente al contrario, la reorganización territorial del discurso jurídico responde a unas reinversiones bien ajustadas, según una estrategia objetiva que sabe aprovechar tanto el momento apropiado como el lugar oportuno para hacer progresar aquello que únicamente más tarde será reconocido como inevitable.

Pero como no resulta posible analizar históricamente las ubicaciones estratégicas de la territorialización del derecho civil sin tomar en consideración su dependencia de la racionalidad económica de las prácticas de dominación, no se puede tampoco uno dar cuenta del alcance histórico de un modelo elaborado de este modo, de su impacto sobre la reorganización del orden social español objetivamente exigido, sin constatar con todo detalle su carácter estratégico, flexible y dinámico (en una palabra: no-concéntrico). El primer indicio de este tipo de flexibilidad nos lo proporciona la distribución competencial misma, de la cual participa íntegramente el reparto de las competencias en materia de derecho privado, pues a fin de cuentas se trata de una competencia que queda indefinida, si tenemos en cuenta que las de las Comunidades autónomas no vienen limitadas en materia de derecho civil sino por las competencias explícitamente otorgadas al Estado (147). No nos corresponde a nosotros lamentar esta ausencia de precisión calificándola de «técnica varia y confusa», ni mucho menos intentar encontrar unas redefiniciones a la manera de Sánchez Agesta (148). Cuando él habla de «competencias compartidas» no hace sino intentar vanamente captar el proceso puesto en funcionamiento. Siendo la especial representación

(146) Cfr. Francesc VILLAVICENCIO I AREVALO, *Títol preliminar de la Compilació de Dret civil català*, en *Llibre del II Congrés jurídic català*, 1971, Barcelona, 1972, págs. 67-77; *Conclusions del II Congrés jurídic català*, ibídem, páginas 803.

(147) Arts. 149.1-8.º y sobre todo 149.3 de la Constitución.

(148) SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 372, 380-384.

de una nueva racionalidad jurídica de carácter diferencial, esta imprecisión aparente tampoco se deja teorizar desde las doctrinas francesa, italiana y alemana sobre las leyes-marco, lo que se explica por el hecho, desconocido para Sánchez Agesta, de que procede, al menos en parte, de una época comparativamente prerracional. Lo que cuenta para nosotros es que incluso una racionalización posterior de este tipo no puede evitar reconocer que el reparto de competencias obliga siempre al compromiso y nunca a la previa imposición, y que las Comunidades autónomas están autorizadas para reivindicar, cuando llegue el momento, todas aquellas materias que no están previamente fijadas en la Constitución, y a pesar de que en su día constituyan un problema social de primera necesidad. Sin conocer la subordinación ni la intersección, tal y como dice Encarna Roca sirviéndose de la teoría de conjuntos (149), este sistema abierto autoriza a las Comunidades autónomas a estatuir que ellas son las dueñas de la conservación, la modificación y el desarrollo de su propio derecho civil. Además de Cataluña, Aragón, Galicia y la Comunidad valenciana han hecho uso de esta autorización del artículo 149. A medida en que han asumido su cometido constitucional, estas regiones han empezado a fundar, en el doble sentido de la palabra, un orden jurídico civil en base a la utopía democrática de la sociedad abierta. En este conjunto territorial de subconjuntos territoriales, la dinámica de uno no coincide forzosamente con la de otro, a menos que ambos se hagan la competencia. Ausente un objetivo común detallado en extremo y dado que el nuevo modelo propugna que la experiencia acumulada por el Estado o por una de las regiones pueda servir a otra sin perjuicio de sus propias iniciativas, el derecho civil postconstitucional tiende, en resumidas cuentas y en relación con la sociedad española en vías de modernización, hacia un modelo de orden sistémico que proceda a la integración social en la medida en que logre hacer creer que ningún otro modelo —especialmente un sistema concéntrico— está en condiciones de coordinar mejor las actividades y, por consiguiente, los conflictos sociales más divergentes. Este medio de intercomunicación se distinguirá del antiguo orden concéntrico a medida que las Comunidades autónomas se pongan a organizar las relaciones sociales en detalle, reformándolas para conseguir legitimarlas al mismo tiempo. De este modo, la dinamización exigida se concretará de una manera específica, en virtud de una pluralidad de derechos privados españoles en «cambio permanente». El modelo en su conjunto, esta multiplicidad de esquemas discursivos, se impondrá tanto más fácilmente cuanto que viene asegurado a la vez por una Constitución abierta y por un Tribunal constitucional que asume el mando estratégico.

La misma autorización para desarrollar el derecho propio constituye la *sedes materiae* de la diferenciación constitucional del derecho civil español. No resulta entonces sorprendente que la discusión actual gire en torno a ese párrafo del artículo 149, consolidado además por el anuncio de la actualización de los «derechos históricos de los territorios forales» (Disposición adicional primera de la Constitución). Para

(149) ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 129, 160.

demostrar cómo el modelo postconstitucional se esfuerza por conseguir un sistema contrastado de derechos que responda a la previa diferenciación territorial, basta con traer a colación la controversia sobre la autorización de las Comunidades autónomas para ir más allá de las Compilaciones de Derecho foral tal y como fueron formuladas entre 1959 (País Vasco) y 1973 (Navarra). Mientras que Delgado Echeverría se refiere rápidamente al «Derecho foral posible» y Roca defiende con él la dinamización *in extremis*, Elizalde y Aymerich no teme sino el caos y Lasarte se apoya en la Constitución para oponerse a las reformas regionales que vayan más allá de las materias clásicas del Derecho foral, como el derecho de familia y la reglamentación de las sucesiones (150). En el fondo, lo que se está discutiendo es el derecho patrimonial, la forma de la propiedad, del contrato, de las sociedades, etcétera. En una palabra: la zona central de aquello que se ha venido en llamar el derecho burgués. Al referirse a las condiciones socio-económicas como principio generador de estos conceptos clave, esta última perspectiva, centralista y por tanto tradicional pese a todo progresismo verbal, va en contra de la verdadera adaptación histórica constitucionalmente garantizada, teniendo en cuenta que la división del trabajo exige antes que nada la revisión de la estructura jurídica del orden actual, y en especial la del derecho privado, desde el momento en que la sociedad española se encuentra en plena transformación, suscitada por el *take off* económico posterior a 1960. Por oposición a este punto de vista ahistórico, los protagonistas del nuevo orden, los Delgado Echeverría, Roca o Puig i Salellas, aconsejan no detenerse ante estos dominios teóricamente tabúes. En su opinión, un derecho catalán potencial, por ejemplo, puede comprender tanto aquellas materias que con carácter general se consideran integrantes del derecho catalán como aquellas otras —como el derecho de obligaciones— sobre las que recae la competencia general del Estado central y respecto a las cuales el derecho civil *foral* disponía de instituciones particulares. Todo aquello que tiene que ser regulado en el plano regional tendría que serlo allí y no en otra parte, especialmente en aquellos grandes temas del futuro, como el urbanismo (151).

Por lo demás, y mientras el Tribunal Constitucional no lo limite, por temor a poner en peligro la univocidad del discurso jurídico en derecho privado, este programa regionalista que tan firmemente cree en el progreso social descansa también sobre otros elementos conceptuales. En su conjunto, presentan objetivamente a la territorialización constitucional del orden jurídico de derecho civil como una práctica simbólica destinada a acomodar paulatinamente el derecho en vigor —sea regional (derecho foral o especial) o suprarregional (Código ci-

(150) DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), págs. 655 ss.; ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 140 ss. (149); ELIZALDE Y AYMERICH, *Prelación* (N. 142), págs. 755-756; LASARTE, *Autonomías* (N. 3), págs. 104-106, 154-156.

(151) Sobre la posición de Delgado Echeverría, Puig i Salellas y Roca, cfr. ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 137-139; por lo que se refiere al derecho de obligaciones, ver DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), páginas 660-661.

vil)— a las circunstancias y a los valores reconocidos por la generalidad y, por tanto, a unos antagonismos sociales que tienen que ser ordenados de forma legítima o, lo que es lo mismo, adecuadamente. Antes que nada estamos pensando en los titubeos sobre las propias competencias. Aun cuando esta competencia de las Comunidades autónomas sólo viene limitada por la existencia —¿histórica o actual? (152)— de un derecho civil particular, se está dando pie para usurparla de una manera o de otra. El caso de Valencia no es sino el primer ejemplo, si tenemos en cuenta que esta región se atribuye la competencia de reprimar su derecho inexistente desde 1707, desde la abolición por tanto de los *Fueros valencianos* por Felipe V (153). Más aún, a pesar de que la Constitución, por temor a perjudicar al poder constituyente, no otorga a todas las Comunidades autónomas la facultad de legislar en materia civil, al contrario de la primera versión de la nueva Constitución española (154), no termina de dejarnos perplejos el hecho de que de ahora en adelante tendrá que ser el ingenio de los historiadores-juristas el que decida en buena parte sobre cuáles van a ser las regiones autorizadas para desarrollar su derecho histórico. La misma ambivalencia encontramos en relación con el término «desarrollo». Entendido como corresponde, no deja de tratarse de un lugar común, apto para hacerse cargo de cualquier problema de la modernización en marcha. No es pues sino la estrategia político-jurídica de los mantenedores profesionales del orden, la reflexión estratégica de los parlamentarios, de los jueces de los tribunales superiores, de los cuerpos de abogados y de universitarios la que definirá hasta qué punto será preciso transformar el orden jurídico según las exigencias del presente, particularmente por relación a la producción eficiente, a la circulación funcional y la distribución duradera de los capitales económicos, sociales y culturales. Llegado el momento, podemos asistir a todo tipo de procedimientos (leyes especiales, recompilaciones de normas compiladas no hace mucho, etc.), más aún cuando ni la forma ni el momento de tales cambios han sido fijados constitucionalmente. Lo mismo cabe decir, finalmente, de la apelación a la historia. Como hemos indicado ya, la movilización a toda costa de la experiencia histórica a través de esa autorización para modificar el derecho regional que se haya mantenido en el tiempo, significa sacar partido de las nuevas experiencias de la tradición jurídica, y enriquecer la racionalización de unas relaciones sociales actuales a duras penas determinables según el saber práctico de los juristas anteriores, los cuales a su vez resultan también enteramente indeterminables. Constituyen la mejor prueba los últimos es-

(152) Sobre las posibles interpretaciones, ver DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), págs. 653-654.

(153) Cfr. el art. 149.1-8.º (v.º allí donde existan) de la Constitución; artículo 31.2 del Estatuto de Valencia; en relación con la abolición del Derecho valenciano, cfr. las indicaciones contenidas en Antonio PÉREZ MARTÍN/Johannes-Michael SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, págs. 255 ss.

(154) DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), págs. 647-648; LASARTE, *Autonomías* (N. 3), págs. 102-103.

fuerzos para reinventar la historia —de las instituciones del derecho catalán, por ejemplo— o por reeditar las *Constitutions y altres drets de Catalunya*, las *Siete Partidas* u otros clásicos. El llamamiento para iniciar la búsqueda del tesoro, de los datos, los modelos y los contra-modelos, fue, sin duda, perfectamente entendido. ¡Menudo provecho a la hora de legitimar un nuevo orden flexible si éste está oficialmente autorizado para presentarse como intemporal, como inscrito en la Historia, aunque se encuentre en camino de escribir otro capítulo más de la Historia no-lineal! Lo que explica la paradoja: cuanto más generalizada esté la apelación a la historia, menos vinculado estará el nuevo derecho regional de naturaleza estratégica a la suya propia. Se separará de ella para que la sociedad moderna, la «sociedad democrática avanzada», pueda constituirse. El primer comentario de la «Compilación reformada del derecho civil catalán (Llei 13/1984 de 20 de marzo) nos proporciona ya un ejemplo elocuente. Según Pablo Salvador, el derecho histórico, la argumentación histórica, debe ceder su puesto al derecho actual en la medida en que el «sistema jurídico contemporáneo» exige una interpretación del «derecho histórico ... desde el punto de vista del derecho actual». Para Salvador, no hay duda de que «el criterio histórico verá progresivamente limitada su función a medida de que el Parlament de Catalunya legisle sobre materias civiles o proceda a integrar en el ordenamiento catalán normas civiles de procedencia estatal» (155). La era postconstitucional tenderá a difuminar los *Derechos forales* en favor de la pluralidad de derechos civiles regionales y estatales. El futuro no conocerá ni el *Derecho foral* ni el *Derecho común*, porque tanto el uno como el otro serán colocados en el mismo plano, en virtud de su sometimiento a una Constitución que ya no dispone una organización concéntrica de los derechos históricos españoles. Tal exigencia provoca que, desde el punto de vista de la racionalización estratégica, automáticamente pierda vitalidad cualquier apelación a la «tradición jurídica catalana» (156), por no citar más que un ejemplo. De modo análogo a la teoría del derecho más sofisticada, que en este momento preconiza en Alemania la «reconstrucción racional» de la metodología jurídica tradicional, esta razón instrumental impide la constitución de una verdadera historia crítica del derecho, en provecho por supuesto de la protección y explotación de un capital jurídico-cultural inagotable, al servicio en última instancia del orden social legítimo de nuestros días (157).

Las regiones ya se han puesto a trabajar. Sobre el horizonte, el

(155) Ver el preámbulo del Estatuto de autonomía de Cataluña; Pablo SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña, Comentarios al nuevo artículo 1.º de la Compilación catalana*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 83 (1984), 793-859 (813, 855, 856, 858-859).

(156) Art. 1.2 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960.

(157) Ver el resumen de Hans-Joachim KOCH, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt/M. 1977, págs. 15 ss. (17-20); para una visión más matizada, ver Maximilian HERBERGER, *Rechtswissenschaftsgeschichte - eine neue Disziplin?*, en *Rechtshistorisches Journal*, 3 (1984), 150-168 (162); Cfr. también mi crítica: SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), I y II.

nuevo derecho civil perfila sus contornos, si bien todavía se anda con cuidado para mantener lo que se ha adquirido, dado que, por lo general, las técnicas aplicadas no van más allá de unos objetivos que han sido únicamente reformulados. Llevados por un afán de renovación, se exalta, por ejemplo, el futuro derecho catalán siguiendo la tradición del antiguo. No hay que olvidar, sin embargo, que estas inversiones retóricas colocan los primeros jalones de las «*noves normes adequadas*», destinadas a reorganizar la conducta individual en el seno de la familia catalana, así como el patrimonio familiar, de tal modo que contribuyan a «*configurar l'estructura de la Collectivitat*», teniendo como regla las «*necessitats noves*», en opinión de un notario catalán (158). A este fin, conviene hacer mención de la iniciativa del parlamento catalán del mes de abril de 1981. Alentado por una sentencia del Tribunal Constitucional que dispone que sea el legislador regional quien adapte el derecho particular a la Constitución (159), retoma las proposiciones de los diferentes grupos parlamentarios y nombra una comisión especial con el objetivo de modificar de modo sistemático y global la *Compilació del dret civil especial de Catalunya* de 1960. Finalmente, el nuevo derecho civil catalán, la «*Compilación reformada*» de la ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, emana en forma de un «Derecho autonómico» que responde a los esfuerzos comunes del parlamento regional, la Generalitat, la Acadèmia de jurisprudència de Catalunya, la Audiencia Territorial de la misma región, las Facultades de Derecho de Barcelona y los colegios de abogados y de notarios catalanes. Sobre todo se trataba de constatar de esta forma hasta qué punto las normas de la *Compilación catalana* de 1960 son todavía compatibles con la Constitución de 1978, para después preparar la acomodación definitiva de la antigua *Compilación* a la nueva situación (160). Sin embargo, al margen de esta iniciativa y de una ley catalana de 3 de marzo de 1982 sobre fundaciones privadas, materia económicamente de primer orden y jurídicamente de gran importancia, y vista la insuficiencia de la reglamentación obsoleta del siglo XIX español y los atractivos modelos de los Estados Unidos (161), parece que, hasta hoy en día, ni Cataluña, laboratorio-tipo de la modernización a la escala de España, se encuentra objetivamente en condiciones de aprovechar al máximo las po-

(158) Josep CASAMITJANA I COSTA, *El Dret civil català: ara i vers el futur*, en *Revista jurídica de Catalunya*, 81 (1982), 803 ss. (816).

(159) Sobre la inconstitucionalidad del art. 252.2-3.º de la *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* de 1960, ver la STC de 1 de junio de 1981.

(160) Encarna ROCA I TRIAS, *La reforma de la Compilación catalana*, en Herri-Ardulararitzaren Euskal Erakunenda/Instituto Vasco de Administración Pública (ed.), *Primer Congreso de Derecho vasco. La actualización del Derecho civil*, Oñati, 1983; sobre la elaboración de la «*Compilación reformada*», pero sobre todo sobre su nuevo artículo primero, «*pedra angular de la configuració normativa del dret privat català*», cfr. SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña* (N. 155), passim.

(161) Sobre el texto, ver *Compilaciones forales y leyes civiles...*, 1. *Legislación general de Cataluña* (N. 134), págs. 317 ss.; cfr., además, JOSEP M. VILASECA I MARCET, *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, en *Revista jurídica de Catalunya*, 82 (1983), 7-35.

sibilidades ofrecidas por el artículo 149. Es esta incapacidad técnica la que obliga a reservar las modificaciones más urgentes, pero que son también las más difíciles, para una segunda fase de las reformas. Oficialmente, se teme que una reforma precipitada pueda responder tal vez a los intereses de una de las fracciones relevantes, pero no al consenso de todas las fracciones dominantes. El estilo indeciso, repetitivo y recargado del artículo 1 de la nueva Compilación de derecho catalán constituye la mejor prueba. Al margen de que reconceptualice el mismo artículo de la antigua Compilación de 1960, más o menos se limita —y volvemos a lo mismo— a confeccionar unas simples listas de normas catalanas que han de tenerse hoy por anticonstitucionales a la vista, por ejemplo, de la garantía formal de la igualdad entre los sexos. Lo que con frecuencia se echa de menos es una política jurídica que vaya más allá de los métodos jurídicos tradicionales que tienen como único objetivo la interpretación de los textos establecidos. Frente a una necesaria orquestación jurídica, la hermenéutica de antaño se revela insuficiente. Aunque no nos corresponda a nosotros dar consejos: a la hora de diseñar la nueva geografía del derecho civil sería preciso mantener discusiones estratégicas para la reconducción de la política estratégica tal y como viene objetivada por la Constitución y por su Tribunal. Esta nueva política tomaría en consideración tanto las posiciones reconquistadas como las relaciones de competencia entre los productores de legitimidad en el seno de las relaciones de fuerza en general, pero, en primer lugar, el examen sociológico del derecho en vigor así como un balance crítico de sus medios de producción. Hasta que los instrumentos de la modernización no se hayan modernizado, la actualización simbólica de las relaciones sociales desiguales debe limitarse al recuento de los fallos de un sistema jurídico formalmente igualitario, como la desigualdad jurídica entre los cónyuges catalanes en relación con la administración de ciertos bienes o la desigualdad entre hijos legítimos y naturales (162). El nuevo jurista del estilo de Encarna Roca, Pablo Salvador o Jesús Delgado Echeverría sigue siendo una excepción. Ha comprendido que actualmente no es suficiente el concentrarse en la aplicación correcta de las normas establecidas. De ahora en adelante la competencia profesional del jurista, su «monopolio del conocimiento de las leyes y del poder social consiguiente», se deriva más bien de su capacidad para «comprender las raíces del orden constituido», para «encararse críticamente con él» y para «formular propuestas eficaces para su transformación emancipadora». En este punto, su conclusión corre pareja con la nuestra: «Sólo así se justifica la existencia de los juristas como grupo profesional diferenciado» (163).

(162) Cfr. los artículos 55 y 59, así como 170, 174, 175, 177, 179 de la Compilación catalana, en la edición de EGEA/ROCA (N. 134).

(163) Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *La transformación del Derecho de familia y la formación del jurista*, en José Luis LACRUZ BERDEJO et alii, *El nuevo régimen de la familia*, I, Madrid, 1982, pág. 18; por lo que hace referencia a las reflexiones estratégicas de Salvador Coderch, especialmente a propósito de la técnica para la reorganización del Derecho catalán, ver Pablo SALVADOR CODERCH, *Interpretatio necessaria. Materiales para la construcción del Título Preliminar*, en

A pesar del desfase objetivo entre el proyecto constitucional por un lado y los medios para su realización, por otro, no cabe ninguna duda de que la territorialización constitucional del derecho civil realiza en suma una inversión de primer orden por comparación con cualquier género de capitales. Teniendo en cuenta que la sociedad española se encuentra lejos de la utopía constitucional, los juristas de los territorios de *Derecho foral* no estuvieron esta vez cegados por su patriotismo habitual cuando estimaron en 1981, con motivo de su reunión de Zaragoza, que la pluralidad de derechos privados constituía un «bien enriquecedor» (164). En efecto, esta diversidad de derechos civiles estatales y regionales permite pensar en el perfeccionamiento del derecho vigente. Pero también augura progresos económicos en virtud de unas mejoradas condiciones jurídicas, tanto más cuanto éstas están garantizadas por el nuevo Estado de derecho y sus instancias de armonización, desde el texto constitucional hasta la competencia estatal para determinar en materia de derecho civil las normas relativas a los conflictos entre los distintos ordenamientos jurídicos (165), pasando por el Tribunal Constitucional. En lo que hace referencia a la conceptualización, dado que el equilibrio establecido parece ser lo suficientemente flexible como para integrar las experiencias históricas divergentes sin obstaculizar aquellas innovaciones que responden a la concurrencia instituida, da la impresión de que es lo bastante estable como para garantizar de forma duradera los capitales jurídicos así acumulados, en beneficio de los capitales socio-económicos y de su reparto, a fin de cuentas desigual. Con la codición de que la diversificación social sea compensada con la periferización del derecho privado, la reterritorialización del derecho de los procesos económicos constituye a la postre un factor de modernización y de adaptación del orden económico-político. Desde el momento en que el análisis prospectivo de la política económica examina la crisis contemporánea de Occidente sin plantear exclusivamente la salida de la crisis económica en los términos tradicionales (preceptos keynesianos vs. principios liberales) o haciendo únicamente mención de las nuevas tecnologías, la visión de los economistas es de hecho conciliable con nuestras intenciones, a pesar de que nosotros nos detengamos en un caso específico, el de una España en crisis, y de que adoptemos de antemano una perspectiva histórico-jurídica, referida en este caso al fraccionamiento del derecho civil centralista. Desgraciadamente, y atrincherados en su visión de las cosas, descuidan con demasiada facilidad esta perspectiva cuando por encima de todo reivindican para salir de la crisis innovaciones socio-políticas, una respuesta adecuada en el plano político, un compromiso institucionaliza-

Materials de las II jornades de dret catalá (N. 89), págs. 37-134 (110-111, 112 ss.; discusión sobre las intenciones del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya); y SALVADOR CODERCH, *La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio*, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, I, Barcelona, 1982, páginas 147-173.

(164) Citado por ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 132, nota 18.

(165) Cfr. el art. 149.3 de la Constitución.

do. Sin embargo, las reorientaciones del campo jurídico español lo prueban: los padres de tales compromisos, que son organizativos, de su efectivo funcionamiento, desde hace mucho tiempo se han puesto ya manos a la obra para experimentar nuevas formas de regulación de unos fenómenos que en última instancia son económicos. Ya están domineando las rigideces institucionales bajo el influjo del cálculo de optimización, tal y como la nueva política económica lo exige todavía para una economía de mercado postindustrial (166).

Utilizándolos para su provecho, este sistema político experimentará de ahora en adelante unos nuevos modelos propuestos y elaborados no ya en el centro sino en la periferia, si se compara esta reorganización en ciernes con la organización concéntrica del derecho privado preconstitucional. Un derecho civil posible se aprovechará a la larga de la capacidad que toda instancia periférica tiene para aprender más rápido que cualquier instancia central y para adaptarse, por consiguiente, con más prontitud que ésta a los nuevos problemas. Observada más de cerca, la metáfora Centro-Periferia parece incluso demasiado pobre. O lo que es lo mismo, la territorialización del derecho de los particulares hace en realidad que el nuevo derecho privado se beneficie de las mismas reglas de competencia económica a las cuales obedece el mercado considerado, cuya legitimación última vendrá dada por el mismo derecho privado reterritorializado. Puesto de nuevo a competir, cada uno de esos órdenes jurídicos no subordinados, es decir, cada uno de los grupos de juristas situados en mutua competencia intentará hacerse valer proponiendo la mejor de las soluciones. Todo el sistema se encontrará así en una situación de cambio permanente. Sus protagonistas no dejarán de buscar el modelo más adecuado. Permanentemente descontentos con lo que tienen, andarán siempre en pos de los medios que les permitan imponerse sobre los demás. Y no sólo regiones tan dinámicas y desarrolladas como Cataluña pasarán por una fase en la que la evolución del derecho privado se encuentre a la orden del día. De la misma forma que otras regiones han seguido los pasos de la Cataluña autonómica por el camino de la descentralización, los monopolistas de los diferentes subespacios del derecho civil aguardarán una ocasión favorable para hacerlo mejor que sus competidores. Tenemos como ejemplo las observaciones críticas de Encarna Roca a propósito de la eventual inconstitucionalidad de algunas prohibiciones de adquirir o alienar contenidas en la Compilación catalana de 1960 (167). Una crítica de este tenor forzosamente obliga objetivamente a reaccionar en la medida de lo posible. Así los *foralistas* que siguen quejándose del último viraje del Tribunal Supremo o de la última intrusión de la legislación central —como en el caso de los retoques al derecho de familia en 1981 (168)— no mostrarán sino su incompreensión ante la flexibilidad,

(166) Para una visión de conjunto de esta nueva política económica, ver Robert BOYER/Jacques MISTRAL, *Le temps présent: la crise, I: D'une analyse historique à une vue prospective, II: Pesanteur et potentialité des années quatre-vingt*, en *Annales. Economies-sociétés-civilisations*, 38 (1983), 483-503 y 773-789.

(167) ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 154-155.

(168) CERDÁ GIMENO, *Baleares* (N. 123) pág. 798.

el dinamismo y la nueva racionalidad del derecho privado postconstitucional. Y, consecuentemente, los que han sabido comprender no se han quedado ahí. Más bien aprovechan cualquier reforma del código civil para incitar a sus compañeros de lucha a la búsqueda del tiempo perdido. Incitados por el hecho de que, por ejemplo, el derecho catalán no se encuentra ya en una situación de inferioridad, insisten en su revisión inmediata para que los catalanes puedan también estar en posesión de los instrumentos jurídicos correspondientes a su actividad, tal y como «*nostra societat actual*» lo exige (169).

Pero no olvidemos que las inversiones efectuadas para lograr un orden mejor contribuyen al mismo tiempo a fundamentar un orden también más fuerte. La «estabilidad política» que Adolfo Suárez mencionaba cuando era Presidente del Gobierno, con motivo de la aprobación del proyecto de Constitución (170), y todo eso en detrimento de la ideología de la liberación de los *Derechos forales* bajo el yugo del derecho civil centralizado. Para entender el éxito y la fuerza del nuevo modelo, no podemos contentarnos con la constatación de que, de ahora en adelante, los distintos órdenes jurídicos escaparán a la influencia directa de un orden superior, salvando algunas excepciones. Interesa ir más allá examinando el significado que para la organización social o para la economía de poder tiene el hecho de que toda reforma postconstitucional de uno de los subconjuntos afectados repercute sobre los otros mediante su acción sobre el conjunto de los subconjuntos y, de este modo, sobre el orden jurídico civil nacional, en lugar de actuar sin rodeos uno sobre otro de esos derechos privados más o menos subordinados. Mencionemos únicamente tres de los primeros indicadores de una recuperación del poder. En primer lugar, la circunspección del Tribunal Constitucional a la hora de declarar la inconstitucionalidad de las normas preconstitucionales cuando las instancias competentes todavía no han completado su sistema normativo del modo adecuado (171). Además, y en contra de toda corriente iusnaturalista, la depreciación del derecho no-positivo (172) y, en consecuencia, la categórica sumisión de las costumbres locales a la Constitución o la abolición de la institución de la «costumbre contra ley», hasta entonces uno de los privilegios del derecho de Navarra (173). Y, finalmente, la revalorización del principio de igualdad, teniendo en cuenta que la doctrina postconstitucional no admite transgresión alguna de la ley por causa del principio de autonomía de la voluntad (174). Son indicios de un crecimiento del poder, de un restablecimiento de una red opresiva, que no deben sin embargo engañarnos. Dado que toda dominación mantiene al dominado en su ser y que todo debate sobre no importa qué organización social no se

(169) CASAMITJANA I COSTA, *Dret civil català* (N. 158), págs. 815-816.

(170) Cfr. *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, páginas 4934-4935.

(171) Sobre los ejemplos, ver ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 155.

(172) PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Constitución* (N. 77), pág. 37.

(173) Ver LALAGUNA, *Artículo 13* (N. 144), págs. 466, 475; ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 151.

(174) ROCA, *ibídem.*

organiza sin poder, dejarse llevar por la fobia al poder impide comprender sus mecanismos. Para darnos cuenta de la complejidad de las relaciones de fuerza instituidas, basta con tener en la memoria hasta qué punto la territorialización de unos derechos locales divergentes conlleva una solución de los conflictos, y esto en la medida en que se impide a las opciones rivales que estén en condiciones de imponerse entre sí. Lo mismo con respecto a la igualdad material y formal. Desde el momento en que la igualdad formal del derecho privado está formalmente sometida a la igualdad material, si consideramos que la Constitución obliga a los poderes públicos a procurar activamente tanto la libertad concreta como la igualdad real (175), resulta necesario precisar la lógica de la nueva razón jurídica en relación con el nivel de la organización social que ella espera lograr reorganizando un derecho generalmente igualitario, pero concéntrico, mediante una reterritorialización igualitaria, pero no-concéntrica.

Resumamos sin mayor dilación: la sobredeterminación del derecho civil igualitario mediante la nivelación territorial de la jerarquía de órdenes jurídicos está subordinada, como toda producción cultural, a la ley de la economía del poder, que no es otra que la de la movilización de todos los recursos para obtener la adhesión del mayor número posible de dominados. En primer lugar, y partiendo de la Constitución, los derechos privados se volverán a encontrar en continua asimilación. A largo plazo, se constituirá, como si tal cosa, la verdadera sociedad económica, visto que sus condiciones jurídicas, consideradas como las más centrales —a saber; su organización y su legitimación por el derecho privado en tanto que orden igualitario— se equilibran al mismo ritmo que se adaptan a las exigencias de una sociedad moderna en diversificación. Este orden nuevo se alimenta, pues, y aunque parezca extraño, del desorden provocado por el abandono del antiguo orden concéntrico y la autorización para desarrollar los derechos privados regionales. Heinz von Foerster, uno de los fundadores de la nueva ciencia de la complejidad, hablaba de un «*order from noise*» (176). Conectando este modelo de explicación con el nuestro, nos atrevemos a indicar: como toda auto-organización de seres vivos que se apoya en su facultad para aprovecharse de la desorganización y alcanzar un nivel de organización y de complejidad más elevado, el futuro orden de la sociedad económica española logra atraer, a partir de ahora, a sus sujetos ya que, por oposición al orden concéntrico del derecho privado preconstitucional, se encuentra en condiciones de retomar el necesario vigor acelerando una diferenciación social preocupante, de tal modo que el desorden amenazador se transforma en un potencial orden reformado. Siendo como era la indiferenciación absoluta correlativa a la muerte de la organización social y, por consiguiente, a cualquier esperanza de mejorar su propio destino, resulta relativamente fácil detectar

(175) Cfr. el art. 9.3 de la Constitución.

(176) Sobre este punto, cfr. Jean-Pierre DUPUY, *Ordres et désordres. Enquête sur un nouveau paradigme*, Paris 1982, sobre todo pág. 102-103; y los intentos de redefinición autopoietica de las ciencias sociales: Peter HEJL, *Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme*, Frankfurt/M., New York, 1982.

una de las principales fuerzas movilizadoras del nuevo régimen, su flexibilidad, su concepción estratégica. Por añadidura, la aceptación de este orden cuenta mucho menos porque aparentemente desactiva de buenas a primeras una buena cantidad de conflictos.

No sin razón, Roca (177) defiende este nuevo orden mediante la evocación de la nueva plenitud del orden jurídico postconstitucional. Superando la totalidad tradicional de unas leyes concéntricamente codificadas en virtud de una sistematización flexible de competencia territorialmente delimitadas, esta nueva totalidad constituye el fundamento de un orden jurídico civil capaz de integrar por completo aquello que corre peligro de escapar al control social: el dominio jurídico, en vista del crecimiento continuado de una diversificación social apenas previsible. Esto explica que el nuevo orden constitucional, enfrentado al problema de orquestar los antagonismos sociales con el fin de sublimarlos mediante un orden jurídico adecuado y por tanto legítimo, se limita a garantizar la colaboración de las instancias de poder que se hallen en competencia. Según la concepción española del Estado constitucional, la creencia en el orden jurídico emana en su origen más elevado de una tal programación relacional de las relaciones sociales. Este programa se manifiesta a través de un Tribunal Constitucional dependiente de una Constitución *à concepts flous*, como la competencia tanto del Estado central como de las Comunidades autónomas en materia de derecho civil, ese cuerpo de reglas que tiene que ser revisado para ajustarlo a las exigencias de la España actual (art. 149.1,8).

La adhesión a los nuevos derechos privados y, por ende, la institución económica del nuevo orden viene también facilitada por el hecho de que su racionalización territorial sustrae a las estructuras de poder de su conocimiento. En todas partes y en ninguna, se hace invisible en tanto que ilocalizable. El atractivo del nuevo sistema normativo se explica en buena parte si se toma en consideración hasta qué punto el establecimiento diferencial, y por tanto económico, del nuevo régimen de la sociedad económica es deudor de una readaptación no jerárquica, entendida como una renuncia a cualquier autocelebración del poder. Acordémonos de que ésta fue no sólo típica de la legitimación franquista en general —consenso ficticio montado alrededor de la persona del «Jefe del Estado» cuya autoridad personal debía servir como fundamento del conjunto institucional, según Arias Navarro (178)—, sino también del orden jurídico civil preconstitucional, centrado en torno a un único signo textual: el *Código civil español*. Allí donde, como en la España actual, los códigos del orden han sido por segunda vez codificados, es decir, allí donde la abstracción de la realidad de la dominación se impone en virtud de una pura cohesión exterior de derechos divergentes, en la que la continua adaptación de todo el orden deriva además de la cooperación de todos, de esa participación pro-

(177) ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 171, 173-174.

(178) Así, ARIAS NAVARRO, antes las Cortes, con motivo de su ascenso al gobierno, el 12 de febrero de 1974, en *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (N. 36), pág. 10.

pugnada por la nueva Constitución (179), el orden legítimo en su conjunto —y también sus monopolistas— triunfará del modo menos costoso. De forma análoga a otros sistemas jurídicos avanzados que, ante el riesgo de volver a encontrar gravosas resistencias, se abstienen de recurrir a las órdenes, al gesto imperativo, en una palabra, a la inmediata intervención del Estado (180), España alcanza así, gracias a la territorialización de su derecho privado, un plano superior en el orden civil. El cual resulta tanto más aceptable para los futuros dominados, por cuanto que por su propia condición se hace irreconocible. Lo mismo cabe decir respecto a los futuros dominadores —tan poco determinables de momento como sus antagonistas—, pero en este caso por el hecho de que los gastos de todas estas inversiones simbólicas no equivalen absolutamente a los gastos de una violencia no disimulada, puesto que ésta es del todo impracticable en la época de la racionalidad económica, allí donde «el dulce aire de la legitimidad» (181) constituye el fundamento social de una sociedad moderna, en tanto que bien ordenada jurídicamente.

Dado que la fuerza de las palabras está socialmente determinada, hay que tener en cuenta que este plano superior alcanzado por la racionalización efectuada viene constantemente reforzado por la ciencia jurídica postconstitucional, especialmente en lo que corresponde a las regiones autonómicas, verdaderos centros de energía socio-jurídica. La eficacia del nuevo modelo, es decir, su legitimidad y la competencia reconocida de sus monopolistas, es tremendamente sensible a las inversiones que con posterioridad vengan a acrecentar el dominio práctico del nuevo jurista, legitimándolo al mismo tiempo. Lo son todos los tipos de racionalización de los derechos privados reterritorializados que, gracias sobre todo a unos esfuerzos que se presentan como científicos, movilizan la creencia en la nueva división del mundo social en la medida en que la hacen aparecer como un asunto típico de juristas profesionales, cultos e instruidos, como un saber aparte y por ello objetivo y neutro, como un fundamento pues de una nueva sociedad que ha sido bien concebida jurídicamente. Estas acciones simbólicas hacen irreconocibles los intereses de clase realmente en juego, haciendo creer una vez más en la identidad regional, y por aquí, en la comunidad de los ciudadanos. Ya la sugieren mediante manifestaciones patrióticas, como la defensa del espíritu del *Derecho foral* o la perseguida conservación de las estructuras tradicionales. Y a esta terminología habitual se añade ahora una retórica progresista dirigida a integrar la territorialización en el proceso de modernización, a fin de que los derechos privados particulares ya no puedan ser vistos como refugios de la reacción. De modo análogo, los numerosos congresos de derecho regional de los últimos años, celebrados a puerta cerrada (182), y la concentra-

(179) PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Constitución* (N. 77), pág. 30.

(180) Cfr. WILLKE, *Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen* (N. 44), págs. 210-211.

(181) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 192.

(182) Junto a las notas 89 y 132, ver sobre los congresos mencionados: Cátedra de Dret civil català «Duran i Bas», Universitat de Barcelona (ed.), *Materials*

da ocupación de los juristas-científicos en la explicitación racional del nuevo sistema jurídico —usurpación simultánea de asuntos públicos—, contribuyen a hacerlo operativo revistiéndolo al mismo tiempo con los ropajes de una ciencia prohibida a los profanos. De este modo, las cuestiones puramente políticas se convierten en asuntos de especialistas no-políticos, de técnicos autorizados para administrar en nombre del saber aquello que es asunto de todos. La nueva desposesión general corre por consiguiente paralela al establecimiento de un nuevo orden y sin que los desposeídos se den cuenta. No puede sorprender entonces que la racionalización/justificación más inteligente de la orquestación postconstitucional del orden jurídico civil haga referencia, al margen de algunas reminiscencias, tanto a la filosofía analítica de origen americano como a la teoría de conjuntos de procedencia matemática (183): a un saber, pues, aparentemente neutro y por esta razón generalmente aceptado como legitimación última. Refirámonos aquí a esa concreción de la «incorporación de España a las sociedades industriales avanzadas» que, según la exposición de motivos de la Ley de reforma universitaria de 1983, pasa necesariamente «por su plena incorporación al mundo de la ciencia moderna».

A guisa de conclusión, hay que decir que la contribución española a la última re-racionalización jurídica de las sociedades económicas de Occidente consiste en la reterritorialización de un derecho privado concéntrico, en la orquestación constitucional de los derechos civiles del Estado y las Comunidades autónomas. Si el caso de la España democrática se puede comparar con el último desarrollo del derecho en estos países, es porque la concertación territorial del derecho civil descansa en el fondo en la reintegración no concéntrica de los conflictos sociales tal y como generalmente se suele entender: como un discreto rechazo de la dicotomía familiar entre Derecho y sociedad, división binaria que es tan rígida como jerárquica. En el Derecho civil español, se va a proceder de ahora en adelante a legitimar las relaciones de fuerza atendiendo tanto a las estructuras históricas como a las nuevas formas de las interacciones, para mejor afrontar el disfuncionamiento del sistema jurídico civil, tal y como se ha evidenciado después del *take off* económico y la diferenciación social consiguiente. De la misma forma que los nuevos monopolistas del campo jurídico recuperan así su autoridad social, todos los detentadores de los capitales, tanto simbólicos como económicos, recuperan la capacidad política necesaria para afrontar las consecuencias de una nueva economía, en virtud de una concertación simbólica de confrontaciones potenciales. Y dado que el universo concéntrico del Código civil se revela en el análisis como la verdadera Constitución de la economía de la paz burguesa de finales del siglo pasado, las reinversiones simbólicas de la territorialización se aprestan a reorganizar los fundamentos de la sociedad de mercado según las necesidades de la economía postmoderna. No es la reciprocidad

III Jornades de dret català a Tossa. La reforma de la Compilació: El sistema successori, Tossa de Mar, 26-29, setembre, 1984, Barcelona, 1985.

(183) ROCA, *Estructura* (N. 79).

directa sino la flexibilidad reencontrada la que armoniza de ahora en adelante el nuevo orden de la apropiación legítima, el conjunto de los futuros derechos civiles privados españoles con una sociedad determinada económicamente y, por tanto, en transformación permanente. De acuerdo con la división del trabajo y, en consecuencia, estimulados por su propio interés, era a los monopolistas puestos en entredicho del campo jurídico a los que incumbía reformular las condiciones políticas, de tal modo que vinieran a reproducir de la manera más específica posible los programas de modernización, en parte contradictorios, previstos para una España pluralista ante el declinar político de un régimen autoritario. Teniendo en cuenta la incapacidad para garantizar jurídicamente la reproducción de la estructura de las relaciones de dominación, dado que el consenso practicado no puede fundarse sino en acuerdos parciales, provisionales y continuamente modificables a la vista de las cambiantes exigencias de la producción económica en su sentido más lato, ellos se limitan y con razón a una simple reformulación competencial del orden jurídico civil, en lugar de insistir demasiado en unas reformas materiales apresuradas, como la ya aludida modificación del derecho de familia. Aun con todo, esta «deformalización» territorial del derecho privado en el marco de una Constitución que es abierta conceptualmente y cuyos efectos vienen reforzados por la instauración de una jurisprudencia constitucional estratégica, anticipa en buena parte la futura sociedad, altamente compleja. En cualquier caso, y a la vista del progreso apuntado, las instituciones del derecho civil heredado, relativamente inmovilizadas por su disposición concéntrica, no hubieran podido satisfacer la optimización de los capitales. En resumen, la sublimación de la diversificación social, que es inestable, responde por tanto al hecho de que la sustitución del sistema jurídico tradicional por medio de la reterritorialización analizada, genera un orden civil cualitativamente superior porque es tan fluido, y por tanto tan sensible a los cambios, como el mercado homogéneo de una sociedad económicamente avanzada, es decir, estructurada al mismo tiempo por los precios y por intervenciones estatales destinadas a concertar en la medida de lo posible la competencia mortífera en favor de los capitales invertidos. Esta es la razón por la que las inversiones simbólicas en la territorialización constitucional del derecho civil español serán más pronto o más tarde reconvertidas en capital económico, al margen de cual haya podido ser la intención de los diferentes estrategias jurídicas.

Trad. de A. CAÑELLAS y A. SERRANO

Naturrecht y Rechtsphilosophie

Los inicios del positivismo jurídico en Alemania

Por FRANCISCO CARPINTERO

Cádiz

I

Indicaba el profesor González Vicén en 1969 que la «Filosofía del Derecho» es un concepto histórico (1). «Histórico es un concepto, no por su mutabilidad en el tiempo, ni porque esté referido, de una u otra manera a la historicidad de la razón cognoscente, sino por su vinculación esencial a una estructura histórica. A diferencia de los conceptos formales de las ciencias del espíritu, los cuales, por definición, pueden aplicarse a muy diversos fenómenos, los conceptos históricos no expresan más que una realidad determinada, y carecen de sentido aplicados a otras realidades o contexturas históricas... Dicho de otra forma: los conceptos históricos no son formas con las que «desde fuera» nos acerquemos a la realidad histórica para su comprensión, sino estructuras extraídas de esta misma realidad» (2). En este sentido, las expresiones *ius naturale* y *Rechtsphilosophie* son «conceptos históricos» según González Vicén, pues están insertas en un contexto humano-vital del que recibe su sentido. Efectivamente, con «Derecho natural» nos referimos a un talante frente al Derecho que se caracteriza, ante todo, por consistir en Ontología y Metafísica jurídica; con la Ontología se descubren los principios supremos del actuar humano que configuran el núcleo fundamental del Derecho natural; pretensión radical de todo conjunto iusnaturalista es afirmar no «un» Derecho al lado de otros Derechos, sino imponer el Derecho en absoluto, «un sistema de normas válidas por sí mismas, que constituyen el canon y medida de validez de toda ordenación humana de la convivencia. El Derecho natural, inmutable, situado por encima o más allá de la Historia es, en realidad, el único Derecho, y las regulaciones de las comunidades humanas

(1) Cfr. *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» (XVI), 1969. Vuelto a publicar en *Estudios de Filosofía del Derecho*, del mismo autor, Universidad de La Laguna, 1979, págs. 207-257. En adelante citaré este estudio por esta última publicación.

(2) GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., págs. 207-208.

en el tiempo, si son Derecho, sólo lo son de un modo que pudiera llamar derivativo, como deducción o concreción de aquél, de tal manera que es una contradicción en los términos la idea de un Derecho que contradiga el Derecho natural» (3).

La «Filosofía del Derecho», en cambio, no reposa sobre un orden de las cosas metafísico, sino en la concepción del Derecho como obra del hombre, inserta en un tiempo histórico; en este sentido nuevo, el Derecho que estudia esta ciencia no es un Derecho absoluto y atemporal, sino «los» Derechos que regulan históricamente la convivencia en las sociedades humanas, entendidos en su variabilidad y contingencia. «Para entender adecuadamente lo que es la «Filosofía del derecho» en su carácter de concepto histórico, es necesario pensarla siempre, por eso, en relación con la cisura probablemente más profunda experimentada por la conciencia jurídica occidental: el derrumbamiento de la tradición secular del iusnaturalismo y la aparición de lo que convencionalmente suele llamarse positivismo jurídico» (4). El punto de partida de la Filosofía del derecho sería, a diferencia del Derecho natural, no un orden atemporal, sino una regulación normativa válida y vigente, en la Historia, en un concreto grupo humano. «Es por ello, indica González Vicén, que el nombre de «Filosofía del derecho» aparece y va consolidándose en los años que señalan el tránsito del iusnaturalismo al positivismo jurídico» (5). «La aparición de lo que a llamarse «Filosofía del derecho» está, en efecto, indisolublemente ligada a la nueva noción de que el Derecho posee una naturaleza y una existencia exclusivamente históricas, y de que, por tanto, toda reflexión filosófica en el campo jurídico ha de tener como objeto esta existencia histórica» (6). Desde estos presupuestos, el carácter más esencial de este nuevo saber sería el abandono de los problemas ontológicos, metafísicos y éticos, que habían ocupado secularmente la conciencia jurídica occidental, y la concentración exclusiva en temas gneoseológicos, lógico y sociológicos (7).

Hasta aquí un resumen de la tesis del profesor González Vicén; el propósito de las páginas que siguen es contribuir a verificar esta tesis o, por el contrario, mostrar sus insuficiencias. He de aclarar que he ceñido la investigación al último período de vida de la escuela kantiana, es decir, la época comprendida entre 1792 y 1840.

(3) Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., págs. 212-214.

(4) GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., pág. 215.

(5) *Ibidem.*

(6) GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., pág. 227.

(7) Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., pág. 255.

II

EL PRIMER DESARROLLO KANTIANO

«La filosofía crítica ha comenzado a extender sobre todos los sectores de la ciencia humana su luz sublime —escribía Theodor Schmalz en 1795—. ¿Qué es lo que ella no podrá hacer por el Derecho natural? Esta filosofía ha desechado aquellas especulaciones que nos vuelven todo dudoso, y nos ha llevado a desarrollar felizmente en todos los asuntos el sentimiento que posee la Humanidad por la razón, a fin de resolver los problemas de forma científica. No puede fracasar su aplicación al Derecho natural, campo en el que más fuertemente que en cualquier otro tenemos puesto nuestro corazón, y cuyo desarrollo, precisamente a causa de esta claridad (de la Filosofía crítica) tan fácil se promete» (8).

La filosofía kantiana tenía, como piedra fundamental de su construcción en el terreno ético-jurídico, la pretensión de derivar todos sus conocimientos desde la razón pura, abandonando la empiria, que tan nefasto resultado —en opinión de los kantianos— había dado en la Ética y en el Derecho natural de la Ilustración, a través, normalmente, del eudomonismo típico del siglo XVIII. Efectivamente, la necesidad de crear un nuevo *Naturrecht* extraído esta vez del puro discurso racional, constituyó el punto de partida de Kant y sus seguidores que, desde 1792, comenzaron a publicar sus tratados de Derecho natural. «La fuente del Derecho natural —escribía Carl Christian Schmid— no puede ser la experiencia extraída de lo que efectivamente sucede, de lo que suele suceder o de lo que puede o tiene que acaecer según las leyes físicas; tampoco puede serlo el arbitrio de un gobernante o de un jurista, ni tampoco una revelación sobrenatural, sino solamente la razón y, en concreto, la razón pura práctica. Sólo esta última es la facultad que nos permite conocer las leyes originarias y válidas para los hombres. Ella configura la idea de una legalidad general, y es la que determina a la voluntad para realizarla; esto sucede en parte a través de la libertad, gracias a la máxima ética, y entonces estamos ante la moral, y en parte también a través de la coacción externa y en tal caso hablamos del Derecho natural» (9). Se trataba de buscar las leyes uni-

(8) «Die critische Philosophie hat angefangen über alle Theile des menschlichen Wissens ihr erhabenes Licht zur verbreiten. Was muss sie nicht für das Recht der Natur thun? Sie hat jene Speculationen verdrängt, welche gegen der gemeinen Menschenverstand alles uns zweifelhaft machten, worauf uns alles beruhete, und hat überall so glücklich es sich zum Geschäfte gemacht, das innere Gefühl der Menschheit für die Vernunft befriedigend, wissenschaftliche zu entwickeln. Wie könnte ihre Anwendung auf das Naturrecht misglücken, welches deutlicher als alles in unsern Gefühl liegt und dessen Entwickelung eben diesser Klarheit wegen so leicht werden muss?». Cfr. TH. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1795, pág. 14.

(9) «Die Quelle des Naturrechts ist nicht die Erfahrung von dem, was wirklich geschieht, zu geschehen pflegt oder nach physischen Gesetzen geschehen muss oder kann; noch die Willkür eines Regenten, oder Rechtslehrers, noch eine übernatürliche Offenbarung, sondern die Vernunft, und zwar die reine praktische

versalmente válidas del comportamiento humano que, precisamente por su pretensión de validez universal, no podían ser fundamentadas en la simple casualidad del acontecer fáctico (10). La mayor «contaminación» con la empiria que, en relación con esta cuestión, llegan a admitir estos primeros kantianos, consistiría en el hecho de que en el *angewandtes Naturrecht*, es decir, en el Derecho natural «aplicado», es preciso aplicar el *reines Naturrecht* a la naturaleza peculiar del hombre. De todos modos, los límites entre el Derecho natural «puro» y «aplicado» no están tan claros; la escuela tendió a considerar que el Derecho natural, en general, es decir, comprendiendo tanto el «puro» o el «aplicado», debía ser derivado de la razón pura. G. L. Reiner, en una obra de título tan claro como *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, proponía concebir el Estado —que era el tema usual del Derecho natural «aplicado»— al margen de cualquier experiencia, de acuerdo tan sólo con los principios racionales-jurídicos que lo hacen posible; así lograríamos la *forma* de un Estado en general, que constituye el único criterio válido para el enjuiciamiento; el Estado, así considerado, sería *der Staat in der Idee* (11).

Schmid no exponía nada nuevo dentro de la escuela. «Todas las leyes prácticas resultan de la razón» había escrito en 1793 Johann Christoph Hoffbauer (12); en efecto, la regla fundamental directora de toda construcción jurídica surgía estrictamente de la sola razón práctica: «el *Principium* de todo Derecho es: tú tienes el derecho de no ser tratado jamás por otro como medio arbitrario al servicio de sus fines» (13). Una vez que la razón pura había suministrado la piedra filosófica jurídica, todo se reducía, según Hoffbauer, en un simple desarrollo deductivo y racional a partir del principio fundamental. «Dado que el Derecho natural es una ciencia filosófica, es preciso proceder a: 1.º) definir correctamente todos aquellos conceptos que son suscepti-

Vernunft. Diese ist das Vermögen ursprünglicher, allgemeingültiger Gesetze für das freyen Handlungen der Vernunftwesen. Diese bildet die Idee von allgemeiner Gesetzmässigkeit, und bestimmt den Willen dieselbe zu realisiren— theils innerlich durch Freyheit, vermittelst sittlicher Maximen (Moral), theils auch äusserlich durch Zwang (Naturrecht). Cfr. *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen*. Jena und Leipzig, 1795, § 15.

(10) GOTTLIEB HUFELAND escribía que «Einige leugnen die Möglichkeit, das Naturrecht überhaupt zu erkennen, andre die Möglichkeit, eine genaue bestimmte Wissenschaft desselben aufzustellen; da aber die Frage, die es beantworten soll, nicht von der Zufälligkeit der Erfahrung abhängen, sondern durch Vernunft veranlasst sind; so muss auch diese eine genaue Rechenschaft darüber geben können». Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften*, Jena, 1795, § 68.

(11) «Wird der Staat unabhängig von aller zufälligen Einrichtung in der Erfahrung, bloss nach seinen Rechtsprincipien, die ihn möglich machen, gedacht; so heisst er der Staat in der Idee». Cfr. *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landsbut, 1801, § 21.

(12) «Alle praktische Gesetze entspringen aus der Vernunft». Cfr. HOFFBAUER, *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, Halle, 1793, § 27.

(13) «Das Principium aller Rechte ist: Du hast ein Recht auf etwas, wenn du ohne dasselbe, auf irgend eine Weise, von einem andern als ein willkührliches Mittel seiner Zwecke behandeln werden dürftest». Cfr. ROFFBAUER, *Naturrecht...*, cit., § 63.

bles de un análisis ulterior; 2.º) deben ser deducidas, directa o indirectamente, todas las reglas que no son ciertas por sí, a partir de principios ciertos por sí, y 3.º) debe ser expuesta la conexión entre todas las partes» (14).

Desde que aparece la primera obra jurídica de los discípulos de Kant, la exigencia de derivar todo un sistema jurídico racionalmente desde los principios fundamentales suministrados por la razón pura estuvo presente en toda la escuela kantiana. Sin embargo, Karl Heinrich Heydenreich comenzaba su *System des Naturrechts* con una declaración sorprendente en un seguidor de Kant: «En la explicación del Derecho natural es preciso hacer notar que los principios fundamentales de esta ciencia en modo alguno se obtienen de la simple y pura razón, sino que son desarrollados a partir de las relaciones de la razón con el mundo sensible del hombre» (15). ¿Es consecuente Heydenreich con esta afirmación? No, desde luego, porque toda la obra de este autor está pretendidamente basada en el desarrollo de la razón pura; en este sentido, explicaba que la primera tarea del Derecho natural consiste en exponer aquellos derechos coercitivos del hombre que directamente y sin el presupuesto de ninguna acción humana resultan de la naturaleza de su personalidad (16), con lo que contradice completamente la declaración anterior. Consecuentemente con estas premisas, escribía que «ganamos la regla fundamental del Derecho natural cuando partimos de las leyes supremas de la razón pura práctica... De hecho, la verdadera obligación de la necesidad de una inmodificable forma de comportamiento determinada por la razón, sólo puede depender de una ley de la razón, que nunca está sometida a ninguna condición... En consecuencia, tal ley no puede ser material y empírica; sólo puede ser un principio puramente formal. La ley fundamental de la razón práctica, que expresa la forma de una determinación de la voluntad a través de la razón pura, está contenida en la fórmula: obra siempre según una máxima que, al mismo tiempo, pueda ser válida, como regla general, para todos los hombres» (17).

(14) «Weil das Naturrecht eine philosophische Wissenschaft ist, so müssen 1) alle Begriffe desselben, welche eine Auflösung fähig sind, richtig definirt werden; 2) alle Sätze, welche nicht für sich gewiß sind, aus Principien, die für sich gewiß sind, mittelbar oder unmittelbar abgelsitet werden; 3) Muß der Zusammenhang aller Theile desselben dargestellt werden». Cfr. HOFFBAUER, *Naturrecht...*, cit., § 11.

(15) «In der aufgestellten Erklärung des Naturrechts ist zugleich bemerkbar gemacht, dass die Grundsätze desselben keinesweges aus der blos reinen Vernunft, sondern aus dem Verhältnisse der Vernunft zur Sinnlichkeit des Menschen entwiskelt werden». Cfr. K. H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, *Einleitung*, pág. 8.

(16) «Das erste Geschäft des Naturrechts ist, diejenigen äussern Zwangsrechte des Menschen darzustellen, welche sich unmittelbar und ohne Voraussetzung einer Handlung aus dem Charakter seiner Persönlichkeit ergeben». Cfr. *System des Naturrechts...*, cit., *Einleitung*, pág. 25.

(17) «Man entwickelt den Grundsatz des Naturrechts aus sichersten, wenn man von den höchsten Gesetzen der reinen praktischen Vernunft ausgeht... Wenn wahre Verpflichtung die unwandekbare Nothwendigkeit einer Handlungsweise, bestimmt durch Vernunft, ausdrückt, so kann sie sich nur auf ein Gesetz der

Por estos mismos derroteros marchaba Wilhelm Gottlieb Tafinger, otro de los pioneros de la escuela kantiana del Derecho. Explicaba este autor que la autonomía de la razón debe darle a ésta su propio fin, que lógicamente no puede ser empírico, porque la razón, a través de la empiria, quedaría subordinada a las tendencias egoístas del hombre; como no se puede pensar otro fin de la razón, fuera de sí misma, la razón misma debe ser su propio fin. De ello se sigue que en todas las partes donde exista un hombre, él debe existir como fin en sí, puesto que es racional, y esta regla es llamada justamente la ley fundamental de la Etica (18). Desde esta regla suprema es preciso proceder a una deducción de los preceptos para el comportamiento humano (19).

Tafinger se mostró muy coherente, como todos los kantianos, en el desarrollo deductivo-racional de los preceptos iusnaturalistas a partir del principio fundamental; todas las instituciones jurídicas deben ser derivadas racionalmente desde tal principio y, así, escribía que «la regla fundamental del Derecho natural, es decir, no tratar a ningún hombre como medio al servicio de los fines de otro, cuando la referimos a la propiedad entre los hombres no es otra que la siguiente: no sustraigas a nadie nada de lo suyo, no ofendas a nadie» (20). La propiedad, así como ninguna otra institución jurídica, no se deduce, pues, de las necesidades empíricas del hombre, sino que siempre será y tendrá que ser un resultado al que llega la razón pura cuando procede correctamente desde su principio supremo en el campo de la Etica.

En 1798, cuando la escuela llevaba ya un cierto tiempo de rodaje y habían aparecido los primeros críticos, esta exigencia se mantuvo inmovible. Karl Christian Kohlschütter se limitó con indicar, como principio evidente, que la razón pura práctica, o lo que es lo mismo, las leyes de la libertad del hombre, leyes morales, se deducen de la

Vernunft gründen, welches keiner Bedingung unterworfen ist... So gewiss kann es nur ein formaler Grundsatz seyn. Dasienige höchste Grungesetz der praktischen Vernunft, welches, die Form einer Bestimmung des Willens durch reine Vernunft ausdrückt, in wiefern sie diess ist, ist der Formed enthalten: Handle iederzeit nach solchen Maximen, die der zugleich als allgemeine Gesetze für alle vernünftige Wesen gültig wollen kannst». Cfr. HEYDENREICH, *System des Naturrechts...*, cit., págs. 85-87.

(18) «Die Selbstthätigkeit der Vernunft muß ihren Zweck haben, welcher kein sinnlicher Zweck seyn kann, weil die Vernunft dadurch der Sinnlichkeit, oder weil der uneigennütige Trieb dem eigennütigen untergeordnet würde. Ein anderer Zweck der Vernunft laßt sich ausser ihr nicht denken, folglich ist die Vernunft sich selbst ihr Zweck. Hieraus folgt, daß überall, wo die vernünftige Natur ist, dieselbe Zweck als Zweck an sich existirt... und wird daher mit Recht das oberste Gesetz der Sinnlichkeit genannt». Cfr. W. G. TAFINGER, *Lehrsätze des Naturrechts*, Tübingen, 1794, §§ 13-15.

(19) «Vorschriften für die menschlichen Handlungen und dadurch Bestimmungen für die menschlichen Rechten und Pflichten müssen aus den angeführten obersten Gesetz der praktischen Vernunft abgeleitet werden». Cfr. TAFINGER, *Lehrsätze...*, cit., § 28.

(20) «Der Grunsatz des Naturrechts: behandle kein vernünftiges Wesen als blosses Mittel zu beliebigen Zwecken, auf das Mein und Dein unter Menschen angewandt, ist daher kein anderer, als dieser: entziehe Niemanden Etwas von dem Seinen, Beleidige Niemand». Cfr. TAFINGER, *Lehrsätze...*, cit., § 128.

razón pura, sin necesidad de ningún contacto con la experiencia (21). Wilhelm Traugott Krug, más aficionado a teorizar sobre los últimos fundamentos de lo que expone, explicaba que el principio fundamental del Derecho no podía ser, por ejemplo, lo que nos resulta agradable, es decir, lo que nos hace felices, ni tampoco lo que contribuye a nuestra perfección; de pensar así se seguiría la inconsecuencia de que nadie tendría derecho a hacer aquello que se opone a su felicidad o a su perfección, lo que es absurdo. Por el contrario, la regla fundamental del Derecho sólo puede ser una regla pura, práctica, formal, un producto de la razón, no contaminado con el contacto de cualquier conocimiento empírico. ¿Cómo podría ser extraído de la experiencia el principio fundamental del Derecho natural, argumentaba Krug, si precisamente es la experiencia la que debe ser enjuiciada por él? (22).

P. J. A. Feuerbach, espectador inquieto de la marcha espectacular de los discípulos de Kant, resumía este problema indicándonos que «el concepto usual del Derecho sería el siguiente: el Derecho natural es la ciencia de los derechos del hombre dados y conocidos a través de la razón» (23).

El rótulo de *Naturrecht* fue el usado, con toda naturalidad, aunque coexiste pacíficamente con otros títulos. «Este primer volumen contiene lo que se suele llamar *Rechtslehre*, o lo que Kant denominaba, en un sentido más restringido, *Metaphysik des Rechts*» (24), escribía Krug. «Como quiera que toda esta legislación —apostillaba Reiner— se conoce exclusivamente por la razón, y sus leyes las conocemos y nos vinculan a través de la razón pura, sin necesidad de ninguna noticia

(21) «Die reine praktische Vernunft ist das Vermögen eines Wesens, unabhängig von allem, was ausser ihm ist und vorgeht, sich selbst Gesetze für seine Handlung zu geben... heissen auch Freiheitsgesetze, moralische, sittliche Gesetze: denn nur durch Freiheit im höchsten Sinn dieses Wort, durch vollkommene Unabhängigkeit eines Wesens von allem, was ausser ihm vorhanden ist, sind sie möglich». Cfr. *Vorlesungen über den Begriff der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1798, págs. 20 y 24.

(22) «Der Grundsatz des Rechtes muss ein reiner, praktischer, formaler Grundsatz sey... ein Erzeugnis der Vernunft seyn dem nichts von Erfahrung oder sinnlicher Erkenntnis beygemischt ist. Wie könnte auch der Rechtsgrundsatz aus der Erfahrung entlehnt sey, da eben alle Erfahrung... nach demselben beurtheilt werden soll!...

Sollte z.B. das Angenehme (was dem Glückseligkeitstrieben angemessen ist), oder das Nützliche (was dem Vollkommenheitstrieb angemessen ist) Merkmal des Rechts seyn: so würde daraus folgen, dass ich kein Recht hätte, etwas zu thun, was meine Glückseligkeit oder Vollkommenheit störte... z.B. kein Recht mein Vermögen zu verschwenden, oder meine Gesundheit zu zerstören» Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Jena, 1800, § 19.

(23) «Das Naturrecht wäre demnach die Wissenschaft der durch Vernunft gegebenen, und durch Vernunft erkannten Rechte des Menschen». Cfr. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona, 1796, pág. 31.

(24) «... dieser erste Band, da er ungefähr das enthält, was man die reine Rechtslehre nennt oder mit Kant, jedoch in einem etwas beschränkteren Sinne, die Metaphysik des Rechts nennen könnte». Cfr. KRUG, *Aphorismen...*, cit., *Vorrede*, pág. IX.

externa, podemos llamar a esta ciencia legislación natural, y el conjunto de sus leyes compone la *natürliche Rechtslehre*» (25).

III

LAS PRIMERAS CRITICAS AL KANTISMO

El ataque más frontal del siglo XVIII, que ya se acababa, contra la escuela kantiana, lo encontramos en el *Lehrbuch eines civilistischen Coursus* de Gustav Hugo. «La Filosofía del Derecho positivo, escribía este autor, debería ser un tema fundamental del Derecho natural, pero no le va ni el moralizar acerca de la viabilidad de las revoluciones y las guerras ni la crítica del Derecho positivo atendiendo a falsos principios *a priori*, que por no ser otra cosa que una aplicación de aquél —ya que tales principios son puramente formales— nos llevan a la conclusión de que todo es necesario...» (26). «Un Derecho natural como el que nosotros proponemos, proseguía Hugo, debe partir de las reglas que proporciona la experiencia, que son esenciales a todos los Derechos positivos» (27). Por lo demás, Hugo, sin abandonar un cierto barniz kantiano, que le permitía no romper bruscamente con la que ya era escuela dominante en Alemania, había rechazado en la Introducción a esta obra el núcleo fundamental del iusnaturalismo jurídico kantiano, es decir, el contractualismo en la explicación del Derecho y del Estado: «El Derecho positivo está fundamentado en sentimientos. Su realidad descansa sobre hechos y no, como se explica usualmente, en contratos de todos los socios entre sí, de modo que de esta forma se producirían las leyes fundamentales y los otros preceptos acomodados a ellas; pues un contrato en que participen todos los miembros no ha existido realmente —un contrato así no es posible— y, desde luego, tal explicación no se acomoda a lo que sucede en otros ámbitos parecidos de la vida humana. como es el caso del lenguaje o de las costumbres; además, suponer la existencia de tal contrato es cosa innecesaria para explicar la vigencia del Derecho positivo y las obligaciones de los gobiernos» (28).

(25) «Geht aber diese Gesetzgebung bloss aus der Vernunft hervor, so, dass ihre Gesetze durch blosse Vernunft, ohne alle öffentliche Bekanntmachung, erkannt werden und verbinden, so heisst sie natürliche Gesetzgebung, und der Inbegriff ihrer Gesetze ist die natürliche Rechtslehre». Cfr. REINER, *Allgemeine Rechtslehre...*, cit., § 22.

(26) «Die Philosophie des Privatrechts sollte ein Hauptgegestand des Naturrechts seyn, aber weder das Moralisiren über die Rechtmäßigkeit der Revolutionen und Kriege, —noch das Demostriren des heutigen Römischen Rechts aus lauter Definitionen—, noch die Causen des positiven Rechts nach falsch verstandenen Principien *a priori*, bey welchen, da sie blos formal sind, die Anwendung erschlichen wird, so daß man bald alles für nothwendig hält...». Cfr. *Lehrbuch eines civilistischen Coursus*, Berlin, 1799, 1, Band, § 115.

(27) «Ein solches Naturrecht muß von den Erfahrungssätzen ausgehen, die bey jeden positiven Rechte wesentlich sind». Cfr. *Lehrbuch...* cit., § 116.

(28) «Das positive Recht ist nur seine Möglichkeit nach in dem Gemüthe gegründet. Seine Wirklichkeit beruht auf Thatsachen, aber nicht, wie man ge-

No era ésta, sin embargo, la primera disensión que ya se había producido contra la escuela kantiana. En efecto Ernst Ferdinand Klein, dos años antes que Hugo, había mostrado sus reparos a la pretensión de que el Derecho natural se obtuviera exclusivamente desde principios *a priori*, había establecido que era necesario atender tanto a la naturaleza específica del hombre como a las condiciones generales en que se desenvuelve la vida humana (29); pero no fue mucho más allá en su conato de crítica.

Un camino distinto fue el que tomó, en cambio, Heinrich Stephani. Este autor comienza los primeros párrafos de sus *Grundlinien* aludiendo al empleo sistemático de lo que se conocía como «estado de naturaleza; lo que se pretendía con tal uso, según Stephani, no era sino presentar en un primer momento un estado presocial del hombre y señalar los derechos que corresponden al individuo aislado; en una segunda fase, partiendo de los derechos del hombre presocial, se construía el edificio jurídico que era propio del hombre que vive en sociedad, mediante un trasplante imaginario desde el primer estadio al segundo (30). «Lo que interesa realmente saber a la Humanidad, escribía Stephani, es lo siguiente: qué es Derecho para ella en todos los tiempos, en todos los lugares y bajo todas las modificaciones de su estado por las que pueda atravesar, pues así como el hombre permanece

wöhnlich sagt, auf Verträgen aller Mitglieder unter einander, wodurch der gemeinschaftliche Wille werde (Grundgesetzen) und Verordnungen dieses einmahl vorhandenen Willens (Gesetze überhaupt), denn ein Vertrag aller Mitglieder ist nicht wirklich gewesen — ein solcher Vertrag ist nicht möglich — er ist dem Gange der menschlichen Angelegenheiten in allen ähnlichen Fällen, z.B. bey der Sprache und der Sitten, nicht gemäß — und er ist ganz unnötig, die Giltigkeit des positiven Rechts und die Pflichten der Regierungen darzuthun». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., *Einleitung*, § 6.

(29) «Was hier natürliche Rechtswissenschaft genannt wird, wird gewöhnlich unter dem Namen des Naturrechts begriffen. Alsdann aber werden die Grenzen des Naturrechts über die Grenzen der übrigen praktischen Philosophie ausgedehnt, als welche sie nur mit dem *a priori* gegebenen Wahrheiten beschäftigen kann... Allein, so gewiß es auch ist, daß Dinge, welche überall unter den Menschen zu finden sind, ihren besondern Grund entweder in der «Natur des Menschen, oder in allgemeinen Verhältnisse desselben haben müssen: so können sie doch darum nicht als *a priori* gegeben betrachtet werden. Dagegen aber ist es nützlich, die Grundsätze des Naturrechts auf die der Erfahrung gegebenen, fast überall anzutreffenden Gegenstände des Menschen anzuwenden». Cfr. *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, 1797, § 48.

(30) «Man hat dieser Wissenschaft anfänglich den Namen Naturrecht gegeben, nicht um darunter den Inbegriff der Rechte der Natur — dem Sprachgebrauch gemäß — zu verstehen; sondern das System von Rechte, welche dem Menschen in Stande der Natur zukommen (Naturstandrecht). Der Naturzustand setzte man dem Staatsgesellschaften entgegen, und dachte sich unter demselben entweder den vor allem Anfange von Staatsgesellschaften vorhandenen Zustand der Menschheit; oder nur einen hypothetisch angenommenen ausser bürgerlichen Zustand, un durch Hilfe desselben diejenigen Recht des Menschen aufstellen zu können, welche demselben ausser dem Staatsverhältnisse zukommen. Der Menschheit liegt aber weder daran, zu wissen, was in jenem vergangenen Zustande den damals lebenden Individuen desselben heutiges Tages für Rechte zuerkannt werde; noch was sie für Rechte hat, wenn man sie aus ihrem jetzigen wirklichen in einen bloß gedachten Zustand versetzt». Cfr. *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Erlangen, 1797, §§ 1-3.

siendo hombre, ya sea él un niño, un adolescente, un adulto o un anciano, ya viva en sociedad civil o fuera de ella, habite en un Estado europeo, o fuera de Europa, del mismo modo lo que es Derecho permanece inalterable, siempre igual, de forma que el Derecho, que procede de una naturaleza eterna, de ningún modo está sometido a las variaciones que proceden del exterior del hombre, por más que la materia jurídica concreta pueda ser modificada» (31).

Con esta declaración Stephani no sólo no se apartaba de la pretensión central del Derecho natural de la época, sino que quizá el fin que le mueve a hacerla, que él no explicita, es recalcar la objetividad del Derecho obtenido mediante la razón práctica que, en su opinión, no necesitaría de apoyaduras falsas tales como el juego del aludido «estado de naturaleza» y «sociedad civil». Pero lo que convierte a la obra de Stephani en un dato de interés para nosotros es el hecho de que, sin romper totalmente con la escuela kantiana, ni, por tanto, con el iusnaturalismo, rechaza el viejo mito del *status naturae* que había sido el recurso imprescindible de la escuela del Derecho natural desde sus orígenes en el siglo XVI. En efecto, Stephani, muy influido por Fichte, al que dedicó este libro, mantenía que «el hombre no sólo ha "entrado" en la sociedad, sino que ha nacido originariamente en ella. Y también poco puede él, en la medida en que viva en este mundo nuestro social, salir de ella» (32). Como podemos ver, Stephani, al igual que otros tantos críticos posteriores del iusnaturalismo, no se opuso a la existencia del Derecho natural, sino que atacó, simplemente, los mitos sobre los que fue montado el iusnaturalismo de la Edad Moderna.

Por el camino abierto por la escuela idealista se precipitó una riada de autores que escriben en el cambio del siglo XVIII al XIX. En este sentido, Karl Christian Friedrich Krause escribía en 1803 que «Nuestra postura de una esfera infinita para la deducción del Derecho natural (*Weltbürgerrecht*) no descansa en la ficción vacía de un «estado de naturaleza» que todo lo trastoca, no es la de un Derecho extrasocial; pues no existe ningún Derecho fuera de la sociedad» (33).

(31) «Was der Menschheit Noth thut, zu wissen, ist dieses: was für sie zu allen Zeiten, an allen Orten, und unter allen vorkommenden Modificationen ihres Zustandes auf diese Erde recht sey. So wie der Mensch, Mensch bleibt, er sey Kind oder Jüngling oder Mann oder Greis; er lebe in oder ausser einer bürgerlichen Gesellschaft; in einem Europäischen oder aussereuropäischen Staate: so bleibt auch das, was recht ist, sich immer gleich, und es kan die Rechtsform, welche von ewiger Natur und keinesweg dem Gesetze der Veränderlichkeit der Sinnenwelt unterworfen ist, nie; wohl aber die Rechtsmaterie, als Theil der Sinnenwelt, verändert werden». Cfr. *Grundlinien...*, cit., §§ 4 y 5.

(32) «Der Mensch ist nicht erst in Gesellschaft getreten, sondern es wird demselben ursprünglich geboren. Auch kann er nicht, so lange in dem gemeinschaftlichen Sinnenreiche lebt, aus derselben heraustreten». Cfr. *Grundlinien...*, cit., § 36.

(33) «Unsere Annahme einer unedlichen Sphäre für die Deduction des Weltbürgerrecht ist nicht die leere alles Recht verkehrende Fiction eines Naturzustandes, noch auch eines aussergesellschaftlichen Recht; denn es ist kein Naturzustand ohne äusseres Zwangsrecht, und keint Recht ausser in Gesellschaft». Cfr. *Grundlage des Naturrechts oder philosophischer Grundriss des Ideals des Rechts*, Jena und Leipzig, 1803 pág. 93.

La actitud de Krause es, pues, muy parecida a la de Stephani: él no niega la existencia del Derecho natural, pero rechaza el Derecho natural existente.

Una postura similar adoptó Jakob Fries en su *Philosophische Rechtslehre* aparecida este mismo año. Este autor, que estaba a medio camino tanto de la escuela kantiana como de la idealista, evita enfrentamientos con unos y otros y no ataca expresamente los fundamentos del iusnaturalismo dominante; pero parte en todo momento del hombre social, viviendo en sociedad, y prescinde por completo de las construcciones contractualistas que aún usaron los kantianos para fundamentar el Derecho positivo, el Estado o la propiedad (34).

La crítica más radical vino, sin embargo, de un jurista práctico; el campeón de la lucha antikantiana fue J. A. L. Seidensticker, que publicó en 1892, bajo forma anónima, un libro más o menos humorístico que tituló *Juristische Fragmente*. Seidensticker, atacando expresamente a los kantianos, explicaba que la «Metafísica del Derecho consiste en que la razón habla consigo misma sobre sí misma en los asuntos jurídicos, de modo que el metafísico habla con su razón como el ventrílocuo con su estómago» (35). Lo que denuncia, por extenso, el irónico interlocutor de los kantianos es la pérdida en el Derecho del mundo real, y su sustitución por una tramposa y pretendida «razón pura», hecho al que califica de *laesio enormissima* (36). El Derecho, repite Seidensticker, debe ser tratado por juristas, no por filósofos, y de este modo abandonará el mundo de las abstracciones y volverá a la experiencia, en la vida humana real (37). «El Derecho positivo —proseguía

(34) FRIES fue uno de los primeros autores que procedió a una «revalorización» del Derecho positivo, del que parte, y no de los derechos que corresponden al hombre que vive aislado, para construir toda su doctrina jurídica. Su actitud queda claramente expuesta cuando escribe que «Der Wille der einzelnen steht zum Theil unter dem äusseren Einfluß der Natur und nicht einzig unter dem innern Gesetz; das Rechtsgesetz wird also unter Menschen, selbst wo es anerkannt wird, im einzelnen übertreten werden. Außerdem ist aber das Urtheil des einzelnen selbst mangelhaft, er kann deshalb die Rechtsverhältnisse falsch aufgreifen und mißverstehen. Daher ist es nothwendig, das über die innere Gesetzgebung des Rechtes, welches sich philosophisch aus dem Wesen der Vernunft entwickeln läßt, noch eine äussere Gesetzgebung, eine äussere Anerkennung und Sanktion des Gesetzes unter den Menschen hinzukomme, welche nur durch Zwang statt finden kann. Eine solche wirkliche Gesetzgebung unter den Menschen heißt nun eine positive Gesetzgebung». Cfr. *Philosophische Rechtslehre und kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena, 1803, Vorrede, pág. IX.

(35) «Die Metaphysik des Rechts beruht darauf, dass die Vernunft sich mit sich selbst und über sich selbst in Angelegenheiten des Rechts bespricht. Der Metaphysiker unterhält sich mit seiner Vernunft, wie der Bauchredner mit seinem Bauche». Cfr. *Juristische Fragmente*, Göttingen, 1802, § 2.

(36) Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., § 5.

(37) «Wenn die Juristen auf die Grunde ihrer Wissenschaft zurückgehen, so gerathen sie auf das Gebiet der Philosophen. Wenn sich die Philosophen aus ihrer Abstraction heraus vorwärts in die Erfahrung und in das menschliche Leben bewegen; so gerathen sie auf das Gebiet des Juristen. Warum wollen beide Theile sich gegenseitig in ihren Häfen bloquieren, und sich Einer dem Andern nicht erlauben, auf seinem Boden lauden?... Kant wäre ein besserer Naturrecht-Philosoph, wenn er mehr Jurisprudenz verstanden hätte». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., § 78.

este autor— no mantiene una inmediata vinculación con la Filosofía, porque aquél procede únicamente de una voluntad positiva, de la que depende. Si puede existir un influjo de la Filosofía sobre el Derecho positivo, ello no puede acaecer de otra forma que por medio y gracias a esta voluntad positiva..., pues la voluntad se deja influir por argumentos racionales, y aquí se abre la única puerta a través de la cual la Filosofía se debe comunicar con lo positivo... El primer paso es proceder a una presión sobre la voluntad del legislador, especialmente a través de la enseñanza, del convencimiento... Nadie está tan necesitado de ser aleccionado como el legislador, mediante el influjo de la Filosofía sobre lo positivo... Pues el gobernante es el único representante de la razón para todas aquellas cosas sobre las que versa la legislación... Y de esta forma llega la Filosofía a ser una parte integrante de la norma positiva» (38).

La aportación de Seidensticker, mucho más extensa de lo aquí expuesto, señala la primera ruptura completa con el iusnaturalismo y, por tanto, con la escuela kantiana; efectivamente, Seidensticker ya no considera posible aquella razón que, al mismo tiempo que inventora es creadora del Derecho; el único Derecho posible, según él, es el Derecho positivo, y la Filosofía debe limitarse a sugerir al legislador aquellas orientaciones que ordene o aconseje la razón. Esta es, resumidamente, la médula del Positivismo jurídico, pero el momento del desarrollo de esta nueva corriente y, con ello, el de la «Filosofía del Derecho positivo» aún no había llegado. Veamos, a continuación, las vicisitudes del iusnaturalismo en los decenios siguientes.

IV

LA ESCUELA KANTIANA EN EL SIGLO XIX

Quizá el primer decenio de este siglo marque el período de mayor auge del kantismo, ya que esta corriente dominó avasalladoramente en toda Alemania, no sólo en la Filosofía jurídica, sino en la Filosofía

(38) «Das positive Recht stent eigentlich in keiner unmittelbaren Verbindung mit der Philosophie. Es besteht lediglich durch einen positiven Willen, von welchem es auch allein abhängen muss. Soll also ein Einfluss der Philosophie auf das positive Recht statt haben, so kann das möglichen Weise nicht ändern geschehen, als durch Vermittelung und Daswischenkunft dieses positiven Willen selbst... Der positive Wille ist und bleibt aber ein menschlicher, also ein vernunftfähiger Wille. Hier öffnet sich folglich die einzige Pforte, durch welche die Philosophie mit dem Positiven communiciren muss... Am nächsten liegt es, die Sache gerade zu durch Einwirkung auf den positiven Willen der Gesetzgebung gehen zu lassen; nämlich mit Hilfe des Unterrichts, der Überzeugung und Anspornung derer, welche Gesetze zu geben... Niemand hat es so nöthing, darüber unterrichtet zu seyn, was die Philosophie über das Positive sagt, als der Regent selbst... Denn der Regent ist der einzige Repräsentant der Vernunft in allen Sachen, die in dem Umfange und Wirkungskreise des positiven Willens liegen... Hier ist nämlich die Philosophie ein integrierender Theil der positiven Norm geworden». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., §§ 165-170.

pura, la Pedagogía, la Estética, la Teología, etc. (39). No es el momento, sin embargo, en el que aparecen mayor número de obras jurídicas kantianas; éstas ya se habían publicado en los años finales del siglo anterior y prácticamente habían agotado todo lo que se podía decir sobre el Derecho desde un ángulo kantiano.

De todos modos, los inicios del siglo XIX marcan también el período de descomposición de la escuela, al menos en lo que hace a la Filosofía jurídica. Efectivamente, conforme avanza el siglo son más patentes los progresos del idealismo, incluso entre filas tradicionalmente kantianas; aparecen ya varios autores de transición que pretenden coonestar las ideas de Kant con las de Fichte. Comienzan a publicar también los primeros enemigos radicales del kantismo, que no se conformaron con realzar la importancia del Derecho positivo, sino que criticaron a fondo los últimos presupuestos filosóficos y jurídicos de la Filosofía crítica, como es el caso de Karl Theodor Welcker (40), Eduard Henke (41), de Anton Friedrich Justus Tribaut (42), etc.

El peso de la ortodoxia kantiana recayó, durante esta segunda etapa de vida de la escuela, sobre Theodor Schmalz, Anton Bauer y Wilhelm Traugott Krug, fundamentalmente. Schmalz, en 1807, seguía reclamando el juego de la razón pura *a priori* como el único adecuado para constituir una verdadera ciencia: «Ciencia significa, según el uso de nuestra lengua, todo conjunto de conocimientos. Ciertamente, las ciencias se podrían dividir en empíricas (es decir, las que recogen conocimientos que proceden de la experiencia) y puras, que se mueven con conocimientos que son independientes de la experiencia. Pero como los conocimientos que proceden de la experiencia, en un conjunto tal como el arriba aludido, nunca pueden ser ciertos, por eso, sólo las ciencias puras pueden ser llamadas tales en el propio y más elevado sentido de la palabra» (43). Es decir, el método del *Naturrecht*, o como Schmalz

(39) ANTON FRIEDRICH JUSTUS TRIBAUT escribía que «die Anhänger dieser Philosophie... in dem kurzen Zeitraum einiger Jahre das ganze Gebiet ihrer Wissenschaft bebauten, und, wie Garve sagt, die Form der kritischen Philosophie, wenn auch nicht immer ihren Geist, den deutschen Schriften jeder Art ausdrückten. Die Logik, die allgemeine practische Philosophie, die Moral, das Natur-Recht, kurz! alle Wissenschaften... haben schon ihre Bearbeiter gefunden, und zwar in solcher Menge, daß ein Mann, dem die Philosophie nur Neben— oder Hilfswissenschaft ist, und welcher gern die classischen Schriftsteller aller Parteyen lesen möchte, kann einen kleinen Theil der neuesten philosophischen Systeme zu umfassen vermag... Die positive Theologie und Jurisprudenz, die Mathematik, die Physik, die Chemie, die Pädagogik, die Staatswissenschaften, die Grammatik, die Katechetik— alles ist nach kantischen Grundsätzen kritisirt, und durch kritische Principien gegründet). Cfr. *Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, en «Versuche über einzelne Theile des Theorie des Rechts», Jena, 1817, pág. 125.

(40) Vid. *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, 1813, págs. 45 y ss.

(41) Vid. *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft und das Studium derselben in Deutschland*, Regensbourg, 1814.

(42) Vid. *Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, cit., *passim*.

(43) «Wissenschaft bedeutet nach dem Gebrauch unsern Sprache jeden bestimmt vollendeten Inbegriff von Erkenntnissen. Nun mögen zwar die Wissen-

prefiere llamarlo, de la *Rechtsphilosophie* (44), no puede ser otro que el funcionamiento de la razón pura *a priori*, que se desarrolla presuntamente desvinculada de la experiencia sensible. Concretamente, el método de la Filosofía del derecho, una vez supuesta la pureza racional; es, según Schmalz, el analítico-sintético, a semejanza de las ciencias exactas: «Así como el método sintético de la Geometría comienza con axiomas, del mismo modo el método analítico de la Filosofía del derecho comienza con la explicación tanto del concepto fundamental que ella debe analizar como de aquellos otros que ella presupone» (45).

Anton Bauer realizó un esfuerzo apreciable por defender, ya que no para fundamentar, las tesis fundamentales de la doctrina kantiana sobre el Derecho. Para Bauer, como en general para todos los kantianos, es la razón práctica la que debe, mediante sus leyes, hacer posible la coexistencia entre los hombres; éstos se encuentran obligados irremisiblemente a coexistir en el mundo y se impone, en consecuencia, una limitación de la libertad externa de cada hombre a fin de que todos puedan vivir con libertad dentro de un orden general de la libertad: es la razón práctica la que, como legisladora, limita la libertad de cada cual a fin de hacer posible la libertad de todos. Estos preceptos de la razón práctica, explicaba Bauer, constituyen la legislación jurídica, también llamada legislación externa, porque se refiere únicamente al comportamiento externo, o bien porque tales acciones se fundamentan en un móvil externo (46).

Desde estas premisas resulta claro el concepto de Derecho natural,

schaften in empirische getheilt werden, das ist, solche die Erfahrung Erkenntnisse sammeln, und in reine, welche Erkenntnisse aufstellen, die von der Erfahrung unabhängig sind. Weil aber wir bey Erfahrungskennntnissen bestimmter Vollendung irgend eines Inbegriffs derselben nie gewiss seyn können; so können nur die reinen im eigentlichen und höhern Sinne Wissenschaften genannt werden». Cfr. SCHMALZ, *Handbuch der Rechtsphilosophie*. Halle, 1807, § 2.

(44) Unter den Namen des Naturrechts, wie man geheinhin die Rechtsphilosophie nennt...». Cfr. *Handbuch...*, cit., § 10.

(45) «Wie die syntetische Methode der Geometrie mit Axiomen beginnt: so muss die analytische der Rechtsphilosophie mit Erklärung des Grundbegriffes beginnen, den sie analysiren soll, und derer, welche er selbst vorausgesetzt. Die ganze folgende Abtheilung aller Rechtssätze beruht demnach allein auf die Richtigkeit folgenden Erklärungssätze». Cfr. *Handbuch...*, cit., § 16.

(46) «Die praktische Vernunft muss zunächst durch ihre Gesetze die Coexistenz der Menschen möglich machen. Diese leben nemlich in einem unvermeidlichen Zustande der Gemeinschaft und gegenseitigen Einwirkung. Wollte in dieser Lage ein Jeder mit unbeschränkter äusserer Freiheit handeln, so würden sie nicht als Vernunftswesen in der Sinnenwelt neben einander bestehen und wirken können, mithin die Freiheit Aller aufgehoben werden. Auch liegt in dem Ausspruch eines Jeden auf freie Existenz und Wirksamkeit die Gestattung eines gleichen Ausspruchs für alle Andere. Die gesetzgebende Vernunft schränkt daher die äussere Freiheit eines Jeden so weit ein, dass sie mit der Freiheit Aller bestehen kann. Diese Gesetzgebung ist die rechtliche (man nennt sie auch die äussere Gesetzgebung, theils weil sie blos auf äussere Handlungen geht, theils weil sie zugleich auf äusseren Triebfedern beruht), ihre Vorschriften heissen Rechtsgesetze, d.h. Bedingungen, unter denen die äussere Freiheit aller Menschen vereinbar ist. Hieraus bildet sich der Rechtsbegriff». Cfr. A. BAUER, *Elementarsystem der Rechtswissenschaft oder Lehrbuch eines propädeutischen Cursus für Rechtsgelehrte*. Marburg, 1808, § 6.

también llamado por Bauer, *Vernunftrecht* o *philosophische Rechtswissenschaft*, es, en su sentido objetivo, la exposición sistemática de las leyes jurídicas dadas por la razón, es decir, las condiciones generales y necesarias bajo las cuales las libertades externas de los hombres son compatibles entre sí (47). Esta es la única finalidad del Derecho natural, repite Bauer incansablemente: que la razón pura determine de forma general y necesaria (que se opone a casual, *zufällige*, es decir, proveniente de la experiencia) cómo es posible la coexistencia de las libertades de cada hombre (48).

Unas ideas similares exponía Amadeus Wendt pocos años más tarde. «Nosotros entendemos por el Derecho natural una ciencia sobre el Derecho. Esta ciencia no se ocupa de un Derecho determinado, es decir, de una legislación positiva, sino del Derecho, en general. Por esto, no se trata de una ciencia empírica, sino de una ciencia filosófica. La esfera en la que se encuentra el concepto del Derecho es la naturaleza operativa del hombre y, en concreto, su actuar racional; el Derecho natural es, pues, una parte de la Filosofía práctica, o de la Etica, en sentido amplio» (49).

Ante el avance de ideas filosóficas muy distintas a las suyas, Krug pretendía defender las tesis filosóficas-jurídicas kantianas aún en 1817. En tono polémico, Krug, que tanto se quejaba del creciente número de enemigos del Derecho natural, exponía que la ley jurídica es un principio fundamental de la razón, concretamente de la razón práctica, porque la razón, en la medida en que es legisladora para nuestra actividad práctica, debe determinar también al Derecho, ya que él es un atributo necesario de tal actividad, y por eso llama también al Derecho natural «Derecho racional». A través del Derecho natural, sigue Krug, es determinada la forma del comportamiento humano externo,

(47) «Aus diesen Prämissen ergibt sich also... der Begriff der philosophischen Rechtslehre. Naturrecht (Vernunftsrecht, philosophische Rechtswissenschaft) ist 1) im objectiven Sinn die systematische Darstellung der durch die Vernunft gegebenen Rechtsgesetze, d.h. der allgemeinen und nothwendigen Bedingungen, unter denen die äussere Freiheit aller Menschen vereinbar ist...». Cfr. BAUER, *Elementarsystem...*, cit., § 8.

(48) «Der Zweck der philosophischen Rechtslehre besteht in Lösung des Problems: wie die äussere Freiheit eines jeden Menschen mit der Freiheit Aller, mit denen er in Wechselwirkung stht, vereinbar sey, wie folglich eine Gemeinschaft vernünftiger Sinnenwesen besthen könne?... Doch gehören nicht alle, sondern nur die durch Vernunft vorgeschrieben und erkennbaren, mithin allgemeinen und nothwendigen Bedingungen jener Coexistenz (Zufällige, erst durch Erfahrung bestimmbare und auf Willkühr beruhende Bedingungen können nicht zu ihrem Gegenstande gehören». Cfr. BAUER, *Elementarsystem...*, cit., § 9.

(49) «Wir vertshen unter dem Naturrecht eine Wissenschaft von Rechte. Diese Wissenschaft handelt nicht von einem bestimmten Rechte (d.h. einer positiven Gesetzgebung); sondern von dem Rechte überhaupt. Sie ist daher keine empirische, sondern eine philosophische Wissenschaft. Die Sphäre, in welcher sich der Begriff des Rechts findet, ist die handelnde Natur des Menschen, und zwar das vernunftmäßige Handeln desselben; das Naturrecht ist also ein Theil der praktischen Philosophie, oder der Ethik im weitern Sinne, welche die Wissenschaft ist von den in das Natur vernünftige Wesen begründete Gesetzen, ihres Handelns (Sittengesetze im weitern Sinne), oder die Wissenschaft von dem Ideale des vernünftigen Handelns». Cfr. A. WENDT, *Grundzüge der philosophischen Rechtslehre*. Leipzig, 1811, § 1.

sin atender a su materia u objeto, y tal determinación es originariamente *a priori*, porque no es deducida de la experiencia, pues de esta última se extrae indistintamente lo que es Derecho como lo que es antijurídico, o ninguna de las dos cosas, ya que por ella sólo percibimos hechos que la razón juzga —según aquella determinación originaria— como justos o injustos. Por tanto, no puede ser principio del Derecho natural ninguna regla material y empírica (50).

Krug fue uno de los últimos grandes kantianos que mantuvo las tesis fundamentales del kantismo jurídico; el mismo tono polémico de su obra tardía nos indica que, hacia 1815, ya había pasado la edad de oro de la escuela kantiana. En efecto, por estos años, la totalidad de los pilares iusnaturalistas o kantianos —desde finales del siglo anterior ser iusnaturalista, de hecho, era sinónimo de ser kantiano— eran negados abiertamente en muchas universidades alemanas. La hipótesis del hombre aislado que vive en el *status naturae*, el contractualismo como fundamento del Derecho, del Estado y de la propiedad, la razón pura legisladora de la actividad moral o jurídica del hombre fueron, entre otras cosas, rechazadas como antigüedades incapaces de conformar la vida alemana del siglo XIX. Es preciso tener en cuenta que con la aniquilación de la escuela kantiana no se estaba rechazando únicamente a Kant y sus discípulos; éstos sólo prolongaron la moribunda vida del iusnaturalismo racionalista de la Edad Moderna, a finales del siglo XVIII, el salvavidas momentáneo del *ius naturale et gentium* cumplió su función a costa de hacer propios —eso sí, dándoles una presentación externa y una consistencia filosófica que no poseían anteriormente— los mitos fundamentales del Derecho natural. *Ius naturae* y kantismo jurídico fueron, por tanto, indisolublemente unidos desde 1792 hasta el final del primer tercio del siglo XIX; el hundimiento de la escuela kantiana señaló, en consecuencia, la desaparición de la escena europea del Derecho natural basado en los «estados de naturaleza», contratos sociales, etc....

La mala salud de la escuela kantiana se había dejado sentir desde algunos años antes. Ante la creciente importancia de la *Philosophie del positiven Rechts*, Anton Bauer había explicado, en 1808, en tono conciliador, que «la Filosofía del Derecho positivo consiste en la explicación sistemática de los resultados que se derivan del examen de la juri-

(50) «Das allgemeine Rechtsgesetz... ist ein Grundsatz der Vernunft und zwar der praktischen, weil die Vernunft, wieferne sie für unsre praktische Thätigkeit gesetzgebend ist, auch das Recht als ein von ihr selbst gefordertes Attribut diesser Thätigkeit gesetzlich bestimmen muss. Darum heisst das Naturrecht auch ein Vernunftrecht... Den es wird dadurch bloss die Art und Weise (forma) des äussern Handelns überhaupt bestimmt, ohne Rücksicht auf dessen Stoff (materia) oder Gegenstand (objectum), und diese Bestimmung ist ursprünglich (a priori), nicht aus der Erfahrung entlehnt, als welche eben so viel Unrecht als Recht, im Grunde aber Keins von beiden, sondern, nur Thaten wahrnehmen lässt, welche die Vernunft nach jener ursprünglichen Bestimmung als Recht oder als Unrecht anerkennt. Anmerkung 1: Kein materialer und empirischer Grundsatz kann Prinzip des Naturrechts sein... Denn nicht nur haben die Menschen von dem, was ihrer Vollkommenheit oder Glückseligkeit gehört, unendlich verschieden Begriffe...». Cfr. W. T. KRUG *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre*, Königsberg, 1817, § 20.

dicidad y adecuación (*Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit*) de una legislación positiva. El canon de la juridicidad es el Derecho natural, exponía Bauer, mientras que la adecuación de tal legislación es medida por la Antropología, la Política y la Historia, con especial referencia a las condiciones físicas, intelectuales y morales de un pueblo. La Filosofía del Derecho positivo se diferencia, por tanto, del Derecho natural tanto si atendemos a su forma como a su contenido...» (51).

Las concesiones a la Filosofía del Derecho positivo, aún dentro de la escuela kantiana, se debieron al fuerte realce que iba tomando la corriente que mantenía que todo el Derecho existente no puede ser sino positivo. Ya Krung, en 1811, se había lamentado de lo extendida que estaba esta opinión (52), y Wilhelm Gottlieb Tafinger explicaba poco antes que muchos entendían que el Derecho natural no podía ser sino lo que resulta de la comparación entre varias legislaciones positivas afines; de tal comparación resultaría, por ejemplo, que deben extisir los *domina rerum*, que los pactos deben ser observados, etc...., aunque los que así piensan, exponía Tafinger, conceden que en todas las legislaciones debe de existir, presupuesto, un concepto del derecho que sea común y anterior a todo Derecho positivo (53).

Ser kantiano en el segundo decenio del siglo XIX no era tarea fácil. Gottlieb Ernst August Mehmel tuvo que hacer muchos equilibrios para mantener, en 1815, una remota fidelidad a Kant. Salvó, ciertamente, alguna tesis kantiana, a costa, sin embargo, de aceptar la mayor parte de la doctrina jurídica de Fichte. Aunque mantiene la existencia de un Derecho puramente racional, se vio obligado a admitir que la *Reine Rechtslehre*, como todas las ciencias puramente teóricas, no tiene ninguna capacidad conformadora de la realidad; su única efectividad consiste en que aquellos casos que aún no han sido regulados por una ley positiva debe ser resueltos atendiendo a las reglas del Derecho ra-

(51) «Philosophie des positiven Rechts ist die systematische Darstellung der Resultate, welche aus der Prüfung der Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit einer positiven Gesetzgebung fliessen. Der Kanon der Rechtmässigkeit ist das Naturrecht. Die Zweckmässigkeit hingegen prüft man nach der Anthropologie, Politik und Geschichte, mit besonderer Rücksicht auf physische, intellectuelle, moralische un politische Beschaffenheit eines Volks... Die Philosophie des positiven Rechts unterscheidet sich daher von Naturrecht sowohl in Hinsicht der Form, indem sie grössentheils empirische Wissenschaft ist, als auch in Hinsicht des Inhalts». Cfr. *Elementarsystem...*, cit., § 15.

(52) «... wohl gar gemeint, es gebe eigentlich kein natürliches Recht, sondern alles Recht sei positiven Ursprung; man könne daher wohl über das positive Recht, wie über alles Gegebne, philosophiren, aber nimmer könne die Philosophie aus eigener Machtvollkommenheit allgemeingültige Rechtsgesetze aufstellen». Cfr. W. T. KRUG, *Naturrechtliche Abhandlung oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1811, *Einleitung*, pág. 3.

(53) «Was man bey der Vergleichung mehrerer Gesetzungen übereinstimmend findet, das ist Naturrecht. Daß es *dominia rerum* giebt, daß *pacta* gehalten werden müssen, ist Naturrecht... Sie setzen, weil in allen Gesetzgebungen ein Recht des Gesetzgebers, und folglich auch in Recht überhaupt vorausgesetzt wird, gleichfalls voraus, daß es einen Rechtsbegriff geben müsse, der vor allem positiven Recht hergeht, also— einen natürlichen Rechtsbegriffs». Cfr. W. C. TAFINGER, *Die Rechtswissenschaft nach den Verhältnisse und Bedürfnissen der neuesten Zeit*, Tübingen, 1808, págs. 27 y 28.

cional de acuerdo con las circunstancias que concurran en el caso (54). ¡Pobre resultado para un kantiano!

Todavía Theodor Marezoll publicó en Giessen, en 1819, su *Lehrbuch des Naturrechts*, de corte kantiano; ya era bastante tarde porque, precisamente en este año aparecieron los ataques fundamentales y decisivos para la escuela kantiana. El Derecho natural, a mediados del decenio, se había vuelto en algo problemático. En este sentido, Georg Horn denunciaba la presentación de construir un *Naturrecht* como una parte más de la Filosofía, de modo que todas sus reglas debieran ser demostradas estrictamente, que no se apoyaran en sentimientos o en experiencias (55); esto no era posible, y la cuestión que se planteaba Horn era la de si una ciencia de este tipo debía ser tolerada y enseñada (56).

V

LOS ENEMIGOS DE KANT A COMIENZOS DEL SIGLO XIX

«La Filosofía crítica tiene enemigos —explica Thibaut— cuyo número crece de día en día, de modo que la afición a las investigaciones filosóficas se enfría cada vez más en las mejores cabezas. Se ha llamado bastante la atención sobre el estado enojoso de esta Filosofía, si es que con este nombre queremos referirnos impropiamente a lo que los discípulos de Kant han pensado y escrito, cosa ridícula y digna de burla. Sería mucho mejor todo si estas ganas de reír y satirizar fueran empleadas en hacer a los filósofos más sabios, más prudentes, más modestos... de modo que sus errores en su forma de proceder no fueran imputados como defectos de la misma materia que están tratando» (57).

(54) «Die reine Rechtslehre ist wie jede Wissenschaft an sich bloß theoretisch und hat als solche mit Bestimmung der Wirklichkeit nichts zu thun; da aber alles wirkliche Recht nur als die Anwendung des reinen Rechts betrachtet werden kann: so postulirt die Vernunft, alle Fälle die noch keine Gesetz bestimmt sind, nach Grundsätze des reinen Rechts in Uebereinstimmung mit den gegebenen Verhältnissen zu bestimmen». Cfr. G. E. A. MEHMEL, *Die reine Rechtslehre*, Erlangen, 1815, § 104.

(55) «Sie macht daher einen Theil der gesammten Philosophie aus, und in ihr muß die nämliche Methode beobachtet werden, welche die Philosophie überhaupt zu befolgen hat das heißt, alle ihre Sätze müssen Streng bewiesen werden, und sie darf sich hierbey nicht auf dunkle Gefühl, oder auf die Erfahrung, noch auch auf eine schon vorhandene Gesetzgebung berufen. Gibt es irgend ein positives Recht, das den Forderungen der Vernunft entspricht...». Cfr. G. HORN, *Ueber den Einfluß der öffentlichen Denkfreiheit auf die geistige Bildung eines Volkes und des Verhältniß des Naturrechts zum positiven Rechts*, Jena, 1814, pág. 25.

(56) «... und, da diese Untersuchungen einer besondern Wissenschaft, welche unter dem Namen «Naturrecht» oder wie man sie in den neuern Zeiten unsers Dafürhaltens besser benannt hat «Rechtsphilosophie» bekannt genug ist, angehören; ob diese Wissenschaft geduldet und gelehrt werden dürfe?». Cfr. HORN, *Ueber den Einfluß...*, cit., pág. 17.

(57) «Wenn die kritische Philosophie so viele Gegner hat, deren Zahl immer mehr, wiewohl im Stillen, zu wachsen... wenn überhaupt die Neigung zu philosophischen Untersuchungen immer mehr selbst unter den besseren Köpfen erkaltet... Schon oft genug ist dieser ärgerliche Zustand der kritische Philosophie

Fue tal el predominio de la Filosofía crítica en Alemania que, aún en 1817, ser filósofo era casi sinónimo de ser kantiano; por ello, un enfriamiento en el fervor a Kant significaba necesariamente una menor atención al proceder filosófico y, consecuentemente, un menosprecio por las ciencias filosóficas, entre ellas el *Nurrecht*. De hecho, la revaloración y mayor atención al dato positivo, tan típica de este momento, determinó una fuerte aversión contra la forma abstracta-racional de proceder, típica de los kantianos; así, frente a las «verdades» racionales, extraídas de la razón pura, fue extendiéndose la conciencia, cada año más generalizada en Alemania, de que no puede existir una ciencia puramente racional que suministre verdades *a priori*, universalmente válidas; en el terreno científico sólo existen, como indicaba Thibaut, «opiniones, creencias, intuiciones» (58).

En el terreno concreto del Derecho, proseguía Thibaut, «debemos construir principios generales, pero sólo aquellos que se puedan obtener de las fuentes positivas. Debemos, ciertamente, crear una Filosofía, pero una Filosofía que sea histórica, es decir, una tal que nos ponga ante los ojos a la legislación con sus determinaciones jurídicas que, consecuentemente, debe ser desarrollada desde las ciencias positivas, y que sólo es un sector de lo positivo... Este es el espíritu que domina hoy en el *Göttingischen gelehrten Anzeigen*, en los escritos del editor del *Civilistisches Magazin* y que emerge aquí y allá en otras tantas revistas» (59).

Estas circunstancias, explicaba Thibaut, han motivado que los juristas que estudian las fuentes positivas muestren una fuerte indiferencia para la Filosofía, una indolencia que se proyecta especialmente contra la parte más inmutable de la Filosofía, es decir, la Lógica y que, ciertamente en modo menor, también se extiende contra aquel sector de la Filosofía que es imprescindible para los juristas, a saber, el Derecho natural (60).

—wenn man uneigentlich alles mit diesem Name belegen will, was von den Anhängern Kants gedacht und geschrieben wird— bemerklich gemacht, belacht und bespöttelt worden. Vortrefflich wäre es, wenn diese lachende und satyrische Laune benutzt würde, die Philosophen weiser, vorsichtiger, bescheidener zu machen... wenn man nicht die Fehler des Gebrauchs zum Fehler der Sache zu machen bemüht wäre». Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluß der Philosophie...*, cit., pág. 126.

(58) «... so giebt es überhaupt keine Philosophie, als ein System objectiven Wahrheiten; wir haben nur Meynungen, Glauben, Ahnungen». Cfr. *Ueber den Einfluß...*, cit., pág. 127.

(59) «Mit den Buchstaben der Gesetz kann man sich nicht genügen. Wir müssen uns zu allgemeinen Grundsätzen erhaben, aber nur solchen, welche aus den positiven Quellen sich abstrahiren lassen. Wir müssen uns eines Philosophie in die Arme werfen, aber nur einer historischen, das heisst, einer solchen, welche die Legislation bey ihren rechtlichen Bestimmungen vor Augen hatte, welche folglich auch aus den positiven Quellen entwickelt werden muß, und welche selbst ein Theil des Positiven ist... Derselbe Ton herrscht überall in den Göttingischen gelehrten Anzeigen, in den Schriften des Herausgebers des Civilistisches Magazins, un hin und wieder in verschiedenen Zeitschriften». Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluß...*, cit. pág. 128.

(60) «... diese und mehrere andere Umstände scheinen den positiven Rechtsgelehrten immer mehr eine gewisse tiefe Gleichgültigkeit gegen philosophischen

Ya Mehmel, unos años antes, había reflejado el ambiente dominante sobre el Derecho natural :«Lo que yo he elaborado en esta Parte como *Reine Rechtslehre* ha sido llamado hasta ahora de forma casi general *Naturrecht*; en opinión de muchos, esa última ciencia, por culpa de la palabra *Natur* en su nombre, ha conducido a tantos por un camino equivocado en lo que respecta a la verdadera tarea de la ciencia y, en consecuencia, sus progresos se han visto detenidos por esta locura de la reflexión» (61).

Ignaz Rudhart, en su influyente *Encyclopädie*, no se mostró expresamente agresivo contra los kantianos, pero, uno a uno, fue desmontando los fundamentos de las construcciones de Kant, y sus discípulos. Explicaba Rudhart que no existen derechos naturales en el *status naturae* por la sencilla razón de que no existe Derecho fuera de la sociedad (62); frente a la opinión dominante exponía que el Estado no surge de un contrato, sino que es un organismo vivo que se desarrolla, según sus propias leyes, en la Historia (63). Así planteadas las cosas, el único *Naturrecht* posible no podía ser otra cosa, según Rudhart, que una Parte General inducida de los Derechos históricamente existentes (64). Dado que la forma de proceder en el Derecho natural había sido hasta entonces puramente abstracta y *a priori* faltaba por completo en la Ciencia jurídica una Filosofía del Derecho y una verdadera ciencia; por este motivo los teólogos, los filósofos y los médicos des-

Untersuchungen einzufößen, eine Indolenz, welche sich selbst auf den unwandelbaren Theil der Philosophie, die Logik, und den, freilich minder gewissen, aber dem Juristen völlig unentbehrlichen Theil derselben, das Naturrecht, erstreckt». Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluß...*, cit., pág. 131.

(61) «... Was der Verfasser in diesem Theile als reine Rechtslehre bearbeitet hat, wurde bisher beinahe allgemein Naturrecht genannt, ein Ausdruck welcher durch den Zusatz der Natur die Forschungen Vieler über die wahre Aufgabe der Wissenschaft selbst irregeleitet und ihre Fortschritte durch unbemerkte Verrückung der Reflexion offenbar aufgehalten hat...». Cfr. MEHMEL, *Die reine Rechtslehre*, cit., Vorrede, pág. X.

(62) «Nur durch die Coexistenz der Menschen ist das Leben der Menschheit überhaupt, so wie die Entwicklung und Realisirung der Idee der Rechtes möglich, weil Recht nichts anders, als die äussere Coexistenz-Ordnung ist». Concluye a tenor de estas líneas que «Kein Recht ausser dem Staate». Cfr. RUDHART, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Würzburg, 1812, § 16.

(63) «Der Natur-vernunftnothwendige Verein von Menschen auf einem durch die Natur begränzten, bestimmten Lande (Gebiethe), heisst: Staat.

Es bedarf also keiner Fiction, um den Staat zu construiren, es ist vorhanden, sobald Menschen auf einem bestimmten Gebiete coexistiren, wenn sich auch dessen Gestaltung noch nicht völlig entwickelt haben sollte: gerade so, wie der menschliche Körper schon vorhanden ist, da er als Foetus existirt.

Am wenigsten bedarf es eines Vertrages, um sich die Entstehung des Staates zu erklären! Verträge setzen vielmehr den Staat schon voraus. Cfr. RUDHART, *Encyclopädie...*, cit., § 27. Más adelante prosigue: «Aus dem Satze: dass der Staat ein vernunftnothwendiges Ganze, oder ein Organismus sey, fließt als nothwendige Folge, dass einer jeden Handlung, welche diesem Organismus...», Cfr. op. cit., § 43.

(64) «Der Zusammenhang der verschiedenen Theile und Richtungen des Rechts, z.B. Staatsrecht, Civilrecht, Criminalrecht, u.s.w., und deren Verhältniss zueinander ist etwas Ewiges, Unveränderliches, und nicht abhängig von historischen Gründen». Cfr. RUDHART, *Encyclopädie...*, cit., § 23.

preciaban a los juristas (65). Como puede verse, para llegar a un completo «positivismo» jurídico —entendido éste en sus coordenadas históricas, no como se expone ahora— no era preciso dar ningún paso más, ya que Ignaz Rudhart había agotado el pequeño arsenal de tópicos del incipiente positivismo. De todos modos, era aún muy pronto para pretender firmar el certificado de defunción de la escuela kantiana; de hecho cuando la Enciclopedia de Rudhart llevaba dos años circulando por las universidades, Eduard Henke se lamentaba de que en Alemania siguiera dominando, en el estudio e investigación jurídica, un método conceptual-abstracto, completamente antihistórico, que dejaba de lado las exigencias imperiosas de la nación. «Organización, constitución, legislación son los grandes temas del momento... la realidad afirma sus derechos contra una simple posibilidad vacía, que es la que pretende situarse en su lugar» (66); pero en la Universidad —se quejaba Henke— no se hacía sitio a estas exigencias, ya que son los amigos de los conceptos los que dominan la mayoría de las cátedras alemanas (67).

De todos modos, los testimonios antikantianos expuestos, en gran medida, no pasaron de ser declaraciones más o menos programáticas de desigual alcance. El ataque definitivo contra la escuela comenzó en el año 1819 con la aparición de varias obras de distinta envergadura y finalidad; la primera a la que aludiré es el *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts* de Julius Theodoricus Friedrich Schnaubert, aparecida este año.

Comenzaba Schnaubert negando el punto de partida de las construcciones jurídicas kantianas, a saber, el origen atomista y contractual de la sociedad. «El hombre es al mismo tiempo animal y ser racional, y desde ambos puntos de referencia está destinado a vivir vida social. Como animal, el recién nacido necesita de sus padres en orden a la protección y alimentación; en tanto que ser dotado con razón necesita él también a los otros hombres, pues la razón no se desarrolla nunca de forma autónoma, sino a través del contacto con otros hombres de finalidad; la primera a la que aludiré es el *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts* de Julius Theodoricus Friedrich Schnaubert, aparecida este año.

(65) «Schon die gemeine Meinung steht dem Stande des Rechtsgelehrten entgegen: manch denkender energischer Jüngling dünkt sich zu talentvoll, als dass er seine Pfunde durch die Rechtswissenschaft vergraben sollte; der Philosoph, Theolog, und Mediziner schätzen sich glücklich gegen den Juristen, welchem jeder wissenschaftliche Geist entfremdet sey». Cfr. RUDHART, *Encyclopädie...*, cit., § 99.

(66) «Organisation, Verfassung, Gesetzgebung, wurden nun die großen Lösungsworte des Tages... die Wirklichkeit behauptete ihr unaustilgbar Recht gegen eine leere Möglichkeit, die sie an ihre Stelle setzen wollte». Cfr. HENKE, *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft...*, cit., *Vorrede*, pág. XII.

(67) «Sind es nun aber diese, welche auf den meisten juristischen Lehrstühlen Deutschlands thronen...». Cfr. HENKE, *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft...*, cit., *Vorrede*, pág. XV.

(68) «Im Menschenreiche ist alles dies anders und vollendeter. Der Mensch ist zugleich Thier und Vernunftwesen, in beyden Beziehungen ist er dauern für gesellschaftliches Leben bestimmt. Als Thier ist der Neugeborne lange an Schutz

«Puesto que la sociedad es el único medio para lograr una existencia humana, proseguía Schnaubert, y una formación racional, hay que concluir que un estado del hombre extrasocial es impensable y, desde luego, no ha existido jamás; en consecuencia, el que el hombre viva en sociedad no es un hecho voluntario por su parte y no puede ser fundamento en un contrato, puesto que la vida social no ha surgido de un conocimiento de las ventajas que proporciona; en todo caso, este conocimiento viene más tarde, cuando el hombre ya ha sido formado por la sociedad» (69).

Procede también Schnaubert a demostrar la Moral kantiana en nombre de la Ética cristiana, y frente a la Moral de Kant —basada en el egoísmo, que no logra dar cuenta de las obligaciones positivas con los demás hombres— opone la Ética del amor cristiano (70).

Contra la opinión de los kantianos acerca de la finalidad del Estado, al que dejaron reducido a una maquinaria que creara seguridad en el disfrute de los derechos de libertad y propiedad, Schnaubert opuso una visión muy distinta: «El Estado no existe únicamente para hacer posible y mantener el régimen jurídico, sino que, más bien, el Derecho es un fin subordinado al Estado, medio solamente para la condición externa de vida y educación. Pues el fin general del Estado se orienta a la formación humana en todas sus direcciones posibles, aunque queden fuera del mero mantenimiento del orden jurídico, especialmente las que se refieren a la formación de la virtud, religión, arte y ciencia; y hacia este fin amplio tienden todos los pueblos cultos, como nos enseña la experiencia...

Unilateralmente y de forma falsa, la mayor parte de los juristas han defendido al Estado como una organización para el mantenimiento del Derecho, entendiendo que el Derecho orientaría su poder hacia otros fines sólo de forma secundaria... Aunque es cierto que al jurista, como tal, sólo le interesa el lado jurídico del Estado.

Pero el Estado no se deja caracterizar simplemente como una ma-

und Nahrung durch Eltern gefesselt; als Wesen mir Vernunftanlage und mit dem Triebe, diese Anlage auszubilden (vernünftig zu werden), bedarf er gleich nothwendig anderer Menschen; denn die Vernunftanlage entwickelt sich nicht selbstthätig, sondern nur durch Einwirkung schon ausgebildeter Vernunftswesen. Natur und Vernunft also weisen den einzelnen Menschen in die Gesellschaft, und zwar für sein ganzes Leben. Denn das Familienband wird unter Menschen zu einem geistigen Verhältnisse der Liebe (und wahre Liebe kann nur mit dem Daseyn selbts enden); das größere gesellschaftliche Band bleibt stets unentbehrlich, weil die menschliche Vernunftanlage unendliches Ausbildung fähig...». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts*, Jena, 1819, § 17.

(69) «Da Gesellschaft einziges Mittel menschlichen Daseyns und vernünftiger Ausbildung ist, so ist ein außergesellschaftliche Zustand des Menschengeschlechtes undenkbar und gewiß nie vorhanden gewesen. Es ist also nicht willkürlich und bloß durch Vertrag begründet. daß der Mensch in Gesellschaft lebt, das gesellige Leben nicht erst durch die Erkenntnis der Vortheile, welche aus Eintracht und Geselligkeit hervorgehen entstanden; vielmehr kommt diese Erkenntniß dem Menschen erst später, nachdem er durch Gesellschaft schon gebildet ist. So wie mehrere Menschen zusammentreten, müssen sie entweder in einem vernünftigen gesellschaftlichen oder in einem vernunftwidrigen feindlichen Verhältnisse stehen». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 18.

(70) Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 20.

quinaria coactiva al servicio del aseguramiento del orden jurídico; esto podría ser cierto referido a la convivencia jurídica de los ciudadanos, pero no referido a la meta más alta de la formación, que no se puede forzar mediante una organización externa coactiva; precisamente en este último punto el poder del Estado aparece más bien orientado a promover o fomentar que no a forzar» (71).

Por lo que respecta a las relaciones entre Estado y Derecho, Schnaubert invirtió los términos iusnaturalistas-kantianos; éstos habían entendido que el hombre posee un derecho genérico a la libertad y a la propiedad y que concurre, con otros, hacia el Estado a fin de salvaguardar tales derechos, que correrían peligro en el *status naturae*; en cualquier caso, el Derecho —no en el sentido de ordenamiento jurídico, sino en el derecho subjetivo a la libertad o a la propiedad— era «anterior», cronológicamente entendido, al Estado. A esta visión de las relaciones entre Derecho y Estado se opuso radicalmente Schnaubert: «Las reglas jurídicas (*Rechtssätze*) pueden existir sin el Estado, pero se trataría en tal caso de un Derecho puramente teórico (*ein solches Recht nur im Begriffe*), no existente en la realidad. Sucede que, a fin de que cada cual sepa qué reglas le corresponden como derecho, y para que nadie se las pueda negar, el Estado debe aclarar el Derecho y, en caso necesario, forzar a su cumplimiento. Porque sin Estado existe solamente un Derecho en lo que respecta a su contenido, es decir, su posibilidad simple, sin coercibilidad; el Estado aparece en esta situación precisamente como una organización jurídica y como una máquina de coerción. necesario para el orden jurídico real de sus ciudadanos» (72).

Sobre el origen y fundamentación del Estado, los iusnaturalistas habían entendido que éste no puede tener otro inicio que las volunta-

(71) «Nicht blos un den Rechtszustand zu begründen und zu erhalten, besteht der Staat, vielmehr ist das Recht und der Rechtszustand nur ein untergeordneter Zweck des Staates, nur Mittel und äussere für Leben und Bildung. Der allgemeine Staatszweck geht auf Menschenbildung in allen ihren möglichen Richtungen, also, äusser körperlicher Entwicklung und außer dem Rechtszustande, besonders auf Bildung für Tugend, Religion, Kunst und Wissenschaft. Diese alles umfassenden Zweck erstreben, wie die Erfahrung lehrt, alle gebildeter Völker ..

Einseitig, und darum unwahr, definiren die mehrsten Rechtsgelehrten den Staat als eine bloße Anstalt für den Rechtszustand, meinend, der Staat benutze nur nebenbey seine Gewalt zu anderen Zwecken, oder treffe die übrigen Einrichtungen nur zur größeren Sicherstellung des Rechtszustandes. Freilich dem Juristen als solchem ist nur die rechtliche Seite des Staates von Bedeutung.

Eben so wenig läßt sich der Staat bloß als eine Zwangsanstalt zur Sicherung des rechtlichen Zustandes bezeichnen, denn allenfalls das rechtliche Zusammenbestehen der Bürger, aber nicht das Höchste der Bildung, läßt sich durch äußere Anstalten erzwingen, gerade hier zeigt sich die Staatsgewalt nur befördernd». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 31.

(72) «Obgleich es auch ohne Staat Rechtssätze, also ein Recht giebt: so ist doch ein solches Recht nur im Begriffe, nicht in der Wirklichkeit vorhanden. Damit Jeder im Staate wisse, welche Sätze als Recht anzuerkennen seyen, und damit keiner diese und den Weigernden, nöthigen Falles, zu Anerkennung zwingen. Ohne Staat ist zwar ein Recht dem Inhalte —der Möglichkeit, aber nicht der Erzwingbarkeit— der äußeren Wirklichkeit nach, vorhanden. Der Staat erscheint in dieser Beziehung als Rechtsanstalt und Zwangsanstalt, weil als nothwendig für den wirklichen Rechtszustand seiner Bürger». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 34.

des de los hombres individuales, de modo que el Estado derivaría su fuerza, mediante un contrato, de las voluntades unidas. Por lo que ya hemos estudiado, esta opinión no podía ser sino rechazada por Schnaubert; no son los individuos los detentadores originarios del poder del Estado, sostiene este autor, sino la sociedad misma: los poderes del Estado, ya se entienda esta expresión de forma genérica, ya como los tres poderes concretos (ejecutivo, judicial, legislativo) que integran el Estado, son derechos que competen al pueblo como totalidad, y que él ejerce sobre los ciudadanos concretos (73).

De forma consecuente con esta forma de entender el origen y formación del Estado, éste no puede ya provenir de individuos aislados que, mediante un contrato de sociedad, lo crean, a modo de socios, a fin de proteger su libertad «natural»; el expediente del contrato creador del Estado, que los kantianos normalmente hicieron consistir en una sucesión de contratos distintos llamados por lo general *pacta unionis, subiectionis y constitutionis*, fue el único recurso que encontró el iusnaturalismo para asegurar la efectiva libertad de los «socios» dentro del Estado; su mecánica, a este respecto, se basaba en suponer roto el contrato cuando el gobernante iba más allá de los límites de sus competencias, es decir, del aseguramiento de la libertad individual. Esta solución tampoco convenció a Schnaubert: «Cada Estado contiene naturalmente una pluralidad de miembros o ciudadanos. El ciudadano, en el Estado, no puede vivir como un individuo que posee una libertad ilimitada; pero no es tampoco un simple instrumento al servicio del poder del Estado, sino que él se pertenece, al mismo tiempo, a sí mismo y a la sociedad, es simultáneamente persona e igualmente, medio para otros...» (74). Desde este marco de pensamiento, no es preciso tampoco recurrir a un presunto contrato para fundamentar suficientemente la obligación de obediencia a la comunidad política; el individuo debe obedecer, simplemente, porque es miembro de tal comunidad, sin necesidad de recurrir a un ficticio consentimiento prestado en un tiempo imaginario. No quiere decir esto, argumentaba Schnaubert, que el individuo no posea unos derechos propios e individuales en tanto que persona privada, frente al Estado: por el contrario, los posee, especialmente el derecho a la personalidad y a la protección. Es la constitución la que debe determinar con más precisión los derechos y obligaciones de los ciudadanos frente al poder supremo, especialmente a la libertad civil (75).

(73) «Die eben genannten Rechte sind ursprünglich Rechte der Gesellschaft, Rechte, welche dem Volke als Gesamtheit über jedes einzelne Glied zukommen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 44.

(74) «Jeder Staat enthält natürlich eine Mehrheit von Mitgliedern oder Staatsbürgern. Der Bürger im Staate kann zwar nicht als unbegrenzt freies Individuum leben, er ist aber auch nicht bloßes Werkzeug der Staatsgewalt; sondern er gehört zugleich sich selbst und der Gesellschaft, ist zugleich Person und Mittel für Andere...». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 50.

(75) «Als Unterthan ist jeder Bürger den Einrichtungen und Verfügungen der Staatsgewalt und Beamten Gehorsam schuldig (Unterthanenpflicht), denn der einzelne muß seinen Willen der Gesamtheit unterordnen. Aber als Privatperson hat aus jeder Einzelne Rechte gegen die höchste Gewalt und deren Inhaber, be-

Los contratos, mantiene Schnaubert, no tienen fuerza para constituir un poder permanente y, sobre todo, general. «Cuando dos o más personas, a través de un acuerdo mutuo, establecen una relación entre sí, esto es un contrato. Los contratos no son leyes, ya sea porque sólo fundamentan una relación individual entre los que han tomado parte en él, es decir, porque no valen como preceptos para todos, o bien porque no poseen por sí solos sanción. Solamente en la medida y en el grado en que los contratos son admitidos o prohibidos por la ley, tienen los contratos válidos según la ley una sanción...» (76). Los contratos, por tanto, no tienen nada que ver con las leyes y es incorrecto, en consecuencia, equiparar la ley a un contrato, como era usual en toda la escuela iusnaturalista.

Los kantianos fueron incapaces, a la hora de tratar el contenido de las leyes, de superar su estrecho punto de partida, a saber, que el Derecho, en general, no es más que el aseguramiento de la libertad de cada cual siempre y cuando ello fuera compatible con un orden general de libertad; por tanto, la única fundamentación posible de las leyes, atendiendo a su contenido, era el respeto de la libertad que cada hombre ya poseía «naturalmente» antes de entrar en sociedad. Desde luego, un planteamiento así era puramente teórico y no tenía nada que ver con los motivos reales de la legislación existente; también en este punto Schnaubert se mostró mucho más realista: «El contenido no llega a las leyes positivas simplemente sancionando reglas jurídicas ideales aisladas, ni tampoco se extraen desde lo que ha proporcionado la elaboración científica del Derecho, o de los usos extendidos entre distintas naciones; por el contrario, también la Moral y la Religión determinan el contenido de las leyes positivas, o bien las consideraciones sobre el bien común, es decir, motivos políticos, o el simple arbitrio del gobernante. Conviene tener en cuenta que las leyes surgen bien a través del reconocimiento general de su necesidad, bien por causas externas concretas (*occasio legis*)» (77).

Desechadas las explicaciones contractualistas acerca del fundamento vinculante de las leyes, y al no ser sustituidas por otras, queda el he-

sonders das Recht auf Persönlichkeit und auf Schutz. Die Verfassung hat die Rechte und Pflichten der Unterthanen gegen die höchste Gewalt (bürgerliche Freyheit) genauer zu bestimmen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 51.

(76) «Wenn zwey oder mehrere Personen durch gegenseitige Einwilligung ein Rechtsverhältniß unter sich festsetzen, so ist dies ein Vertrag (conventio, pactum). Verträge sind keine Gesetze, theils weil sie nur einen individuellen Rechtszustand unter ihren Theilnehmern begründen, nichts als Vorschrift für Alle gelten, theils weil sie ohne Sanktion sind. Nur insofern gewisse Formen und Arten der Verträge gesetzlich anerkannt oder verboten sind, haben die anerkannten verträge eine Sanktion für sich». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 55.

(77) «Die mehrfachen Formen der Gesetze werden sich aus den nachfolgenden Eintheilungen der Gesetze ergeben. Der Inhalt kommt positiven Rechtsgesetzen nicht bloß durch Sanktion einzelner idealer Rechtssätze, nicht bloß aus dem, was wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes aufgefunden hat, nicht bloß aus Völksgewohnheiten; sondern auch Moral und Religion bestimmen bisweilen den Inhalt positiver Gesetze, oder Rücksichten auf das allgemeine Beste (politische Gründe), oder bloße Willkühr der Regenten. Die Gesetze entstehen entweder durch allgemeine Erkenntnis ihrer Nothwendigkeit, oder durch einzelne äußere Veranlassungen (*ocassio legis*)». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 57.

cho desnudo de la existencia de una ley y de la necesidad de obedecerla. Esta es la actitud que adopta nuestro autor ante el problema del fundamento de la vinculación legal. «Tanto las costumbres jurídicas como las más propiamente llamadas leyes son declaraciones de la voluntad general sancionadas, y crean como tales, ante los subordinados, la obligación de obediencia, y el poder del Estado le otorga el derecho a forzar a los particulares, si es preciso, para que presten tal obediencia; si unimos este derecho y aquella obligación hablamos entonces de fuerza vinculante de las leyes. Tal fuerza vinculante no se fundamenta en la racionalidad de la regla que expresa la ley, es decir, en su contenido, sino sobre la sanción de la ley, es decir, en su forma, de tal modo que también leyes de contenido irracional llegan a alcanzar en el Estado fuerza vinculante mediante su sanción; y al revés, la regla más racional imaginable, si le falta sanción, carece de cualquier fuerza vinculante» (78). Estamos otra vez, en 1819, ante una exposición clara del «positivismo» jurídico; la corriente positivista tomaba fuerza en la medida en que el contractualismo y la concepción del Estado y del Derecho como una simple maquinaria al servicio del aseguramiento de la libertad perdía terreno; unido esto al desprestigio del método abstracto-racional que pretendían seguir los kantianos, y a la revaloración, en sentido inverso, del dato histórico-positivo, el Derecho natural propio del iusnaturalismo de la Edad Moderna fue perdiendo influencia ya desde el segundo decenio del siglo pasado. Quiere decir esto que una consideración abstracta de los derechos que «naturalmente» competen al hombre ya no era de recibo en un sector creciente más extenso de universitarios alemanes, casi desde comienzos del siglo XIX.

Desde los presupuestos que expone Schnaubert, hablar de un Derecho natural en el sentido iusnaturalista-kantiano es imposible. En efecto, en su obra todas las ciencias jurídicas giran y se fundamentan sobre el dato empírico que es, en él, el Derecho positivo emanado o aceptado por el Estado; desde la mentalidad que él representa, que debía estar muy extendida en 1819 a juzgar por el número de obras similares que aparecieron en los años próximos, es imposible el código iusnaturalista con pretensión de validez universal y eterna; por el contrario, no existe más que el Derecho históricamente existente, distinto en cada comunidad política; Schnaubert dedicó mucha tinta a rebatir la posibilidad de una legislación de validez universal (79), especialmente la fundamentada en «estado de naturaleza» y contratos sociales, que

(78) «Rechtsgewohnheiten sowohl als eigentliche Gesetze sind sanktionirte Aussprüche des allgemeinen Willens, und erzeugen als solche für die Unterthanen die Pflicht des Gehorsams, für die Staatsgewalt das Recht, diesen Gehorsam nöthigen Falles zu zwingen; jene Pflicht und dieses Recht vereinigt, nennt man die Verbindungskraft (Gültigkeit) der Gesetze. Dieser Verbindungskraft beruht nicht auf der Vernünftigkeit des Satzes, welchen das Gesetz ausspricht (nicht auf dem Inhalte), sondern auf der Sanktion derselben (auf der Form), so daß auch an sich unvernünftige Sätze durch Sanktion verbindende Kraft im Staate erlangen können, umgekehrt aber auch das Allesvernünftige, wenn ihm die Sanktion fehlt, ohne verbindende Kraft ist». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 71.

(79) Vid. *Lehrbuch...*, cit., §§ 101 y ss.

era la línea seguida por Kant (80). La ilicitud de este tipo de obras iusnaturalistas se demuestra, según Schnaubert, porque el objeto de cualquier conocimiento debe siempre preexistir a tal conocimiento, pues todo acto de conocer no es sino reflejar algo ya existente, y esto es lo que explica que existiera Derecho antes de que los hombres fueran conscientes de las reglas de su propio Derecho. Esto es lo que permite explicar suficientemente por qué, entre todos los pueblos, el Derecho nació primitivamente bajo forma de costumbre y no como resultado de una reflexión (81).

Como resultado de la estrecha vinculación de toda reflexión con el dato positivo, tampoco es posible, desde este marco de ideas, la reflexión abstracta-filosófica sobre el Derecho a la que tan aficionados fueron los iusnaturalistas, explicando, por ejemplo, qué es el Derecho en general, sus divisiones, etc.... En su lugar, Schnaubert situó una «Parte General» de cada disciplina extraída por inducción desde el material positivo ofrecido sobre cada rama del Derecho y la Filosofía del Derecho positivo tiene, en consecuencia, tantas divisiones como partes del Derecho son posibles (82).

La obra de Schnaubert contiene el alegato más preciso y extenso que he encontrado contra el antiguo *Naturrecht*; sin embargo, fue una obra de poca difusión e influencia en su momento. Mucha mayor importancia tuvieron los representantes de la Escuela Histórica del Derecho; aludiré brevemente al contenido de las obras de dos de ellos: Gustav Hugo y L. A. Warnkonig.

En 1819 aparece también la cuarta edición del *Lehrbuch des Naturrechts* de Hugo, una de las obras más influyentes del siglo XIX alemán. Explicaba Hugo al comienzo de esta obra que los puristas de la lengua alemana son contrarios a la expresión *positives Recht*, lo que puede ser una explicación de su rareza y poca utilización incluso por parte de los autores que ya no creen en el *Naturrecht* tradicional pero que siguen usando este término.

Si nos ceñimos al contenido iusfilosófico del *Lehrbuch* la impresión es de caos. Efectivamente, Hugo era kantiano a medias, entre otras cosas por su escaso conocimiento de Kant (83); en consecuencia, parte

(80) Vid. el extenso § 176 del *Lehrbuch*, ya citado en parte, dedicado a Kant y sus seguidores.

(81) «Der Gegenstand eines Erkennes muß stets früher vorhanden seyn, als dessen Erkennen selbst; denn alles Erkennen ist nur ein Reflektiren auf etwas schon Existirendes. Darum waren auch Rechtszustand und Recht überall früher unter den Menschen, als man sich dieses Zustandes und seiner Regeln klar bewußt wurde. Hieraus erklärt sich auch hinreichend, warum bey allen Völkern das Recht ursprünglich unter der Form von Gewöhnungen, d.h. nicht als Folge eines Reflektirens, bestand». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 148.

(82) «Die Wissenschaft des positiven Rechts heißt positive Rechtswissenschaft, die des nicht positiven Rechts philosophische Rechtswissenschaft; die letztere ist entweder ideale Rechtswissenschaft, oder Philosophie des positiven Rechts. Ueber jeden Zweig des Rechts kann man philosophiren, die Philosophie des positiven Rechts hat also eben so viele Unterabtheilungen, als Theile des positiven Rechts möglich sind». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 151.

(83) THEODOR VIEHWEG nos indica que «Freilich war Hugos Kantsverständnis nicht sehr tief, in manchen Punkten sogar irrig». Cfr. *Einleitug al Lehrbuch des Naturrecht* de Hugo, Berlin, 1971 (1819), pág. III.

de su obra permanece bajo la explicación tradicional, es decir, kantiana, especialmente en sus aspectos más populares, y parte, como es bien conocido, representa la explicación de la realidad jurídica propia de la Escuela Histórica del Derecho.

Ahora nos interesa destacar que se opuso a la visión atomista y contractualista del Estado, típica de la tradición iusnaturalista existente hasta entonces. «Estos contratos —se refiere al *pactum unionis, subiectionis, constitutionis*— presentan el defecto de que nunca han existido, pues todos los ordenamientos jurídicos que han existido en el mundo se han ampliado o disminuido a través de conquistas, o por hechos casuales, sin que en ningún caso se requiera el consentimiento de los afectados...» (84).

Su planteamiento sobre la génesis del Derecho queda relativamente claro en el mismo *Lehrbuch*: el Derecho sólo puede provenir de la legislación y de la costumbre; cuando estas dos fuentes sean insuficientes para decidir el problema concreto planteado, es preciso recurrir subsidiariamente al Derecho natural. Pero no se piense, por esto, que Hugo admite un Derecho natural en el sentido kantiano; más bien parece tener en cuenta que el «Derecho natural» sería algo así como lo que el espíritu popular entiende como justo o injusto; de hecho, explicaba él mismo, el Derecho natural sólo sirve para decidir cuestiones controvertidas en la medida en que coincide con la opinión jurídica del pueblo (85). Llevado por su condición de jurista práctico hace suya la opinión sobre la utilidad del Derecho natural abstracto que ya Schmalz expuso en 1807, a saber, que el Derecho natural tiene la misma utilidad ante los tribunales que la doctrina metafísica de los cuerpos en las fábricas (86). Quizá el juicio más penetrante sobre la aportación de Hugo, en relación con el Derecho natural, fue el que formuló veinte años más tarde un discípulo suyo, L. A. Warnkönig: «Hugo rechazó todos los principios jurídicos deducidos *a priori*, e intentó mostrar que entre la Moral y el Derecho positivo no puede existir una ciencia del Derecho natural, y que la *Rechtsphilosophie* sólo puede consistir en el examen de los principios del Derecho positivo atendiendo a su calidad interna y a su adecuación (*Zweckmäßigkeit*)... y la medida de toda su crítica no fue la idea moral de la justicia, sino el principio de utilidad. Se aproximó bastante, en este punto, a Bentham» (87).

Warnkönig explicaba, este mismo año, que las fundamentaciones metafísicas no son suficientes para explicar la posibilidad de una coac-

(84) «Diese Verträge... haben als Thatsachen ersten den Fehler, daß sie nicht wirklich sind, denn alle einzelne Verfassungen in der Welt haben sich durch Eroberung und andere Zufälle vergrößert oder verkleinert, ohne dass dabei die Einwilligung des eroberten oder obgetretenen Laudes erfordert worden wäre... Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 380.

(85) «Selbst der angebliche Nutzen des philosophischen Naturrechts für die Entscheidung von Streitigkeiten in wirklichen Leben ist im Grunde nur von der Meinung des Volks über Rechtssätze wahr». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 153.

(86) Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 29.

(87) Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg im Bresgau, 1839, págs. 157-158.

ción en favor de ciertas pretensiones, pues tales cosas son resultado de la simple especulación. En consecuencia, una ciencia que pretendiera establecer normas jurídicas a través de la sola fuerza de la razón y pretendiera hacerlas vigentes socialmente, no es posible que exista. «Y por estas consideraciones pienso que es imposible lo que conocemos como Derecho natural» (88).

Sucede, proseguía Warnkönig, que el Derecho jamás se presenta en la experiencia histórico-real, de forma racional pura, sino que todos los ordenamientos jurídicos presuponen una situación de relaciones que han sido introducidas por hechos determinados. Estos hechos son presupuestos necesarios de las normas jurídicas y, son entre otros, el que un pueblo sea agricultor, ganadero, industrial o comerciante; a través del carácter propio de cada una de estas relaciones se crean las costumbres, las convicciones sobre la propiedad y sobre la forma del Estado, el Derecho de familia, etc.... «Las formas concretas como la opinión popular, siguiendo las leyes supremas de la actividad humana, juzga sobre estos hechos, crea la forma originaria del Derecho. Es imposible hablar del Derecho sin conocer tales relaciones ya dadas, del mismo modo que tampoco es posible pensar los distintos países sin sus peculiaridades, o los hombres sin individualidad y todas sus circunstancias peculiares; lo contrario no son más que sueños exaltados *a priori*, y así se debe considerar el Derecho filosófico que pretende crear un ordenamiento jurídico metafísico, y que se suele llamar «Derecho natural»... (89).

«Estas relaciones jurídicas humanas —escribe Warnkönig— han sido configuradas de forma distinta entre los distintos pueblos en los distintos tiempos; si las consideraciones jurídicamente debemos guardarnos de valorar como inferiores a las diversidades cuando las comparamos a lo que tiene en común los Derechos. Al contrario, la diversidad

(88) «Auch höhere metaphysische Gründe werden nicht hinreichen, die Möglichkeit eines Zwanges um gewisse Ansprüche durchzusetzen darzuthun, denn solche sind Resultate der Speculation... Es möge darum eine Wissenschaft, welche Rechtssätze enthielte, die durch sich selbst, durch die bloße Gewalt als Rechtsätze, mit Gewalt geltend zu machen wären, nicht möglich seyn. Und somit scheint mir die Unmöglichkeit der gewöhnlichen Naturrechte». Cfr. WARNKÖNIG, *Versuch einer Begründung des Rechts durch eine Vernunftsidee*, Bonn, 1819, pág. 50.

(89) «Wie wir nemlich gefunden haben, setzt das Anerkennen von irgend einem Rechte unter mehreren irgend einen Zustand gegebener Verhältnisse voraus, die durch Thatsachen herbeygeführt worden. In diese Verhältnisse sich befindend, werden nun die Menschen durch die inwohnende Idee gedrängt, gewisse derselben als nothwendig so bestehend, da heißt als rechtlich anzusehen». A continuación explica cuáles son estos *Thatsachen*: el que un pueblo sea agricultor, ganadero, comerciante, agricultor, etc.... A través de este carácter se desarrolla la costumbre, las convicciones sobre la propiedad, el Derecho de familia y la forma del Estado. También influye el clima. «Die Art und Weise wie nun die Volksmeinung, befolgend die höheren Naturgesetze der menschliche Thätigkeit, über dieselbe urtheilt, erzeugt die ursprüngliche Form des Rechts. Es ist unmöglich ohne Voraussetzung solcher gegebenen Verhältnisse von der Bestimmung irgend etwas Rechtlichen zu reden, so wie sich ein Land ohne alle Eigenthümlichkeit, Menschen ohne Individualität und alle besondern Verhältnisse zu denken, und geßig sind es nur schwärmerische Träume *a priori*, sich ein philosophisches Recht, einen metaphysischen Rechtsstaat schaffen zu wollen, und dies Naturrecht zu nennen». Cfr. WARNKÖNIG, *Versuch...*, cit., págs. 52-53.

muestra la existencia de una ley reside en la naturaleza humana, que fuerza a los hombres a hacer cosas distintas a tenor de las relaciones diversas, y que es así necesariamente, y es acomodada a la naturaleza de las relaciones, por lo que hay que admitirla como jurídicas. En el modo como se las entiende se separan los pueblos unos de otros, y una consecuencia necesaria de esto es la diversidad de Derechos» (90). Estas relaciones diversas, fundamento de las instituciones jurídicas, son además de las apuntadas poco antes, la situación del país, el carácter de sus hombres, su cultura y sus ocupaciones; «el carácter nacional y el grado de cultura del pueblo son las más importantes de estas causas» (91).

La formación del Derecho sigue, pues, la diversidad de relaciones existentes en cada nación que, a su vez, son también cambiantes en el tiempo. «El Derecho, explicaba Warnkönig, por su propia naturaleza está sometido a un cambio continuo, como todas las cosas humanas» (92). Desde estos presupuestos era necesario que se opusiera al contractualismo típico del iusnaturalismo, porque desde la hipótesis de los contratos sociales los iusnaturalistas y los kantianos pretendieron tanto establecer unos presupuestos antropológicos necesarios para el contrato que, de acuerdo con el Derecho de obligaciones, no podían ser sino los postulados metafísicos de la igualdad y libertad de todos los hombres, como deducir un esquema inmutable a través del contrato de lo que debía ser la sociedad política formada por tales contratos. En definitiva, la figura de los contratos servía para introducir en las explicaciones sobre el Derecho una fuerte uniformidad y rigidez. Lógicamente, una explicación contractualista, con la que no se pretendía tanto describir la realidad como dirigirla, tenía que repugnar a un historicista como Warnkönig, quien escribía que «una doctrina de este tipo debe molestar sin duda a cualquier ánimo elevado, porque despoa al Derecho de su dignidad y le roba su carácter moral» (93). El

(90) «Die reinmenschlichen Verhältnisse werden bey andern Völkern und zu andern Zeiten verschieden gebildet seyn. Jedoch hüte man sich deshalb diese Verschiedenheiten als minder rechtlich begründete Verhältnisse anzusehen, als es die gemeinsamen desselben sind.

Ja im Gegentheil, diese Verschiedenheit beweiset gerade das Daseyn eines der menschliche Natur inwohnenden Gestzes, welches die Menschen zwingt irgend etwas in den sich unter ihnen bildenden Verhältnissen, als so nothwendig der Natur der Verhältnisse gemäß, mithin als rechtlich anzuerkennen. Nur in der Art der Anerkennung weichen die Meinungen der Völker von einander ab, und davon ist nun die Verschiedenheit des Rechts eine nothwendige Folge». Cfr. WARNKÖNIG, *Versuch...*, cit., pág. 15.

(91) «Es hängt aber von der Lage des Landes, vom Charakter des Menschen, ihrer Cultur und ihren Hauptbeschäftigungen ab, welche Rechts-Institute entstehen und auf welche Weise sie gebildet werden... Der National-Charakter und die Culturstufe des Volkes gehören zu den wichtigsten dieser Ursachen. Was nun so, früher oder später bestimmt, durch Sitte befestigt, zur Norm des gesammten Lebens geworden, und so in der gemeinsamen Meinung, in dem Volksglauben, einmal als nothwendig und unantasbar angesehen wird, hat dadurch sein objectives Daseyn, und in dem Glauben Aller liegt auch des Rechts Garantie, das von ihm ausgegangen». Cfr. WARNKÖNIG, *Versuch...*, cit., pág. 26.

(92) «Das Recht ist also seiner Natur nach einem beständigen Wechsel unterworfen, wie die menschlichen Dinge überhaupt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 56.

(93) «Eine solche Lehre muß gewiß alles höhere Gefühl empören, da sie

origen del Derecho y del Estado, proseguía este autor, no se encuentra en pactos, sino en la misma naturaleza del hombre, que exige que no se produzcan disputas entre ellos, de modo que desde el momento en que varios hombres se encuentran, deben ser arbitrados medios que alejen las polémicas (94).

Al alejar conscientemente todo contractualismo, desaparecen las garantías de la libertad e igualdad que toda doctrina de este tipo lleva consigo; la cuestión, en 1819, debía ser más compleja, pues el rechazo del contractualismo conllevaba, en aquella época, la negación de lo que se entendía por Derecho natural, con toda la carga moral y emocional que la expresión *ius naturale* despertaba. Por este motivo, Warnkonig tuvo que defenderse de la acusación de haber sentado las bases para justificar la inmoralidad y la arbitrariedad en el Derecho (95). Para él, estas cuestiones no representaban un problema, al menos en un plano teórico, porque los distintos Derechos —mantenía él— se desarrollan siempre siguiendo una ley fundamental de la naturaleza humana, que consiste en la tendencia natural hacia la justicia (96).

Con L. A. Warnkonig cerramos la serie de críticas contra el iusnaturalismo que aparecen en 1819. Otro año clave para la crítica anti-kantiana es el 1821, pues se publicaron en él dos obras de gran importancia en su momento y para la posteridad; me refiero a la *Juristische Encyclopädie* de Nicolaeus Falck y a los «Principios de la Filosofía del Derecho» de G. W. F. Hegel Comenzaré aludiendo rápidamente a la obra de Falck.

Falck se opuso, desde el primer párrafo de su *Encyclopädie*, a la opinión iusnaturalista-kantiana según la cual la manifestación primera del Derecho sería una potestad o facultad que compete a los individuos aislados. El oponía a esta tesis una concepción del Derecho completamente distinta: «Bajo el nombre de Derecho entendemos nosotros aquel conjunto de principio, preceptos y reglas al que están sometidos los hombres que viven en un Estado o en una sociedad civil, cuyo cumplimiento puede ser forzado dado el caso, mediante el ejercicio de la

dem positiven Rechte seine Würde und den sittlichen Charakter raubt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 17.

(94) «Die sittliche Natur des Menschen fodert demnach immer, daß kein Streit sey daraus folgt, daß, sobald mehrere Menschen irgendwo zusammentreffen, sogleich Mittel getroffen werden müssen, den sittlichen Gesetzen auf eine Art Genüge zu leisten, welche allen Streit entfernt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 18.

(95) «Aber wie! wird man sagen, du stellst die Idee des Rechts, der Gerechtigkeit, das *sum cuique* als ein der Vernunft inwohnendes Gesetz auf, und entziehet alle Wirksamkeit... also das Recht wäre bloß etwas conventionelles, und das höchste Grundgesetz nur ein formeller nemlich der: zu achte, was als Recht angenommen ist!». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 51.

(96) «... welches das letzte Grund alles Rechts, alles rechtlichen, alles positiven Rechtes sey, gelöbt haben, indem wir fanden, daß alle Rechtliche zuletzt auf einer in der menschliche Natur begründeten Idee beruhe, welche ein Trieb, ein Grundzug, ein Gesetz derselben ist, gewisse Verhältnisse als nothwendig und darum als rechtlich anzuerkennen. Und es ist in sofern wahr, daß alles Rechtliche moralischen Urprungs sey, da es aus dem Triebe, die Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen abstammt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 23.

coacción. El Derecho presupone, pues, la existencia de la vida social» (97).

De igual modo, en completa oposición al iusnaturalismo, Falck explicaba que el Estado no ha sido creado de forma contractual, sino que su formación es el resultado de un desarrollo histórico que ha partido desde la familia, de modo que bajo el padre de familia se configuran la obediencia y la acomodación a un orden, y así es como surgen las costumbres y el Derecho; el Estado sólo puede haberse formado por la unión progresiva de distintas familias (98).

Contra la tesis kantiana consistente en la afirmación de que el Derecho encuentra su justificación en la defensa de la libertad de cada hombre, Falck estableció que los preceptos que constituyen el orden del Estado no se limitan a algo estipulado en un momento determinado, sino que se extiende a todos aquellos comportamientos que son condición mediata para el bienestar y seguridad del cuerpo social, a fin de que la vida social sea tan segura, digna y agradable como exige la finalidad natural del estado y el carácter del pueblo de que se trate. «Para la extensión del Derecho no existe *in abstracto* ningún límite, tal como señala la experiencia, pues en un momento concreto unos y otros compartimientos son sustraídos al arbitrio de los individuos y quedan determinados por los preceptos del Estado» (99).

De lo expuesto, estamos en condiciones de entender en su pleno contexto el problema de origen, o del fundamento, de las normas jurídicas. Según los kantianos, era la razón práctica la que planteaba la necesidad de obedecer a unas determinadas reglas; si estas reglas se referían a la actuación exterior del hombre, entonces estamos ante las normas jurídicas: en caso contrario, se trata de preceptos morales. Falck se enfrentó radicalmente a esta visión pues para él, como ya hemos estudiado, el Derecho es un hecho que se manifiesta en las colectividades humanas, y su conocimiento es asunto de simple experiencia. «El

(97) «Unter Recht verstehen wir einen Inbegriff von Grundsätzen, Vorschriften und Regeln, deren die in einem Staate oder einer bürgerlicher Gesellschaft lebenden Menschen dergestalt unterworfen sind, daß sie nöthigenfalls durch Anwendung von Zwang zur Befolgung derselben angehalten werden. Das Recht setzt also das Daseyn von Vereinen voraus...». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 1.

(98) «... daß der Staat nach seiner geschichtliche Entwicklung aus der Familie hervorgegangen ist. Unter der Zucht des Familienvaters bilden sich Gehorsam, Gewöhnung an Ordnung, und moralische Begriffe von Sitte und Recht. Gleichheit in diesen Begriffe und verwandtschaftliche Verbindung halten mehrere Familien zusammen, in deren fortgesetzter Vereinigung der erste Staat gebildet wird». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 3.

(99) «Demnächst sind die Vorschriften des Staats nicht nothwendig auf das Gebiet beschränkt, welches durch die aufgegebenen Momente bestimmt wird, sondern können sich auf alle Handlungen, die auch nur mittelbare Weise mit dem Wohl und der Sicherheit des Ganzen in Verbindung stehen, erstrecken, damit durch den Staat das gesellige Leben so sicher, so würdig und so angenehm werde, als mit Rücksicht auf die natürlichen Grenzen der Wirksamkeit der Staatsgewalt, so wie auf den Sinn und Charakter eines Volkes möglich ist. Für den Umfang des Rechts giebt es *in abstracto* keine Grenze, wie es denn auch die Erfahrung lehrt, daß bald mehrere, bald weniger Handlungen der Willkühr der Individuen entzogen und durch Staatsvorschriften bestimmt zu seyn pflegen». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 4.

conocimiento del Derecho —explicaba este autor— sólo se consigue, al igual que en tantas otras ciencias, mediante la observación y la experiencia y a través también de la lectura de libros jurídicos» (100). Lo que confirma la experiencia es, según Falck, que el carácter jurídico de un precepto se forma mediante la observancia generalizada de tal precepto en una comunidad. El contenido de las normas surge, en cambio, de tres fuentes diferentes; en primer lugar, de las relaciones en las que los individuos se encuentran por naturaleza, contra cuya violación deben ser defendidos; en segundo lugar, a través de la vida inconsciente y libre de un pueblo y, en un tercer momento, de la actividad legislativa consciente (101).

De manera consecuente con esta explicación histórico-local de la génesis de cada Derecho, cada Estado tiene «su» propio Derecho, mantiene Falck. Los kantianos especialmente y, en general, el iusnaturalismo, sobre todo el Derecho natural tardío de la segunda mitad del siglo XVIII, fueron incapaces de explicar la diversidad de Derechos históricos; para ellos, la razón dicta un Derecho igual para todos los hombres, y la multiplicidad de Derecho históricamente existentes deben ser vistas como una corrupción de la razón. Esta visión del Derecho quiebra completamente en 1821; en efecto, Nicolaeus Falck, entre otros, estableció la tesis opuesta: sólo existen los Derechos concretamente existentes en cada Estado. «Dado que el Derecho surge de la voluntad conjunta de una sociedad civil, habrá tantos Derechos como sociedades civiles, o Estados, existan. Esta diversidad de Derechos, que es ante todo formal, nace del hecho de que la fuerza jurídica de las normas no brota de un fundamento común, porque en lo que concierne a las reglas jurídicas o contenido en el Derecho, los diversos Derechos pueden concordar unos con otros en mayor o menor medida, o ser distintos. Ciertamente, todos los Derechos de los diversos pueblos tienen un fundamento común humano, pero como la naturaleza humana como tal no se nos manifiesta nunca, sino que sus manifestaciones siempre adoptan el carácter de la individualidad, por las peculiaridades de cada pueblo. Pues las circunstancias distintas llevan hacia leyes también distintas, y sucede incluso que, bajo circunstancias externas iguales surge una diversidad a causa también de las opiniones distintas sobre ellas» (102).

(100) «Die Kenntnis des Rechts könnte, wie bei so manchen Kenntnissen noch geschieht, durch eigene Beobachtung und Erfahrung und durch Lesen juristischer Schriften erworben werden». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 18.

(101) «Der rechtliche Charakter einer Vorschrift, oder die Form des Rechts entsteht durch die allgemeine Anerkennung derselben in dem Vereine, welche zu ihrer Gewährleistung ist gestiftet worden». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 7.

(102) «Da das Recht durch den Gesamtwille einer bürgerliche Gesellschaft entsteht, so muß es so viele Rechte geben als bürgerliche Gesellschaften oder Staaten vorhanden sind. Diese Mehrheit oder Verschiedenheit oder Rechte ist zunächst eine formelle, welche dadurch entsteht, daß die Rechtskraft sämtlicher Normen nicht aus einem gemeinschaftlichen Grunde entspringt. Was die Rechtsätze oder den Inhalt des Rechts betrifft, so können die verschiedenen Rechte mehr oder weniger mir einander übereinstimmen oder von einander abweichen. Zwar haben die Rechte aller Völker eine gemeinsame allgemein-menschliche Grundlage. Wie aber nirgends die menschliche Natur als solche erscheinen kann, sondern

El que el Derecho sea un simple hecho histórico (Falck hablaba de *historisch erkennbare Thatsache*) (103) no quiere decir que sea superfluo cualquier esfuerzo de reflexión sobre él; es más, se puede hablar, según Falck, de un *Naturrecht*, aunque en un sentido muy distinto del que se daba usualmente a esta expresión. En efecto, se presentan en la vida jurídica muchos problemas para los que no hay reglas disponibles, y ante estos casos no queda más remedio que buscar la norma aplicable. La búsqueda de una norma aplicable, indicaba Falck, puede ser realizada de una doble manera: mediante una búsqueda histórica de la voluntad del legislador, o a través de consecuencias que se desprenden de hechos admitidos, consecuencias que se presentan con una cierta necesidad, que puede ser llamada «lógica». Efectivamente, las verdades jurídicas descansan sobre una necesidad lógica, es decir, sobre su absoluta conexión con otras reglas y doctrinas admitidas. La teoría jurídica general (*die allgemeine Rechtslehre*) sólo puede consistir en un desarrollo analítico desde conceptos ya dados, buscando su vinculación lógica. A esta forma de proceder podemos llamarla «Derecho natural», explicaba Falck, pues tales reglas así adquiridas no proceden de determinaciones arbitrarias (104). «Puesto que las verdades jurídicas generales sólo las podemos encontrar a través de un análisis lógico desde los conceptos existentes, de ello se sigue que el Derecho sólo lo podemos conseguir desde reglas fundamentales y universalmente vigentes, del mismo modo que las relaciones jurídicas, a su vez, sólo pueden provenir de hechos ya dados y de ningún modo según ideas de adecuación al fin (*Zweckmässigkeit*) o de dignidad moral» (105). El

in der Erscheinung immer den Charakter der Individualität annimmt so wird auch das Allgemeine in jedem rechtlichen Zustande durch Volkseigenthümlichkeiten besonders bestimmt. Andere Umstände und Verhältnisse führen zu andern Gesetzen, und selbst unter gleichen äusseren Umstände entsteht eine Verschiedenheit durch Ungleichheit in der Erkenntnis menschlicher Verhältnisse und durch abweichende Meinungen darüber». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 10.

(103) Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 51.

(104) «Die Aufgabe, welche bei Auffindung der Rechtsnormen für unbestimmte Fälle zu lösen ist, kann keine andere seyn, als die allgemeine Anerkennung einer Regel als einer juristischen nachweisen... Die Nothwendigkeit einer Regel wird auf eine doppelte Weise erkannt, entweder durch eine geschichtliche Erforschung des legislatorischen Willen, oder durch Folgerungen aus anerkannten Thatsachen. Die letztere Art der Nothwendigkeit kann auch eine logische genannt werden. Die allgemeinen Rechtswahrheiten beruhen auf einer solchen logischen Nothwendigkeit, d.h. auf ihrem absoluten Zusammenhang mit andern anerkannten Sätzen und Lehren. Die allgemeine Rechtstheorie kann daher nur durch eine analytische Entwicklung gegebener Begriffe und durch eine logische Verbindungen derselben zu Stande kommen... Der Name eines natürlichen Rechts ist ebenfalls passend, weil diese Grundsätze nicht auf besondern willkührlichen Bestimmungen beruhen». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 53.

(105) «Da die allgemeine Rechtswahrheiten nur durch eine logische Analyse gegebener Begriffe aufgefunden werden, so folgt ferner, daß das Recht nur insofern aus allgemeingültigen Grundsätzen bestehen kann, als die Rechtsverhältnisse lediglich durch die gegebenen Thatsachen, und nicht nach Ideen der Zweckmässigkeit und der sittlichen Würde bestimmt werden... Die Grenzen des Rationellen und des Geschichtlichen im Rechte ist inzwischen nicht leicht mit Genauigkeit anzugeben. Daß aber der angegebene Unterschied vorhanden seyn, ist nicht zu verkennen. Ein Belag dafür ist unter andern, daß in den neuern Gesetzungen,

«Derecho natural», pues, ha quedado reducido a una elaboración conceptual hecha sobre el Derecho positivo existente, que tiene como fin encontrar los conceptos generales y las normas jurídicas concretas que permitan llenar los vacíos que han dejado las normas positivas: es evidente que esto no tiene nada que ver con el *ius naturae* o *Nurrecht* tradicional, y si Falck conserva este nombre es, quizá, para no romper bruscamente con la tradición.

La otra obra decisiva para la fortuna del iusnaturalismo, aparecida también en 1821, fue la *Rechtsphilosophie* hegeliana; será poco lo que indicaré aquí sobre este tema porque lo que pudiera decir sobre la superación del iusnaturalismo en Hegel ya está escrito por N. Bobbio (106). Me limitaré, en consecuencia, a subrayar algunos aspectos de la «Filosofía del Derecho» de Hegel que muestran la radical oposición entre lo establecido en esta obra y la escuela del Derecho natural, especialmente en la reelaboración kantiana.

Hegel atacó fuertemente a Kant, y centró su crítica en la inadecuación de los puntos de partida de la Filosofía jurídica kantiana, concretamente en el concepto superficial y equivocado de libertad, según Hegel, del que parte Kant. La determinación kantiana admitida generalmente, explicaba Hegel, cuyo momento central es «la limitación de mi libertad o arbitrio de modo que pueda coexistir con el arbitrio de todos de acuerdo con una ley universal», contiene sólo una determinación *negativa*, es decir, la referencia a la mera limitación de la libertad, de modo que toda la construcción de Kant desemboca simplemente en el mantenimiento del principio de no contradicción. La definición citada, por otra parte, contiene la opinión, muy difundida desde Rousseau, según la cual el fundamento esencial y primero del Derecho no es la voluntad en cuanto que racional y existente en sí y por sí, sino en cuanto la voluntad del individuo según su propio arbitrio. Una vez aceptado este principio, lo racional, con ello el Derecho, sólo puede aparecer como una limitación para la libertad arbitraria, que es meramente abstracta y exterior (107). El Derecho, por el contrario, no consiste ni en la libertad exterior ni en la limitación de dicha libertad, como pretendía Kant; el Derecho es algo sagrado porque es la existencia del espíritu absoluto, de la libertad autoconsciente. Frente al Derecho más formal, es decir, más abstracto y más limitado, la esfera o estadio del espíritu tiene un Derecho más elevado, porque en ella el espíritu ha llevado a su determinación y ha convertido en realidad los momentos ulteriores incluidos en su idea, que resultan así más concretos, en sí

bei welchen zugleich die Gründe der aufgenommenen Bestimmungen sind bekannt gemacht worden, bei einem großen Theilen der Rechtsgrundsätze gar keine Motive vorkommen. Das ist aber eben der Charakter der allgemeinen Rechtswahrheiten, daß bei ihnen keine besondere Zweckgedenken sind. Diese Rechtsätze würden nicht durch ihre Zweckmäßigkeit zu begründen seyn, sondern sie gelten bloß und allein, weil sie eine wirkliche Wahrheit ausdrücken». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 54.

(106) Vid. *Studi hegeliani*, Torino, 1981, *passim*, especialmente págs. 1-34.

(107) Cfr. *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y ciencia política*. Trad. de J. L. VERNENGO, Buenos Aires, 1975, § 29.

mismos más ricos y verdaderamente universales (108). Por ello, frente al mero arbitrio empírico e individual que se autolimita —que no otra cosa es, en definitiva, el Derecho en Kant— Hegel opuso la voluntad racional en sí y por sí, que no depende en sus contenidos del arbitrio individual.

Otro punto en el que tenían que chocar forzosamente Hegel y Kant era el referente al contractualismo; efectivamente, Kant partió en todo momento de las voluntades individuales que se autolimitan recíprocamente, mediante un contrato, a fin de cohonestar y hacer posible la libertad de todos; el resultado de tal limitación impuesta al individuo libre era tanto el Derecho como el Estado que tenían, de esta forma, un origen contractual. En efecto, sólo la figura de un contrato podía salvar, en Kant, la libertad de cada individuo; prescindir del contrato en la explicación del Derecho y del Estado implicaba, al no haber libertad en su creación, una imposición intolerable para las voluntades libres. Hegel, que no parte de las voluntades empíricas, al contrario que Kant, sino de la existencia real y objetiva del Derecho ya existente y del Estado efectivamente constituido, no tuvo muchas dificultades en rechazar el contractualismo. En este sentido, este autor entendía que en las teorías contractualistas las dos partes contratantes se comportan como personas independientes, por lo que a) el contrato tiene su origen en el arbitrio, que no conlleva por sí ninguna especial racionalidad; b) la voluntad que en el contrato entra en la existencia es sólo la puesta por las partes; se trata, en consecuencia, de una simple y empírica voluntad común, no de una voluntad en sí y por sí racional. Tales voluntades empíricas podrían valer, ciertamente, en la esfera del Derecho abstracto, en la que sólo entran en relación voluntades empíricas sin especial valiosidad en sí, pero es absolutamente inadmisibles pretender fundamentar el Derecho y el Estado en un acuerdo de tales voluntades, pues la voluntad racional no surge desde el dato empírico. En consecuencia, explicaba Hegel, no se puede hacer radicar la naturaleza del Estado en una relación contractual, ya que tal relación es inadecuada para explicar el Estado; así, vemos que no depende de los individuos, es decir, de las voluntades empíricas, entrar en el Estado o separarse de él. Por el contrario, la vida en el Estado exige una racionalidad objetiva, independientemente de lo que decidan los individuos y, por ello, frente a la voluntad de las partes, es la razón (objetiva, es decir, existente en sí y por sí) la que decide que los hombres vivan en un Estado, y si éste no existe aún, la razón exige que sea fundado. Es falso, pues, afirmar que el Estado se funda en el arbitrio de todos; por el contrario, estar en un Estado, mantiene Hegel, es absolutamente necesario para todos (109).

El Bien no es, pues, nunca un resultado de la decisión de las voluntades individuales; el Bien referido al Derecho y al Estado mantiene Hegel, es la esencia de la voluntad en su sustancialidad y universalidad, la voluntad en su verdad. Esto no quiere decir que el orden objetivo

(108) Cfr. HEGEL, *Principios...*, cit., § 30.

(109) Cfr. *Principios...*, cit., § 75.

de bondad se sitúe tan por encima del individuo que éste no tenga acceso a él. «El derecho de no reconocer lo que no considero racional, escribía Hegel, es el más elevado derecho de un sujeto, pero por su determinación subjetiva es, al mismo tiempo, *formal*, mientras que el Derecho de lo racional, que para el sujeto es lo objetivo, se mantiene por el contrario firme» (110). Hegel invita, pues, a un acto de modestia intelectual cuando se mantiene una opinión propia frente al Derecho objetivo; mantener la opinión propia es un derecho básico de cada hombre, pero también cada uno debe ser consciente de que puede equivocarse; por ello, Hegel sigue escribiendo que «a causa de su determinación formal, la apreciación puede ser tanto verdadera como una simple opinión y error... yo puedo exigirme, y considero en mí como un derecho subjetivo, examinar una obligación con buenas razones, y estar *convencido* de ella... Pero lo que yo exija para la satisfacción de mi convicción acerca del bien, de lo permitido o no de una acción... no perjudica en nada el *derecho de la objetividad*. Tal derecho (en este caso, la objetividad del Derecho y del Estado) adopta ahora la siguiente figura: dado que una acción es una alteración que debe existir en el mundo real y quiere, por lo tanto, ser reconocida en él, debe ser adecuada a lo que tiene validez en ese mundo. Quien quiera actuar en esa realidad, *justamente por ello* debe someterse a sus leyes y reconocer el derecho de la objetividad... En este terreno objetivo el derecho de apreciación tiene validez como apreciación de lo legal e ilegal, del Derecho vigente, y se limita a su significado más próximo, al de *conocer*, en el sentido de *estar enterado* de lo que es legal y obligatorio» (111). Quiere indicar Hegel que los individuos, lejos de constituir ellos mediante sus voluntades unidas en un contrato el Derecho y el Estado, ven limitada su operatividad, en este campo, a la mera actitud pasiva de conocer lo que ya ha sido decidido jurídicamente por el Estado. Se trata, por tanto, de la crítica más fuerte imaginable contra todo tipo de contractualismo.

Contra Kant, por tanto, el punto de partida para la consideración filosófica del Derecho no es la libertad empírica, que siempre puede errar, sino lo ético objetivo. Con esta forma de entender la realidad jurídica estamos otra vez en las antípodas de la posición kantiana, porque los kantianos no lograron resolver el problema que les planteaba la existencia del Derecho positivo, y lo dejaron en consecuencia sin ninguna explicación, mientras que Hegel hizo del Estado y el Derecho positivo existentes el quicio de su explicación de la realidad. En efecto, según Hegel, «lo ético objetivo es... la sustancia concreta... De este modo, lo ético tiene un *contenido* fijo que es por sí mismo necesario y una existencia que se eleva por encima de la opinión subjetiva y el capricho; a saber, *las instituciones y leyes existentes en sí y por sí*» (112).

Dentro de este recorrido de las principales críticas al kantismo,

(110) *Principios...*, cit., § 132.

(111) *Ibidem*. Los subrayados son de HEGEL.

(112) *Principios...*, cit., § 144. Los subrayados son de HEGEL.

encontramos finalmente —por marcarnos un tope convencional— el conocido *Lehrbuch de Naturrechts* de Claudio Augusto Droste-Hülshoff. Este autor no hizo de la crítica a la escuela kantiana el tema de su obra, al contrario de lo que hicieron, por ejemplo, Schnaubert o Warnkönig, y ni siquiera se muestra especialmente crítico frente a Kant, pero la lectura de *Lehrbuch*, a pesar de esto, es instructiva para el que quiera conocer el estado del *Naturrecht* en la época en que Hegel escribía. Droste-Hülshoff nos relata, efectivamente, los argumentos más usuales que circulaban, en 1823, contra el iusnaturalismo; éstos serían:

1. No ha existido nunca «estado de naturaleza» entre los hombres; en consecuencia, un Derecho que se acomode a lo que fue tal estado, y que estuviera vigente en él, tampoco ha tenido existencia.

2. No se puede hablar del Derecho sin referencia a una autoridad. Donde no existe autoridad ni obediencia sólo puede haber obligaciones en conciencia; como el Derecho sólo existe dentro de un Estado concreto, sólo puede haber Derecho positivo.

3. Si admitiéramos una doctrina moral natural, deberían existir diversos Derechos naturales, de modo que una misma acción, según unos, sería injusta, y según otros, sería justa; pero esto no es posible porque se opone a la razón.

4. La razón no puede producir por sí misma, *a priori*, ninguna regla, ni por tanto ninguna jurídica; siempre necesita de experiencia.

5. Finalmente, ni los juristas, o filósofos, se ponen de acuerdo sobre la existencia de un Derecho natural (113).

Los enemigos del *Naturrecht* habían sustituido esta disciplina por la *Philosophie des positiven Rechts* que no es otra cosa, en opinión de este autor, que «un enjuiciamiento científico del Derecho positivo según los principios fundamentales de la razón legisladora» (114). Droste-Hülshoff no asumió, sin embargo, como propia la tendencia «positivista» que hemos encontrado, entre otros autores, en Falck o Warnkönig, según la cual la única misión de la *Rechtsphilosophie* consistiría

(113) «Von der Behauptung, da es kein Naturrecht gebe: Die vorzüglichsten Gründe gegen die Wirklichkeit des Naturrechts sind: 1. Es habe erweistlich nie einen Naturzustand unter den Menschen gegeben, also auch kein, nach der Vorstellung dieses Zustandes konstruirtes, in einem solchen Zustande geltendes Recht. 2. Von Recht ohne Rücksicht auf eine Obrigkeit nicht die Rede sein. Wo keine Obrigkeit sei, finden nur Gewissenspflichten Statt. Alles Recht sei nur vorhanden in einem Staate, und also nur positiv. 3. Wenn es eine natürliche Sittenlehre gebe, so könne es kein davon verschiedenes Naturrecht geben, weil sonst eine und dieselbe Handlung nach der ersten unrecht (unerlaubt), nach dem zweiten aber recht (erlaubt) sein könne, was nicht möglich sei, da die Vernunft sich nicht widerspreche könne. 4. Die Vernunft könne gar keinen Satz aus sich selbst, oder *a priori* erkennen, also auch keinen Rechtssatz. Sie bedürfe dagegen immer die Erfahrung. 5. Die Rechtslehrer und Philosophen seien nicht einmal über die Existenz eines Naturrechts einig». Cfr. DROSTE-HÜLSHOFF, *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Bonn, 1823, § 12.

(114) «Die Philosophie des positiven Rechts (ist) eine wissenschaftliche Beurteilung des positiven Rechts nach Grundsätzen der rechtsprechende Vernunft». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 15.

en extraer los conceptos jurídicos más generales que se encuentran en el Derecho positivo. Por el contrario, Droste-Hülshoff entendía que junto a la *Philosophie des positiven Rechts* estaba la *Rechtsphilosophie*, a secas, que se aproxima bastante a lo que se había entendido tradicionalmente como «Derecho natural» (115). El testimonio de este autor nos muestra cómo a finales del primer tercio del siglo XIX la *Rechtsphilosophie* comienza a sustituir, no pacíficamente, como se muestra en el tono polémico que Droste-Hülshoff usa, a la *Philosophie des Positiven Rechts*.

Hasta aquí hemos asistido fundamentalmente a los ataques que sufre la escuela kantiana durante los primeros años del siglo pasado, y también hemos sido espectadores de cómo, en un plano puramente doctrinal, se derrumbaron las tesis de Kant y sus discípulos. ¿Qué quedó para la posteridad de esta discusión?

VI

LA DISCUSION ENFRIADA. ¿QUE QUEDO DE KANT?

Leopoldo August Warnkönig explicaba en 1839 que la ciencia del Derecho natural había entrado en una profunda crisis desde hacía ya una decena de años. El problema consistía, según Warnkönig, en que los sistemas iusnaturalistas contruidos sobre bases kantianas habían perdido su prestigio, ya que, en su opinión, la Filosofía de Kant había consumado su ciclo vital (116). El vacío dejado por el Derecho natural kantiano había sido llenado, de hecho, por otras de distinta índole, entre las que destacaban las de aquellos que rechazaban el rótulo *Naturrecht* o *Vernunftrecht* y preferían, en su lugar, el de *Rechtsphilosophie*; estos últimos se ocuparon de averiguar lo que debe ser *rechters* entre los hombres y centraban sus esfuerzos en la crítica del Derecho positivo; así se encuadrarían Hugo, Lermínier, y otros, y a esta tendencia pertenecían —indica Warnkönig— todos los que se ocupaban de la «Ciencia de la legislación», que tienden a ser poco especulativos; éste es el caso de Filangeri, Bentham, Comte (117). Veamos cómo se desarrolló la crisis a que alude Warnkönig.

C. J. A. Baumbach es un autor en el que podemos percibir el influio de las nuevas ideas que, frente a la abstracción iusnaturalista kantiana, revalorizaron el dato histórico-empírico al tratar la teoría de Derecho. Baumbach presenta un cierto interés para mi propósito porque es un ejemplo de la situación, por estos años, de tantos universi-

(115) Cfr. el § 15 del *Lehrbuch...*, cit.

(116) «Daß die Wissenschaft des Naturrechts seit einem Jahrhundert im Zustande einer Krisis sich befindet, werden alle, die sich mit derselben beschäftigen, schon längst wissen. Die auf der Basis der kantischen Philosophie aufgebauten Systeme derselben haben das alte Ansehen verloren; der durch jene Philosophie dem Naturrechte vorgezeichnete Kreis ist durchlaufen». Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, cit., *Vorrede*, pág. IV.

(117) Cfr. WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie...*, cit., págs. 6 y ss.

tarios alemanes que, formados normalmente en la Filosofía kantiana, intentaron abrirse a nuevas ideas sin renunciar completamente a su formación inicial. Comienza Baumbach su *Einleitung in das Naturrecht* explicándonos que en esta ciencia «Para determinar correctamente el concepto de Derecho natural o de *Rechtsphilosophie* es preciso aludir antes que nada a la conocida oposición entre Historia y Filosofía. La Filosofía tiene como misión investigar los últimos fundamentos de las cosas, del Universo entero y, por tanto, declarar la doctrina eterna de la naturaleza y la razón. La Historia nuestra, por el contrario, qué manifestaciones, temporales y locales, ha tenido la razón...» (116). El hecho de que un kantiano (Baumbach pretende serlo) aluda a la Historia en tanto que creadora del Derecho positivo, e integre el estudio de este Derecho como parte de la *Rechtsphilosophie*, era algo impensable en la edad de oro de la escuela kantiana; lo que quiere decir que los ataques de los «positivistas» e idealistas hicieron blanco entre sus filas.

Baumbach, tras exponer como propios algunos de los tópicos fundamentales de la ortodoxia kantiana —la deducción del Derecho a partir de la libertad, el Estado en tanto que exigido por la razón pura para hacer posible la libertad externa, etc....— tuvo en cuenta las recientes aportaciones de los críticos del kantismo y se opuso al origen contractual del Derecho y del Estado (119). Parece claro que, a la altura de 1823, ya no se podía ser kantiano sin chocar fuertemente con el ambiente, y el que pretendiera aún seguir a Kant tenía que hacer concesiones tan fuertes contra las tesis kantianas, que es problemático que pudiera considerarse seguidor del filósofo de Königsberg.

¿Hasta cuándo perdura la escuela kantiana? Tengo la impresión de que hacia 1825 nadie creía ya en la posibilidad de elaborar un Derecho que se pudiera obtener racionalmente desde principios *a priori*. Quizá el panorama se vuelve más sombrío para los epígonos kantianos si añadimos que, por esta fecha, nadie creía tampoco en la posibilidad de una Filosofía jurídica que se elaborara de la misma forma. Para no trivializar el estado del problema, es preciso hacer algunas matizaciones; en concreto, que una cosa fue la pretensión iusnaturalista de elaborar apriorísticamente un Derecho acabado —que es en lo que se ocuparon los clásicos del Derecho natural en el siglo xvii, como Grocio o, en mayor medida, Pufenhofer— y otra muy distinta fue el empeño, también iusnaturalista, de crear una *Philosophia iuris* que no tenía nin-

(118) «Um den Begriff des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie richtig zu bestimmen, ist vor allem Dingen der bekannten Gegensatz der Philosophie und Geschichte festzuhalten. Die *Philosophie* hat zur Aufgabe, die letzten Gründen der Dinge (das All) zu erforschen, mithin die ewigen Lehren der Natur und Vernunft anzusprechen; —die Geschichte dagegen zeigt, welche zeitliche und örtlichen Aeusserungen der Vernunft von jeder das Leben bewegten und hierbei bald mehr bald minder der höchsten Idee nahe waren». Cfr. *Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie besonders für Deutschlands bürgerliches Recht. Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft*, Leipzig, 1823, § 1. Vid. también el § 10 de la misma obra.

(119) Vid. *Einleitung...*, cit., § 13, III *Anmerkung* 1 para lo que se refiere al Estado, y el § 13, III, II, C, *Anmerkung* 1 para lo referente a la propiedad.

guna pretensión de crear un ordenamiento jurídico racional ultimado. Efectivamente, los primeros iusnaturalistas, en el siglo xvii, fueron eminentemente prácticos, jurídicos, y sus disgresiones filosóficas pretendían normalmente fundamentar y defender la nueva ciencia del Derecho natural que ellos estaban creando. Los iusnaturalistas tardíos del siglo xviii, en cambio, abandonaron de hecho la pretensión de crear un ordenamiento jurídico ultimado hasta en sus pequeños detalles y se preocuparon por explicar el concepto del Derecho y los últimos fundamentos del *ius*; en esta segunda dirección cabe encuadrar a las figuras más notables del Derecho natural dieciochesco, tales como Baumgarten, Achenwall, Hufeland, etc.... y, desde luego, a Kant y sus seguidores. De hecho, las pretensiones de estos últimos autores poco tienen que ver con las preocupaciones cotidianas de un jurista práctico y su propósito, cuando existió, fue eminentemente político, a saber, hundir el Antiguo Régimen e iniciar una apertura hacia las nuevas ideas igualitarias y democráticas. Por estas observaciones, me parece incorrecto lanzar contra la corriente iusnaturalista el reproche de su esterilidad práctica, ya que los mismos tratadistas del Derecho natural no se propusieron crear Derecho, sino Filosofía política y jurídica. El problema, para acabar de centrar la cuestión, era: ¿se consideró correcta la Filosofía jurídica elaborada por los kantianos?

Hemos visto que no. Aún en la segunda década del siglo encontramos algunos autores influidos por ideas kantianas, pero conforme avanza el tiempo, en muy pocos años languidece cualquier rastro del kantismo. Esta afirmación no se puede formular de forma absoluta: aún fueron publicadas obras de kantianos rigurosos, como la de Carl von Rotteck, o de publicistas aficionados a la Filosofía, influidos por Kant, como la *Politik* de Jakob Friedrich Fries, obra póstuma; pero se trata de tiros erráticos que han salido fuera del agrupamiento y que no representan nada.

Por el contrario, los tratadistas de Derecho público y privado más influyentes prescindieron tanto del *Naturrecht* como de la *Rechtsphilosophie*. En este sentido, Karl Friedrich Eichhorn comenzaba sus tratados sin hacer ninguna mención a una u otra ciencia aludida (120); partía, simplemente, del Derecho positivo, con alguna mención esporádica a Gustav Hugo con el fin de permitirse utilizar la expresión, bastante extravagante para un alemán de aquel tiempo, de *positives Recht* (121).

Tras los ataques de Fa'ck y Hegel, la Escuela Histórica entró en escena con toda su fuerza diez años después. Ciertamente, hacia 1830, Savigny y su doctrina eran ampliamente conocidos en Alemania, pero faltaban aportaciones que profundizaran y expusieran en tono filosófico la doctrina de la Escuela Histórica del Derecho. El primer teorizador de la nueva corriente que se inició con Hugo y Savigny fue Julius Friedrich Stahl, quien, en 1830 publicó la primera edición de su *Philosophie des Rechts*.

(120) *Deutsche Staats— und Rechtsgeschichte*. Göttingen, 1808, y *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts*. 2. Auflage, Göttingen, 1825.

Stahl fue rebatiendo las tesis kantianas fundamentales. Comienza indicando que el Derecho no es obra de los hombres, sino de Dios; es el orden natural-divino de la convivencia humana: «mantener el reflejo divino en los hombres es tarea de Dios, que lo realiza mediante sus mandamientos y su fuerza interior en las conciencias, con el libre asentamiento del hombre. Pero la ordenación divina del mundo, por lo que se refiere al entero género humano, debe mantenerla la comunidad humana a través de un orden humano... y ese orden es el Derecho» (122).

En consecuencia, «el sujeto del Derecho es el pueblo en su unidad, y con ello el Estado, no los particulares como tales; esto quiere decir que el pueblo es el llamado a hacer el Derecho... El particular permanece bajo los preceptos del Derecho, solamente *en* el pueblo, en medio de él, como una parte del todo, no como individuo particular, es decir, no como *homo*, sino como *civis*» (123). En concreto, quien tiene autoridad para dictar el Derecho para un pueblo son sus Autoridades (124).

Sucede que Stahl desecha la noción de libertad de la que habían partido Kant y sus discípulos, desde la que deducían la existencia del Derecho. (Naturalmente, esto está dicho en un plano puramente teórico, porque lo que realmente movía a Stahl era su conservadurismo político; pero éste es otro tema). El entendía que la libertad jurídica está ya, originariamente y en sí misma, limitada o, mejor dicho, determinada a través de la ordenación vital y moral del pueblo; mediante la ley de las relaciones vitales, a saber, familia, municipio, estamento,

(121) Cfr. *Deutsche Staats...*, cit., pág. 3.

(122) «Das Ebenbild Gottes im Menschen zu erhalten ist nun bloß die Sache Gottes durch seine Gebote und seine innere Macht im Gewissen, und der freien Erfüllung des Menschen. Aber die Weltordnung Gottes im Menschengeschlecht soll zugleich auch die menschliche Gemeinschaft selbst erhalten durch eine menschliche Ordnung, die sie aufrichtet und der sie alle Einzelnen mit äußerer Macht unterwirft, und diese Ordnung ist das Recht». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, Tübingen 1878 (Primera edición de 1830), 2. Band, pág. 191.

(123) «Das Subjekt des Rechts ist das Volk in seiner Einheit, sohin der Staat, nicht der Einzelner als solcher. Das heißt das Recht ist der Beruf des Volkes. Es ist ein Gebot, das zunächst an die Völker und ihre Obrigkeiten ergeht, daß sie es in ihrem Gemeinleben verwirklichen... Des Einzelne dagegen steht unter den Geboten des Rechts nur in und mittelst des Volkes, als Glied des Ganzen, nicht unmittelbar für sich, als Einzelne, als *civis*, nicht als *homo*». Cfr. *Die Philosophie des Rechts...*, cit., pág. 195.

(124) «Darum sind auch die Anordnungen, welche die Obrigkeit für das Gemeinleben, ja selbst für jene Einrichtungen des Gemeinzustandes gibt, nur dann ein Bestandtheil des Rechts, wenn sie entweder die Gebote Gottes oder die Rechte der Menschen zum Gegenstand haben. Enthalten sie dagegen bloß technische Mittel für solche Gebote Gottes... es sind das Befehle der rechtlichen Autorität, aber nicht selbst Bestandtheile der Rechtsordnung». Cfr. *Die Philosophie des Rechts...*, cit., pág. 201. A partir de aquí, hasta la página 213, desarrolla extensamente la tesis indicada arriba, a saber, que para el estudio de la sociedad debe partirse siempre de la sociedad como tal, de su existencia real y no del individuo aislado. Para apoyar esta tesis, hace extensas referencias a la doctrina de Aristóteles acerca de la sociedad como ámbito natural de la existencia del hombre, y se remite también al principio de la sociabilidad establecido por GROCIO, PUFENDORF, SCHELLING, etc....

Iglesia, etc...., todos poseemos posibilidades distintas, luego es absurda la igual libertad para todos (125). El error fundamental en la concepción de la libertad, radica, escribe Stahl, en que en nuestro tiempo se ha concebido a la libertad como una posibilidad formal y vacía, sin contenido ni fin, sin una esencia ética determinada. En consecuencia, aparece el hombre moralmente como libre, de modo que puede elegir entre el bien y el mal, como si su inteligencia fuera una *tabula rasa* (216). En una palabra, Stahl rechazaba el punto de partida de las construcciones jurídicas de los kantianos. Consecuentemente, repudiaba también el *statu quo* y la finalidad que los kantianos atribuyeron a la sociedad civil y al Estado, es decir, la simple coexistencia de los hombres en el respeto de la libertad mutua. «La vida de la comunidad humana, del pueblo, no puede ser simple coexistencia, explicaba Stahl, no puede consistir en un estar los unos juntos a los otros, en el que cada uno persiga su propio fin y se protejan mutuamente. Al contrario, la vida social supone el cumplimiento solidario de un orden más elevado, del plan moral universal, y la libertad de cada uno no es el límite del Derecho, sino solamente una parte de él» (127). Stahl atacaba con estas líneas uno de los puntos neurálgicos de la doctrina kantiana, a su saber, su Etica basada en el egoísmo; en efecto, al concebir Kant el Estado y el Derecho como procedentes de la libertad del hombre, ambas instituciones agotaban su función en la defensa de las libertades y de las propiedades individuales; se trataba, pues, de la fundamentación más audaz posible de la sociedad liberal-capitalista que ya había surgido en Europa. Stahl, en nombre de la Etica cristiana, se opuso a esta visión del Derecho y de la sociedad.

El Derecho es, pues, un orden divino, pero es también un orden humano porque toca realizarlo a los hombres; éstos pueden concretarlo mejor o peor, pero es la única concreción existente, lo que quiere decir, indicaba Stahl, que el Derecho históricamente existente es el único Derecho que puede existir. Dicho de otra forma, todo Derecho es positivo. Ciertamente, por encima del Derecho positivo está la ordenación de Dios, pero tal orden no puede ser considerado como el lla-

(125) «Die rechtliche Freiheit ist schon ursprünglich und in ihr selbst begränzt oder vielmehr bestimmt durch die sittliche Lebensordnung des Volkes, sohin durch das Gesetz der Lebensverhältnisses (Familie, Gemeinde, Stand, Kirche, u.s.w.), verschieden je nach einem jeglichen». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 328.

(126) «Der Grundirrtum in der Freiheitsforderung des Zeitaltes liegt darin, daß man die Freiheit als die leere formale Möglichkeit auffaßt ohne Inhalt und Zweck, ohne bestimmtes sittliches Wesen. Danach erscheint der Mensch moralisch als freier, je mehr er Wahl zwischen Gut und Böse hat, je mehr *tabula rasa* in der Gesinnung ist, bis zuletzt zum Nichtspunkt, auf dem der Mensch, durch nichts gebunden und bestimmt». Cfr. *Die philosophie des Rechts*, cit., pág. 329.

(127) «Das Leben der menschlichen Gesamtheit (des Volkes) ist in Wahrheit nicht bloße Coexistenz, nicht ein bloßes Nebeneinanderbestehen der Menschen, in welchem sie ihre Zwecke als Einzelne verfolgen, sich gegeneinander schützen und allenfalls einander fördern, sondern es ist gemeinsam einheitliche Erfüllung einer höheren Ordnung, des sittlichen Weltplan, und die Freiheit des einzelnen Menschen ist nicht das Rechtsgebiet, sondern nur ein Theil desselben». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 213.

mado «Derecho natural» o «Derecho racional», pues la esencia del Derecho radica en ser un orden de la vida autónomamente humano, es decir, ser Derecho positivo, repite Stahl incansablemente (128).

La negación que hace Stahl de *Naturrecht* o *Vernunftrecht* destila aversión contra todo tipo de iusnaturalismo. Veamos: «Derecho y Derecho positivo, escribe Stahl, son conceptos equivalentes. No hay ningún otro Derecho al margen del Derecho positivo... Pueden existir exigencias racionales dirigidas al Derecho, pero no existe ningún Derecho racional. No le es lícito, por tanto, a los súbditos individual o colectivamente, rechazar el Derecho positivo apoyándose en el Derecho natural» (129).

Este Derecho positivo, concreción humana de la ordenación divina de Dios sobre el mundo, tiene como sujeto primario, como ya indicamos, al pueblo tomado en su conjunto. Por ello, y de forma consecuente con Savigny, al que cita, nuestro autor mantenía que «el Derecho nace de la conciencia del pueblo, de su dignidad vital, de su más interior individualidad como pueblo, y surge en completa concordancia con toda la situación del pueblo, es decir, con la condición del país, clima, población, forma de alimentación, etc.» (130).

El último extremo al que me referiré es la propiedad, según Stahl. Otra vez se sitúa nuestro autor en oposición a Kant; éste había mantenido una doctrina, no muy diáfana, según la cual la propiedad se fundamentaba, en último extremo, en la *ocupatio* individual o colectiva de las cosas sin dueño. Stahl reaccionó, en tonos violentos, contra esta opinión: «El hombre está formado de tierra, pero tiene infundido un orden divino. En consecuencia, él depende de las cosas materiales para el mantenimiento y satisfacción de sus necesidades que son, de esta forma, medios puestos a su servicio. Por ello, el hombre está en la

(128) «Das Recht ist, wie angeführt worden, menschliche Ordnung, aber zur Aufrechthaltung der Weltordnung Gottes. Es besteht daher so wie es die Menschen zu bestimmter Zeit im bestimmten Lande festgesetzt haben, und weil sie es gerade so festgesetzt haben, gut oder übel, nicht weil sie es gerade mußten nach einer Nothwendigkeit in Gottes Gebot, das heißt: das Recht ist positiv; aber es hat an den Gedanken und Geboten der Weltordnung Gottes ein höheres Gesetz, dem es sprechen soll, nach welchem es die Menschen festgesetzt sollen. So steht dem positiven Recht ein Gottgebotenes, Gerechtes, Vernünftiges gegenüber. Dieses Vernünftige, die Gedanken und Gebote der Weltordnung Gottes sind jedoch nicht selbst ein Recht — ein sogenanntes Naturrecht oder Vernunftrecht, denn das Wesen des Rechts ist es ja gerade, selbständig menschliche Lebensordnung, sohin positives Recht zu sein». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 218.

(129) «Recht und positives Recht sind darum gleichbedeutende Begriffe. Es gibt kein anderes Recht als das positive... Sie (die Gottesideen) sind Bestimmungsgründe für die Fortbildung des Gemeinzustandes, nicht bereits geltende Normen des Gemeinzustandes. Es gibt daher wohl Vernunftforderungen an das Recht, aber es gibt kein Vernunftrecht. Es dürfen die Unterthanen, einzeln oder in Masse, sich nicht wider das positive Recht setzen, gestützt auf Naturrecht, das ist der Frevel der Revolution». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 221.

(130) «Das Recht entsteht daher aus dem Bewußtseyn des Volkes, aus seiner Lebenswürdigung, seiner innersten Individualität (Savigny), und steht im Einklang mit dem ganzen Zustand des Volkes, Landesbeschaffenheit, Klima, Ausdehnung, Nahrungweise, Sitte (Montesquieu), und das Recht entsteht eben dadurch als im Bewußtseyn des Volkes lebendig». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 261.

Creación como señor de ella... Por esto es por lo que tiene, por naturaleza, concedido un poder sobre las cosas... En esto se fundamenta la propiedad» (131). El origen de la propiedad, prosigue más adelante, hay que situarlo dentro del pueblo, y no puede consistir en una ocupación hecha por los particulares, sino en una adjudicación realizada por la Autoridad (132).

Warnkönig fue el otro gran teórico de la Escuela Histórica del Derecho, más fiel que Stahl a los postulados de la Escuela y con una explicación más secularizada que la que proporcionó el conservador prusiano. He aludido en páginas anteriores al contenido de una pequeña obra de este autor, la *Versuch einer Begründung des Rechts*, que, publicada en 1819, se trata de una obra de juventud; veamos ahora su obra de madurez.

Constata este autor el fracaso de las teorías del Derecho natural; ante todo, reprocha a los iusnaturalistas de multiplicidad de sistemas que han construido, hecho que, en su opinión, demuestra que los tratadistas del *Naturrecht* no lograron eliminar la subjetividad en la construcción de sus teorías. Sucede, argumentaba Warnkönig, que la razón pura, en el campo del Derecho, no es capaz de desarrollar teorías que, a modo de una legislación que pretenda estar vigente, sean precisas, exactas, como sucede con las ciencias matemáticas, de forma que tales teorías llevaran en sí mismas la garantía de su corrección. Hasta ahora, prosigue Warnkönig, ni la Moral ni el *Naturrecht* han logrado constituirse en ciencias apodícticas, por mucho que la *Rechtsphilosophie* abstracta se hubiera gloriado, en su tiempo, de ello (133).

Este autor no cree, en modo alguno, en la capacidad de la razón para, por sí misma, sin contacto con la experiencia, llegar a una conclusión en el terreno jurídico. En el Derecho, argumentaba él, es pre-

(131) «Er (der Mensch) ist aus Erde gebildet, aber ein göttlicher Odem ihm eingeraucht. Deßwegen ist er einerseits abhängig von der materiellen Welt außer ihm, zur Erhaltung und befriedigung ihrer bedürftig, andererseits ist er erhaben über ihr, sie ist ihm dienendes Mittel und Stoff. In dieser Weise ist der Mensch als Herr in die Schöpfung gesetzt. Die Gegenstände der außenwelt sind ihm angewiesen zu Befriedigung seiner Bedürfnisse, zunächst der leiblichen, mittelst derselben auch der geistigen... Dazu hat der Mensch von Natur die Gewalt über die Sachen... Darauf beruht das Eigenthum». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 350.

(132) «Der Anfang des Eigenthums innerhalb des Volkes, da bereits einheitliche Ordnung besteht, ist nicht Besitznahme durch den Einzelnen, sondern Zutheilung durch die Obrigkeit. Denn alles Eigenthum führt sich zuletzt zurück auf das Grundeigenthum... Das Grundeigenthum aber ist wohl fast bei allen Völkern ursprünglich ausgetheilt und nicht der zufälligen Besitznahme überlassen worden». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 360.

(133) «Eben so groß ist die Verschiedenheit der Systems des Naturrechts, oft selbst unter den zu derselben Schule gehörende Schriftstellern.

Nur wenn es uns möglich wäre, aus allem Subjectiven heraustreten, könnte eine rein objective, durch sich selbst als Gesetzgebung geltende Rechtstheorie aufgestellt werden, welche gleich den mathematischen Wissenschaften die Garantie ihrer Richtigkeit in sich trüge und nach gemachter Demonstration jedem als verpflichtend sich zeigte. Bis jetzt ist es weder der Moral, noch dem Naturrecht gelungen, auf die Höhe einer apodictischen Wissenschaft sich zu erheben, wie oft auch die abstracte Rechtsphilosophie dessen sich rühmte». Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg, 1839, pág. 217.

ciso partir de la experiencia, tomar a los hombres como realmente son y viven, y no especular con ellos como puras esencias racionales, que es lo que hicieron los kantianos. Por esto, es preciso partir, en la explicación del Derecho, de los datos siguientes:

- 1) de los hombres que realmente viven sobre la tierra,
- 2) que tienen una existencia y una vida en un lugar concreto,
- 3) que viven en un tiempo determinado, agrupados en un mismo lugar; hombres que viven, es decir, que sienten, piensan y obran, pues únicamente esto es «coexistir».

No podemos considerar a los hombres como esencias racionales abstractas, proseguía Warnkönig, sino como hombres concretos, que existen y obran en el mundo de la experiencia. No los podemos pensar como seres que viven en el grado de la más alta perfección moral y que, en consecuencia, seguirían sin esfuerzo las más elevadas exigencias de la razón, sino sencillamente, tal como ellos aparecen en la realidad. Es decir, no hombres como deben ser, sino como son de hecho, con sus virtudes y defectos, con un grado determinado de desarrollo cultural y con su entera individualidad (134). En este punto de partida se encuentra la razón del fracaso del Derecho natural; los iusnaturalistas pretendieron partir de hombres abstractos, que no existen y para hombres inexistentes no hay ningún Derecho. No existe, pues, un Derecho natural abstracto (135).

De hecho, la Historia nos muestra que allí donde han existido hombres conviviendo, amistosamente o como enemigos, ha habido máximas, reglas o preceptos, admitidos como vinculantes, que determinan lo que es Derecho entre ellos y que, por tanto, deben ser observados, de modo que su infracción se tiene como injusticia. El conjunto de estos preceptos es el Derecho de estos hombres que, en la medida en que constituye una unidad, es llamado un pueblo. Jamás se ha encontrado un pueblo sobre la tierra que no haya tenido su Derecho propio (136).

(134) «Durch die angenommene Thatsache der Coexistenz von Menschen werden als gegeben angenommen: 1) Menschen, d.h. wirkliche auf Erden lebende Menschen; 2) welche existiren, d.h. ein Daseyn, also ein Seyn und Leben an irgend einem Orte haben und 3) zugleich und mit einander in derselben Zeit und demselben Raume leben, d.h. empfinden, denken und handeln; denn nur dies ist Cöexistiren.

Die Menschen dürfen hier nicht als abstracte Vernunftwesen, sondern als concrete, in der Welt der Erfahrung seyende und handelnde Menschen genommen werden. Sie dürfen auch nicht gedacht werden als Wesen auf der Stufe der höchsten moralischen Vollkommenheit, wie die Moral und die höchsten Anforderungen der Vernunft sie haben wollen, sondern recht und schlecht, wie sie in der Wirklichkeit erscheinen; nicht Menschen, wie sie seyn sollen, sondern, wie sie sind, mit ihren Tugenden und Mängeln, ihrer Culturstufe und ihrer ganzen Individualität». Cfr. WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 238.

(135) «Für den abstracten, d.h. den nirgends existirenden Menschen gibt es kein wirkliches Recht. Das abstracte Naturrecht ist keins». Cfr. WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 239.

(136) «... nach dem Zeugniß der Geschichte, näher dahin erörtern, daß wo immer Menschen zusammenleben und in bleibenden Wechselverkehr, er sey ein friedlicher oder feindlicher, stehen, gewisse Maximen, Regeln oder Vorschriften als verbindlich anerkannt werden, welche bestimmen, was unter ihnen Recht ist und

Resulta evidente desde estos presupuestos, escribía Warnkönig, que el Derecho efectivamente configurador de la convicción común de la comunidad de los hombres no necesita de un contrato para producirse, lo que Rousseau llamaba el *Contrat social*. La Historia, por sí sola, nos muestra ordenamientos jurídicos completos que no han surgido de un acuerdo contractual; los más antiguos principios jurídicos de los pueblos son anteriores al mismo Derecho de contratos y, de hecho, en muchos Estados se piensa que la doctrina que mantiene la fundamentación del Derecho en un contrato primitivo es absolutamente rechazable. Si profundizamos más en la naturaleza del contrato, proseguía Warnkönig, reconocemos que cualquier Derecho que fundamenta la convicción común de un pueblo no tiene el carácter de un contrato, porque la esencia del contrato está en el arbitrio de las partes, y la convicción común de un pueblo tiene más bien un carácter de necesidad (137).

Warnkönig ha renunciado, pues, a toda fundamentación abstracta-racional del Derecho. ¿Quiere decir esto que abandona el orden jurídico a la pura espontaneidad del sentimiento popular? En algunos momentos da pie para pensar así, como cuando escribe que «la más próxima causa de la existencia de las máximas seguidas en un pueblo, como Derecho, son comportamientos humanos, es decir, actos de la voluntad humana, a través de los cuales aquellas máximas o preceptos han sido determinadas como reglas jurídicas. Es decir, que todo el Derecho existe porque el hombre lo quiere. Cuando el hombre quiere (*will*), piensa él también (*denkt er auch*), y separa en el momento de este pensamiento lo justo de lo injusto. Nosotros hemos localizado la causa del Derecho en el hombre, concretamente, en su pensamiento y en su voluntad o, más bien en su fuerza mental y decisoria» (138). Sin em-

als solches befolgt wird oder nach ihrer Meinung befolgt werden soll oder muß, und deren Nichtbefolgung für unrecht gilt.

Der Inbegriff dieser Vorschriften ist das Recht dieser Menschen, welche, als eine Gesamtheit, ein Volk genannt ist. Man hat noch nie ein Volk auf Erden gefunden, das nicht sein Recht gehabt hätte». Cfr. WARNKÖNIG..., cit., pág. 176.

(137) «Darf man die das wirkliche Recht bildende gemeinsame Ueberzeugung einer Gesamtheit von Menschen einen Vertrag oder gar mit Rousseau den *Contrat social* nennen?...

Allein die Geschichte zeigt uns ganze Rechtssysteme, die auf keiner vertragmäßigen Uebereinkunft beruhen. Die älteste Rechtsgrundsätze der Völker gehen allem Vertragsrecht vorher, und in vielen Staaten ist der Gedanke, das Recht auf einen ursprünglichen Vertrag zu stützen, durchaus verwerflich...

Geht man tiefer in die Natur des Vertrages ein, so erkennt man, daß die alles Recht begründende Gesamtüberzeugung eines Volkes nicht den Character des Vertrages hat. Das Wesen des Vertrages besthet in der Willkühr der contractanten... Die rechtliche Gesamtmeinung eines Volkes hat, gleich der Ueberzeugung des Einzelnen, einen Character der Nothwendigkeit». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 226.

(138) «Die nächste Ursache des Daseyns der als Recht bei einem Volke befolgten Maximen sind menschliche Handlungen, d.h. Acte des menschlichen Willens, durch welchen jene Maximen oder Vorschriften als Rechtsregeln festgesetzt worden sind. So geht also alles Recht unmittelbar vom menschlichen Willen aus: das Recht ist da, weil der Mensch es will. Indem er will, denkt er auch, und unterscheidet im Momente dieses Denkens das Recht vom Unrecht. wir haben

bargo, Warnkönig aspiraba a no separar el orden moral del jurídico, porque, para él, el Derecho es la decisión de un pueblo acerca de lo que es justo; ciertamente, desengañado de las utopías intelectuales de los iusnaturalistas, él no parece creer en un orden inmutable y eterno, racional y abstracto, de justicia; él concretó y fijó la justicia en desarrollo cultural y moral de cada momento histórico, distinto en cada pueblo, pero no prescindió de ella. Por esto, explicaba que «el Derecho sólo puede ser aquello que se manifiesta adecuado a la ley moral de la justicia, ya permita, ordene o prohíba. Obra de forma adecuada al Derecho (*iure agit*) aquel que se adecúa a la justicia... El Derecho es, pues, lo que es reconocido en las relaciones sociales, por los hombres que las configuran, como justicia, es decir, lo que según ellos debe ser observado y mantenido necesariamente» (139).

Warnkonig no prescinde, pues, de la justicia en la explicación del Derecho; sólo que, por no admitir una regla racional y eterna para los asuntos humanos relativiza el concepto de justicia según cada lugar y cada momento histórico. Desde esta forma de pensar no resulta posible un *Naturrecht*, ni siquiera una *Rechtsphilosophie* abstracta: lo único procedente de la justicia concreta en él, es decir, una *Philosophie des positiven Rechts*.

J. F. Kielruff representó en estos momentos la otra corriente superadora del iusnaturalismo, a saber, el incipiente positivismo jurídico. En efecto, la Escuela Histórica del Derecho y el Positivismo jurídico fueron las dos grandes tendencias que dominaron el siglo XIX alemán; durante el primer tercio del siglo coexistieron, combatiéndolo, con el iusnaturalismo kantiano y, más tarde, se adueñaron de la escena universitaria, una vez que el kantismo había acabado. La corriente idealista no logró un papel autónomo y sustantivo, de protagonista, en este proceso; quedó diluida, a modo de citas que aparecen intermitente, aquí y allá, en las obras fundamentales de los positivistas. Tampoco la Escuela Histórica logró el éxito definitivo, ya que los desajustes entre sus ambiciosos escritos programáticos y la realidad del trabajo de los juristas que se acogieron a sus banderas se hizo patente

demnach die Ursache des Rechts im Menschen und zwar in seinem Denken und Willen oder in seiner Denk— und Willenskraft aufsuchen». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 179.

(139) «Recht kann überhaupt nur seyn was als dem moralischen Gesetze der Gerechtigkeit gemäß erscheint, einerlei ob durch diese etwas erlaubt, geboten oder verboten wird. Recht handelt (*iure agit*) derjenige, welcher der Gerechtigkeit gemäß handelt... Recht ist also: was in dem geselligen Verhältnisse von den sie bildenden Menschen, als der Gerechtigkeit gemäß, d.h. das in denselben nothwendig zu Achtende und aufrecht zu Erhaltende anerkannt wird». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 225.

(140) «Diese historische Richtung verlässt nicht minder, als jene naturrechtliche, den praktische Boden der Gegenwart. Sie hält fest am positiven Stoff, aber diese Stoff ist seinem größten Theil nach todes Material, welches ausser lebendigem Zusammenhang steht mit dem Recht der Gegenwart... Dieses Princip... hat eine civilistische Doctrin geschaffen... und sich von der Praxis eben so entfernt hält, als jenes Naturrecht. Diese civilistische Literatur... vergisst, das eben dieses Recht nur durch die Praxis in Deutschland Eingang gefunden, und nur so, wie es die Praxis gestattet, und nur das, was durch sie lebendes Recht geworden ist». Cfr. *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Altona, 1839, Vorrede, pág. XX.

muy pronto en la conciencia alemana, y este desengaño se muestra en las amargas líneas que Kielruff escribió, ya en 1839, en el prefacio de su tratado (140); por ello, tras Stahl y Warnkönig, los teóricos de la Escuela desaparecen y en su lugar quedó, fundamentalmente, el positivismo. Aparecieron también obras eclécticas que combinaron residuos de tesis kantianas con postulados idealistas y positivistas, pero estos autores no presentan gran interés para mi propósito porque son muy tardíos y, a partir de 1840, la escuela kantiana es, definitivamente, un cadáver.

Kielruff comienza las primeras líneas de su *Theorie des gemeinen Civilrechts* hablando del Estado como marco necesario para explicar el concepto del Derecho; evidentemente, los postulados iusnaturalistas-kantianos relativos al «estado de naturaleza», el origen contractual del Estado, etc..., le debían preocupar muy poco, porque ni hace alusión a ellos (141). El Derecho, explicaba Kielruff, es la voluntad del Estado; no acomete este autor la tarea de fundamentar o legitimar al Derecho en tanto que voluntad estatal; se limita con afirmar que se trata de «una voluntad objetiva y general que tiene reconocimiento universal, que se intensifica a través de la coacción sobre la voluntad subjetiva que se le resiste... A través de su realización se manifiesta tanto su verdad y la falsedad de la voluntad subjetiva que se opone, como su fuerza objetiva y la impotencia del querer individual que se desvía de ella» (142).

Los iusnaturalistas habían hecho de los derechos «anteriores» al Estado el eje de sus construcciones; en una época inmediatamente post-iusnaturalista era preciso ocuparse de este tema. Kielruff enfocó el problema desde un ángulo estrictamente positivista y resolvió la cuestión escribiendo que cuando un individuo cree tener a su favor un derecho de este tipo, tal derecho encuentra su legitimación (*der Drang und Trieb seines Zeitalters*) en un precepto del Derecho del Estado; pero si el sujeto, alegando un derecho anterior al Estado, se sitúa frente a las normas del Estado, este mismo hecho constituye la prueba más contundente de que tal pretendido derecho, por no ser eficaz, sólo tiene de «derecho» el nombre (143). La razón de la irresistibilidad del Derecho estatal radica en su eficacia, pues «solamente aquella voluntad que logra imponerse en la práctica, con vigencia definitiva, es una voluntad verdadera» (144). Una tendencia científica que prescindiera de

(141) Cfr. op. cit., pág. 1.

(142) «Der Wille des Staats als solcher ist die Form des Rechts; das, was von ihm gewollt wird, ist der Inhalt des Rechts. Aber beide sind untrennbar integrierende Momente des wirklichen Rechtsbegriffs. Das Recht ist der Wille des Staats. Darum ist es der allgemeine objective Wille, welcher universelle Anerkennung hat, und sie sich verschafft durch Nöthigung des widerstrebenden Willens... Durch seine Verwirklichung beweist es seine Wahrheit und die Unwahrheit eines abweichenden individuellen Wissens. Durch seine Verwirklichung offenbart es seine objective Macht und die Ohnmacht eines abweichenden individuellen Willens». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 2. En la página siguiente desarrolla más pormenorizadamente esta idea.

(143) Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 3.

(144) «Denn nur der praktische zur endlichen Geltung sich durchsetzende Wille ist wirklicher Wille». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 4.

este planteamiento, proseguía Kielruff no es nada, es algo vacío, sin utilidad (145). En consecuencia, también la vigencia del Derecho consuetudinario depende de la voluntad del Estado, «pues según el espíritu del Estado actual la fuente originaria de la fuerza práctica de la costumbre jurídica reside en la voluntad tácita del legislador» (146). En contradicción con la Escuela Histórica, que partía de la costumbre más que de la legislación del Estado, este autor mantiene que los magistrados constituyen la adecuación de las costumbres a los principios del Derecho de su Estado (147).

La ley del Estado es, por tanto, la única fuente del Derecho. El saber de un individuo, cuando razona sobre la adecuación o la justicia de tal ley y le niega acatamiento, es un saber puramente subjetivo, inoperante, porque «La ley existente eficazmente es objetivamente Derecho, y justa, de tal modo que si hablamos con propiedad, el predicado «justo» no se puede aplicar a la ley. Injusta es únicamente la persona privada que no realiza la voluntad expresada en la ley... Pero el legislador que actúa dentro de los límites constitucionales no puede ser injusto. Si nos referimos a la ley sólo puede existir, respecto de ella, inmoralidad, pero nunca injusticia; pero esto importa poco, porque sobre lo que es moral o inmoral sólo puede existir un juicio absolutamente subjetivo» (148). De forma parecida a Hobbes, Kielruff mantenía que es la ley positiva, emanada del Estado, la que crea la justicia.

La misma naturalidad con que Kielruff expuso sus tesis, y la ausencia de polémicas a propósito de ellas, nos indica que los tiempos en los que se creía en el «estado de naturaleza», en los hombres libres e iguales que, mediante su voluntad, creaban el Estado, etc..., han pasado definitivamente a la posteridad; «el dogma fundamental de estos hombres, escribía Kielruff, es que solamente vale como ley, es decir, como voluntad normativa que se impone y cuyo cumplimiento puede ser forzado, lo que el sujeto de derecho ha dado inmediatamente como su voluntad externa. Pero el sujeto que ordena es, ahora, el pueblo

(145) «...eine nichtige, ein leeres nutzloses». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 4.

(146) «dass nach dem Geist des heutigen Staats die Urquelle der praktischen Kraft des Gewohnheitsrechts in dem stillweigende Willen der Gesetzgebung liege». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 13.

(147) Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 13.

(148) «Das vom Gesetzgeber als ausgesprochener Wille objectivirte Wissen ist ein objectives, es ist das über der Meinung stehende Bewusstsein. Jedes besondere Wissen von Individuen, welche über die Zweckmäßigkeit des Gesetzes raisonnieren, und ihm ihre Anerkennung verweigern, ist nur ein subjectives, das als legislative Theorie bloss Einfluss haben kann auf das noch nicht zum Dasein gelangte Gesetz. Das wirklich vorhandene Gesetz ist objectiv das rechte und gerechte». A nota a pie de página continúa: «Eigentlich passt das prädicat der Gerechtigkeit auf das Gesetz selbst nicht. Der Begriff der Gerechtigkeit fällt unter das Gesetz. Ungerecht ist der Private, welcher den Willen des Gesetzes nicht erfüllt, ungerecht ist der Richter, welcher in seiner richterlichen Function sich eine practische Inconsequenz zu Schulden kommen lässt. Aber ungerecht kann der Gesetzgeber, welcher sich innerhalb der ihm gesetzten verfassungsmässigen Schranken hält, nicht sein. Es gibt nur eine Unsittlichkeit, nicht aber eine Ungerechtigkeit des Rechts. Ueber das Unsittliche giebt es aber nur ein absolut subjectives Urtheil». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 17.

soberano en su totalidad, o el magistrado cuando actúa en la esfera de su competencia...».

La ley, para ser tal, necesita únicamente de la promulgación, y los preceptos que contiene son indiferentes, carecen de valor para determinar su validez jurídica; tales contenidos llegan al plano jurídico solamente porque el legislador los ha hecho objeto de una determinación suya (150). Esta declaración nos sitúa, otra vez, ante ideas diametralmente opuestas a las iusnaturalistas; los seguidores del *Naturrecht* crearon, de hecho, un Derecho no vinculante, fiándolo todo a la racionalidad de sus contenidos, y el primer positivismo alemán creó, como estamos estudiando, una teoría sobre el Derecho que lo hacía reposar sobre su forma externa, sin atender para nada a la racionalidad de su contenido. En esta línea, explicaba Kielruff que el juez es el encargado de resolver definitivamente las dudas sobre el Derecho existente, y que su resolución es eficaz porque se fundamenta en la fuerza del Estado (151). «Un derecho es derecho por el reconocimiento y protección del Estado —explicaba más adelante este autor—, que está presente en ese órgano que es el tribunal» (152). Para llegar a una completa identificación entre Derecho y fuerza no era preciso dar ningún paso más.

Me parece que hemos llegado al término de esta exposición. Hubo aún un autor prestigioso que publicó el último volumen de un extenso *Lehrbuch des Vernunftrechts* en 1840; me refiero a Carl von Rotteck. Pero este dato no debe engañar a nadie; páginas atrás indicaba que se trata de un kantiano que publica una obra iusnaturalista cuando nadie ya, en Alemania, creía en el Derecho natural; basta leer el *Vorrede* de este libro para comprobar el estado del iusnaturalismo kantiano a mediados de siglo; tal como indica el propio von Rotteck, nadie quería oír hablar del Derecho natural, porque se le desprecia y se le considera una quimera; en la Universidad alemana, en 1840, sólo se hablaba del Derecho positivo y del Derecho histórico. El hundimiento y superación doctrinal del kantismo había arrastrado consigo al viejo *ius naturale et gentium* que surge en los inicios de la Edad Moderna.

(149) «Diesen Willen bis in seine Tiefen verfolgen, den wirklichen wollen Gehalt desselben zu erkennen, ist der Beruf des Juristen, und nach dem so erkannten Willen den ihm vorgelegten Fall zu entscheiden, ist die Aufgabe des heutigen Richters... Das Grunddogma dieser Menschen ist, dass nur das als Gesetz gilt d.h. als normirender Wille durchgesetzt und erzwungen werden darf, was das Rechtssubject als seinen Willen unmittelbar äusserlich kund gegeben hat. Das wollende subject ist hier aber das souveraine Volk in seiner Gesammtheit, oder der Magistrat in der ihm angewiesenen Sphäre». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 19.

(150) «Das Gesetz ist die Verknüpfung einer Bestimmung oder rechtlichen Disposition mit bestimmten Tatsachen. Diese bilden die Vorassetzung für jene, und sind innerhalb des Gesetzes selbst der Grund (ratio) der Bestimmung (iuris). Der factische Stoff ist für sich gleichgültig, und nur dadurch, dass er der Gegenstand einer vom Gesetzgeber ausgehende Bestimmung ist, gewinnt er juristische Bedeutung». Cfr. *Theorie...*, cit. pág. 28.

(151) «Er löst definitiv den Zweifel über das vorhandene Recht, und seine Lösung ist eine wirkliche, weil sie auf die Macht des Staats ihre Kraft stützt». Cfr. *Theorie...*, cit., pá. 42.

(152) «Ein Recht ist Recht durch Anerkennung und Schutz des Staats, welcher Präsent ist im Organ des Gerichts». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 156.

VI

A MODO DE CONCLUSIONES

La doctrina filosófico-jurídica de Kant representó la última etapa de vida del Derecho natural; efectivamente, el *ius naturale*, a finales del siglo XVI, tenía acabado su ciclo vital ante el cambio de actitud de la universidad europea, en este caso la alemana, porque ya no interesaban las discusiones eruditas y academicistas a las que se dedicó el iusnaturalismo de la segunda mitad del siglo XVIII. La escuela de Tübingen, encabezada por Johann Stephan Pütter tuvo una influencia decisiva, desde mediados de siglo, en el desprecio por la especulación no orientada hacia la práctica.

Kant y sus discípulos recogieron los tópicos, como digo, del iusnaturalismo decadente. Los muchos años durante los que Kant enseñó *Naturrecht*, de la mano fundamentalmente del manual de Achenwall, le prepararon la cabeza para admitir dichos tópicos como los únicos necesariamente adecuados a la razón. Kant, ciertamente, dotó al Derecho natural de una fundamentación filosófica, coherencia y capacidad de convencimiento, de acuerdo con la mentalidad de la época, como quizá nunca había tenido; pero es preciso no engañarse: lo que Kant y su escuela expusieron como *Metaphysik des Rechts, Naturrecht, Reine Rechtslehre*, etc..., no es más que el Derecho natural que se inicia en el siglo XVI con Fernando Vázquez de Menchaca. La aportación kantiana más relevante fue rechazar el eudomonismo en que Thomasius cimentó el Derecho natural para fundamentarlo, en cambio, en presuntas leyes estrictamente racionales.

La escuela kantiana no cayó víctima de sus contradicciones ni de las disensiones entre sus seguidores; al contrario, los que han estudiado esta época coinciden en mantener que los kantianos formaron un grupo coherente, sin fisuras, al menos durante el período de florecimiento de la escuela. El kantismo cayó por su manifiesta incapacidad de satisfacer las exigencias de la realidad; en efecto, los kantianos nunca fueron capaces de resolver el enigma, para ellos, del Derecho positivo, y sus mismos coetáneos les reprocharon que dejaran tal Derecho sin fundamentación, en manos del arbitrio y de la fuerza. Además, las bases de las que partían eran excesivamente abstractas para ejercer una influencia efectiva sobre la ciencia jurídica; cumplieron una importante función histórica, ciertamente, que se plasmó en algunas reformas legislativas de los estados alemanes del primer tercio del siglo pasado, pero no conquistaron el favor de los juristas, incluso universitarios. Por ello, cuando el Derecho positivo saltó a un primer plano en la enseñanza universitaria, la Universidad alemana, en manos de los kantianos en el cambio de siglos, no fue capaz de afrontar el problema que el *positives Recht* planteaba. Se trató tanto de una insuficiencia teórica como de un exceso de teoría.

Por otra parte, el kantismo respondía bien, y fundamentaba satisfactoriamente, los ideales liberales. Efectivamente, al concebir a los

hombres como mónadas de libertad, y al Derecho y al Estado como garantes de tal libertad y de sus propiedades, Kant y su escuela constituyeron la ideología perfecta para el liberalismo capitalista. En este sentido, Kant cumplió la función de ser el apóstol de la simple coexistencia, del egoísmo social. Son muchos los repudios que encontramos, en esta época, de esta visión del Derecho y del Estado; frente al egoísmo, el momento reclamaba, en un plano teórico, solidaridad social, y fueron los idealistas y los positivistas los que abogaron por dicha solidaridad. Exceso de abstracción, de teoría y de egoísmo fueron los fallos fundamentales de la escuela kantiana.

La explicación más tradicional sobre el fracaso del iusnaturalismo hace recaer el peso de tal fracaso en la imposición, desde finales del siglo XVIII, de ideas historicistas que desplazarían el razonamiento racional y abstracto, es decir, intemporal y ahistórico, de los iusnaturalistas. Es muy dudoso que esta explicación sea suficiente; desde luego, buena parte de los juristas enemigos del kantismo no se refirieron nunca a ninguna doctrina historicista. Es posible que esta tesis sea cierta referida, de forma muy general, a la Historia de la cultura y del pensamiento científico y filosófico, pero no explica lo que sucedió en el plano específico del Derecho; por ello, su aplicación sin matizaciones a la historia del pensamiento jurídico conduce a una fuerte superficialidad en la inteligencia del proceso por el que el iusnaturalismo desapareció de la escena universitaria europea, y denota falta de estudio, de manejo de las fuentes y, en consecuencia, una distorsión del curso real que siguió la Historia. No es correcto explicar la desaparición del Derecho natural alegando profundas y confusas razones filosóficas; el Derecho natural cayó, reitero la idea, por su exceso de abstracción, por ser incapaz, desde sus postulados, de ocuparse del Derecho positivo; en un plano ideológico, el Derecho natural fracasó porque era una ideología adecuada solamente para el capitalismo liberal, y la época, cansada de culto a la libertad individual, reclamaba teorías que fundamentaran una visión más humana, más solidaria, de la sociedad. Así pues, la mayor atención al Derecho positivo y el replanteamiento de los fundamentos de la convivencia fueron las causas fundamentales que motivaron el derrumbamiento de la escuela iusnaturalista-kantiana.

De esta forma, la *Philosophie des positiven Rechts* acabó desplazando al *Naturrecht*, ya anticuado; hemos podido constatar cómo la primera expresión aparece, polémicamente, como sustituta del *Naturrecht*. El término *Rechtsphilosophie*, en cambio, no denota, en el conjunto de esta polémica, nada en especial; lo usaron frecuentemente tanto los kantianos como sus adversarios, lo que nos indica que era un rótulo «neutro» en la lucha. Naturalmente, hay mucha diferencia entre usar la expresión *Rechtsphilosophie* o, por el contrario, *Philosophie des positiven Rechts*; esta última fue la usada por los «positivistas» tales como, por ejemplo, Hugo, Falck o Warnkönig; la *Rechtsphilosophie*, en cambio, de origen más antiguo, quedó como la nueva expresión para designar la teorización filosófica sobre el Derecho que no se fundamentaba ya en «estados de naturaleza» o contratos sociales.

La etiqueta *Naturrecht* estaba demasiado ligada a estos tópicos iusnaturalistas, que se entendieron en el siglo XIX, por ignorancia histórica, específicos del kantismo, y que con la superación de la Filosofía kantiana quedaron desechados. La *Rechtsphilosophie* fue, de esta forma, la nueva ciencia filosófica que, sin fundamentarse en los tópicos contractualistas, concediendo mayor importancia a la inducción desde las fuentes positivas, sustituyó al *Naturrecht* o *Vernunftrecht* propio del iusnaturalismo moderno, representado, en su última época, por Kant y sus epígonos.

Si atendemos a estas razones no me parece correcta la tesis de Felipe González Vicén, a saber, que la «Filosofía del Derecho» es un concepto histórico, entendiendo por tal lo que ya quedó indicado. Al llegar a este punto es preciso hacer varias matizaciones; efectivamente, en primer lugar hay que indicar que el Derecho natural, en tanto que doctrina que mantiene que existe una ley jurídica más o menos inmutable por encima del Derecho positivo, no quedó afectada ni mucho ni poco por el cambio de mentalidad que hemos estudiado en estas páginas. Lo que cayó doctrinalmente a comienzos del siglo XIX no fue la idea del Derecho natural, sino el «iusnaturalismo» propio de la Edad Moderna, que es una realidad muy distinta; en efecto, una lectura atenta de Vázquez de Menchaca, Grocio, Pufendorf, Wolff, Achenwall, nos muestra que estos autores no creían en lo que constituye la esencia del Derecho natural; ellos se limitaron, a partir de unos datos antropológicos superficiales, a hacer posible, en el plano doctrinal, la ideología democrático-igualitaria que irrumpe, finalmente, en el siglo XIX; si subjetivamente creían en una ley jurídica inmutable, por encima del derecho positivo, es algo que no se refleja en sus obras, aunque, en este punto, habría que hacer algunas matizaciones con Grocio. En cualquier caso, frente a Soto, Molina o Suárez, este «iusnaturalismo» moderno se presentó en actitud belicosa, y acabó, finalmente, por desplazar al iusnaturalismo más tradicional, escolástico-tomista, de las universidades, durante la Edad Moderna. Lo que desapareció, pues, en la polémica a que he aludido en estas páginas, no tiene nada que ver con lo que la mayor parte de la Historia ha entendido como *ius naturale*; ciertamente, el hecho de designar a la corriente dominante de la Edad Moderna como «Escuela de Derecho Natural», «iusnaturalismo», etc..., cumple una función confundente, puede llevar a pensar que lo representó esta corriente y, en consecuencia, que desaparece con Kant. Hubiera sido más preciso González Vicén si hubiera mantenido que el conjunto de la filosofía jurídica kantiana es lo que realmente constituye un «concepto histórico», absolutamente ligado al destino del Estado liberal en su versión más primitiva.

La otra matización se refiere al juego de los rótulos de *Philosophie des positiven Rechts* y *Rechtsphilosophie*. Ciertamente, la «Filosofía del Derecho positivo» sí constituye un concepto histórico, referido a los inicios del siglo XIX, pero la «Filosofía del Derecho» no. Esta última denominación aparece a lo largo de todo el siglo XIX usada por aquellos que en oposición a la *Philosophie des positiven Rechts*, recaban una ciencia filosófica del Derecho, un Derecho natural; este es

el caso, por ejemplo, de Heinrich Ahrens, que no duda en emplear indistintamente los términos *Naturrecht* y *Rechtsphilosophie*, y es el caso, también, de varias decenas de autores que, a lo largo del siglo XIX, siguen hablando de *Rechtsphilosophie* como término sinónimo de *Naturrecht*, una vez desechadas las especulaciones kantianas; basta consultar, para conocerlos, cualquier *Bibliotheca iuridica*, de las varias que se publicaron en el siglo pasado. Debe quedar claro, pues, una idea: el iusnaturalismo o la «Filosofía del Derecho», como tales, es decir, en su concepto más general, no desaparecieron con irrupción del Positivismo; murió, en cambio, la deducción del derecho a partir exclusivamente de la libertad o arbitrio del hombre, y con él, los mitos del iusnaturalismo concreto que se desarrolló en la Edad Moderna, a saber, los «estados de naturaleza», los pactos sociales. Ciertamente, mientras la polémica duró, es decir, mientras el kantismo siguió con vida, los adversarios de esta corriente opusieron a la abstracción kantiana tesis radicales que, en nuestro caso, se concretaron, entre otras cosas, en la afirmación de la Filosofía del Derecho positivo como única ciencia filosófica posible sobre el Derecho; pero cuando la discusión se calmó, a mediados de siglo, comenzaron otra vez a aparecer obras importantes e influyentes que pretendían construir unos Derechos naturales distintos del kantiano, y estos autores usaron indistintamente las expresiones *Naturrecht* y *Rechtsphilosophie*. Por lo demás, es bien sabido que se debe a Rudolf Stammler, especialmente, la consagración del término *Rechtsphilosophie* en tanto que saber, para el siglo XX, sustancialmente distinto, y aún opuesto, a la *Philosophie des positiven Rechts*.

Consideraciones históricas del kantismo en España.

Primeras manifestaciones (*)

Por ANGELES LOPEZ
Murcia

I. PERSPECTIVA HISTORICA

Los ochenta largos años en que transcurre la vida de Immanuel Kant (1724-1804), coinciden con los reinados en España de la dinastía de los Borbones: Felipe V (1700-1746), Fernando VI (1746-1759), Carlos III (1759-1788) y Carlos IV (1788-1808). Con Fernando VI se empiezan a oír en España las voces que proclamaban la necesidad de estar al corriente de las actividades intelectuales que se desarrollaban en Europa (1). Una de las voces que demandaban esa necesidad fue la del fraile benedictino Benito Jerónimo Feijóo y Montenegro (1676-1764) que con su voluminosa obra «Teatro crítico universal» (1726-1739) pasa revista, desde el punto de vista crítico, a la literatura, al arte, a la filosofía, teología, ciencias naturales, matemáticas, geografía e historia de la época. La obra del P. Feijoo «señaló el principio de una nueva era de la vida intelectual española» (2).

Fernando VI había puesto la primera piedra en el edificio de la Ilustración en España, pero la consigna «Sapere aude!» señalada por Kant como lema de la Ilustración hay que aplicarla con todo rigor al reinado de Carlos III, uno de los más afortunados de la generación de monarcas ilustrados que gobernaron en Europa en la segunda mi-

(*) El presente trabajo es un resumen de la ponencia presentada al Simposio Internacional, «Kant en la Hispanidad», celebrado en la Universidad de Köln los días 3 a 7 de octubre de 1983.

(1) RICHARD HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*, Ed. Aguilar, Madrid, 1964, pág. 31.

(2) *Ibidem*, pág. 23. «El número de ediciones de sus obras atestiguan su popularidad. En el término de seis años el primer volumen de su «Teatro crítico» se había reimpresso cuatro veces. Las primeras ediciones de los tomos quinto y sexto fueron de tres mil ejemplares, una tirada sorprendente en aquellos días en España. Antes de 1786, quince ediciones del «Teatro Crítico» y de las «Cartas eruditas» (publicadas en 1739) vieron la luz, en una época en que era extraordinario incluso que se reimprimiese un libro. Sólo hubo una obra que rivalizase en popularidad con la de Feijoo: el inmortal «Don Quijote». *Ibidem*.

tad del siglo XVIII (3). Desde que en 1734 es coronado como rey de Nápoles se impone —con la ayuda de ministros de la talla del marqués de Tanucci (4)— llevar a cabo una amplia política de reforma acorde con las ideas de la Ilustración. Veinticinco años más tarde, en agosto de 1759, cuando llega a España para hacerse cargo del reino, viene con la idea clara de que el país necesitaba un cambio real hacia la Ilustración, pero este cambio real sólo podía efectuarse «desde arriba» (5) con la presión estatal que de hecho podía ejercer el monarca haciéndose más absoluto. El programa de reformas concretas se convirtió en tarea y programa del absolutismo ilustrado (6). Los conceptos de «Ilustración», «reforma», «despotismo ilustrado» quedaron asociados en adelante con la figura de este excepcional monarca. Como decía Jovellanos, lo que España debía al reinado de Carlos III eran ciencias útiles, principios económicos y espíritu general de Ilustración (7), por ello su reinado quedó en la memoria de la historia como una época de regeneración. «No hay reforma ni actitud renovadora que no pueda ser atribuida a alguno de los servidores de Carlos III» (8).

Carlos III alentó e impulsó el movimiento ilustrado, sin embargo, como señala G. Rudé, la Ilustración encontró pocos partidarios en España (9). En rigor, para Vicens Vives y J. L. Abellán, la característica que define a la ilustración española «es el substrato social en que se apoya. Se ha identificado aquélla con el pensamiento burgués, pues en la mayoría de los países europeos ha sido la burguesía quien ha encarnado sus ideales y aspiraciones. Pero en España apenas había una burguesía lo suficientemente fuerte que pudiese llevar adelante el programa ilustrado. Así, se da la paradoja que quien encarna los ideales burgueses va a ser la media aristocracia en contra de sus intereses específicos de clase; de aquí que Vicens Vives distinga con buen sentido

(3) E. N. WILLIAMS, *El Antiguo Régimen en Europa (1648-1789)*. Eds. Pegaso, trad. de J. C. PITAR, Madrid, 1978, pág. 124; Richard HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*, Ed. Aguilar, trad. de Elena FERNÁNDEZ MEL, Madrid, 1964, pág. 129; Raymond CARR, *España, 1808-1975*, Ed. Ariel Historia, Barcelona, 1982, págs. 78-82; J. SARRAILH, *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, México, 1957.

Sobre el reinado de Carlos III las obras clásicas son: Conde de FERNÁN NÚÑEZ, *Vida de Carlos III* (Madrid, 1898, 2 vols.); A. FERRER DEL RÍO, *Historia del reinado de Carlos III en España*, Madrid, 1956, 4 vols.; M. DANVILA *Reinado de Carlos III*, Madrid, s.f. 6 vols.

(4) Sobre esta etapa del reinado de Carlos III en Nápoles véase BECATTINI, «Storia del regno di Carlos III», Torino, 1790; M. ROSA, *Política concordatoria, giuprisdiziolismo e organizzazione eclesiástica nel Regno di Napoli sotto Carlo di Borboni*, en «Rivista critica di storia della filosofia», anno VI, núm. 4, 1967, págs. 494-531, cit. por L. RODRÍGUEZ, *Reforma e ilustración en la España del XVIII: Pedro R. Campomanes*, Fundac. Universitaria Española, Seminario Cisneros, Madrid, 1975, págs. 13-14.

(5) L. RODRÍGUEZ, Op. cit., pág. 16.

(6) «La ilustración española —dice CARR— nunca dejó de ser un movimiento patrocinado por el Estado». En R. CARR, Op. cit., pág. 82.

(7) *Elogio de Carlos III*. Leído en la Real Sociedad de Madrid en la Junta Plena del 8 de noviembre de 1788. Madrid, 1789.

(8) R. CARR, op. cit., pág. 73.

(9) *Europa en el s. XVIII* (La aristocracia y el desafío burgués), Alianza Universidad, Madrid, 1978, pág. 208.

entre burguesía e ideología burguesa; en nuestro país se dio ésta, pero no aquélla» (10).

Los ideales de la Ilustración tuvieron sus más firmes defensores y propagadores en muchos miembros de la nobleza: Jovellanos, Campomanes, Aranda, Floridablanca, Meléndez Valdés, entre otros. Entre 1780 y 1790, años en los que Kant publica sus cuatro grandes obras (11), una minoría instruida y acomodada se estaba aficionando a la ciencia en España, como ocurría en las esferas cultas de otros países más ilustrados.

Este movimiento intelectual se vio muy pronto favorecido por tres instituciones que gozaron del apoyo del Gobierno: la prensa, las universidades y las Sociedades de Amigos del País. Estas últimas dirigieron su actividad a fomentar y mejorar la economía. De ellas da rendida cuenta R. Herr en su obra «España y la revolución del siglo XVIII» (12).

Hacia 1780 la prensa cobra un auge inusitado convirtiéndose en órgano filosófico del pensamiento moderno europeo. El «Diario de Madrid», y el «Correo Literario de la Europa» (semanario publicado por la imprenta real) (13), el «Censor» y el «Espíritu de los mejores

(10) J. Luis ABELLÁN, *Historia crítica del pensamiento español*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1981 T. III pág. 473; J. VICÉNS VIVES, *Aproximación a la Historia de España*, Salvat-Alianza Ed., Madrid, 1970, pág. 135.

Para un estudio social de este período véase: A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *La sociedad española en el siglo XVIII*, Madrid, 1963; J. REGLA, *Introducción a la Historia de España. La crisis del siglo XVII (1621-1713)*, Barcelona, 1963.

(11) «Crítica de la razón pura» (1781, 2.^a ed., 1787), «Fundamentación metafísica de las costumbres (1785, «Crítica de la razón práctica (1788) y «Crítica del juicio» (1790).

(12) R. HERR, *op. cit.*, págs. 129-136. Una visión más actualizada de estas asociaciones puede verse en J. L. ABELLÁN, *Historia crítica del pensamiento español*, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1981, T. III, págs. 733-747. Existe una gran bibliografía sobre las Sociedades de Amigos del País. De entre ellas cabe destacar: E. NOVOA, *Las Sociedades Económicas de Amigos del País*, Madrid, 1955; LESEN Y MORENO, J., *Historia de la Sociedad Económica de Amigos del País de Madrid*, Madrid, Colegio de Sordomudos y ciegos, 1863 (obra incompleta); J. DE URQUIJO E IBARRA, *Los Amigos del País* (según cartas y otros documentos inéditos del siglo XVIII), San Sebastián, Imprenta de la Diputación de Guipúzcoa, 1929; CARRANDE, R., *El despotismo ilustrado de los amigos del país*, en «Siete estudios de Historia de España», Barcelona, 1969; G. ANES, *Coyuntura económica e ilustración: las sociedades de amigos del país*, Oviedo, 1964, recogido en *Economía e Ilustración en la España del s. XVIII*, Barcelona, 1969; J. DEMERSON, *La Real Sociedad Económica de Valladolid (1784-1808)*, Valladolid, 1969. Como guía para el estudio de las Sociedades de Amigos del País puede verse: *Las Sociedades Económicas de Amigos del País en el siglo XVIII. Guía del investigador*, San Sebastián, 1974, publicado en colaboración por P. DEMERSON, J. DEMERSON, y F. AGUILAR PIÑAR.

(13) «En el cual se da noticia de los libros nuevos, de las invenciones y adelantamientos hechos en Francia y demás Reynos extranjeros, pertenecientes a las Ciencias, Agricultura, Comercio, Artes y Oficios». Catalogado en «Biblioteca periódica anual para utilidad de los libreros y literatos. Contiene un índice general de los libros y papeles que se imprimen, y publican en Madrid y las provincias de España», 3 núms. Madrid, 1785-87, núm. 3, 1796. Cfr. en HERR, *op. cit.*, página 38. Sobre la prensa española del s. XIX, véase: J. L. ABELLÁN, *Historia Crítica del pensamiento español*, *op. cit.*, T. III, págs. 748-763, en la pág. 763 se ofrece una amplia bibliografía.

diarios literarios que se publican en Europa» (publicación periódica que sustituye al «Correo Literario de la Europa»), fueron los vehículos que posibilitaron la introducción y expansión de las ideas de la Ilustración.

Paralelamente, el Gobierno, ante la insistente llamada que años antes realizara el P. Feijoo (14) acomete la reforma educativa, modernizando, sobre todo, las enseñanzas que habían de impartirse en las Universidades (15). A este fin el Consejo de Castilla «ordenó en 1770 que todas las universidades redactaren nuevos planes de estudio de acuerdo con las necesidades de la época y crearen cátedras de filosofía moral, matemáticas elementales y física experimental» (16). En este momento trece eran las universidades españolas que sintieron profundamente la reforma: Santiago, Oviedo, Valladolid, Zaragoza, Cervera, Salamanca, Alcalá de Henares, Toledo, Valencia, Baeza, Sevilla, Granada y Orihuela (Murcia). No obstante, algunos jóvenes españoles, hijos de familias acomodadas, iban a Francia a estudiar (17). El propio

(14) «Feijoo había considerado la situación de la universidad lamentable y pidió con insistencia que se hiciese una nueva revisión de la enseñanza de la filosofía, de la física y de la medicina». MILLARES, «Prólogo» de Feijoo, «Teatro Crítico» (ed. 1941), págs. 40 y 45; DESDEVISES, III, págs. 189-97. Cfr. HERR, op. cit., pág. 137.

(15) Proyecto del Ministro Olavide aprobado por el rey en agosto de 1789. Sobre las Universidades en el s XVIII, véase J. L. ABELLÁN, op. cit., T. III, páginas 576-593, pág. 593. Bibliografía; G. ESCALONA MARTÍNEZ *Filosofía e ideología en la Universidad Española (1770-1936)*, Tesis Doctoral, Madrid, 1982. Para una visión de conjunto de la historia de la Universidad española: V. DE LA FUENTE, *Historia de las universidades, colegios y demás establecimientos de enseñanza en España*, 4 vols., Madrid, Fuentenebro, 1888-1889; J. M. SÁNCHEZ DE LA CAMPA, *Historia filosófica de la Instrucción Pública en España desde sus primitivos tiempos hasta el día*, 2 vols., Burgos, Impr. de Timoteo Arniz, 1871; A. GIL DE ZÁRATE, *De la Instrucción Pública en España*, 3 vols., Madrid, Impr. Colegio Sordomudos, 1855; AJO, G. y C. M. SÁIZ DE ZÚÑIGA, *Historia de las Universidades hispánicas. Orígenes y desarrollo desde su aparición hasta nuestros días*, 8 vols., Madrid, 1957-1972. En cuanto historias parciales podemos citar: MADRAZO, S.; M. H. DÁVILA; S. RUIZ, *Reseña histórica de la Universidad de Salamanca*, J. José Morán, 1849; F. MONTELLS Y NADAL, *Historia del origen y fundación de la Universidad de Granada*, Granada, 1870, F. CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo y noticia de los establecimientos de su distrito*, Oviedo, 1873; G. BORAÑO, *Historia de la Universidad de Zaragoza*, Zaragoza, s. f.; P. ZABALA Y LERA, *Las Universidades y Colegios Mayores en tiempos de Carlos III*, Madrid, 1906; E. ESPERABE DE ARTEGA, *Historia interna y documentada de la Universidad de Salamanca*, Salamanca, Núñez Izquierdo, 1914-1917; J. JIMÉNEZ CATALÁN, *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Zaragoza*, Universidad de Zaragoza, 1925; A. JIMÉNEZ, *Historia de la Universidad Española*, Madrid, Alianza Ed., 1971; A. ALVAREZ DE MORALES, *Apuntes de historia de las instituciones españolas (siglos XVIII y XIX)*, Madrid, «Revista de Derecho Privado», 1976; del mismo autor, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, y, también, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1972; M. y J. L. PESET REIG, *La Universidad española (Siglos XVIII y XIX)*, Madrid, Ed. Taurus, 1974.

(16) R. HERR, op. cit., pág. 138.

(17) Entre 1761 y 1790 hubo ochenta y seis estudiantes españoles matriculados en el colegio militar de Soréze. Otros estudiaban en Pau y en otras ciudades próximas a la frontera. El conde de Peñafloreda estudió en Toulouse y envió allí a

Gobierno de Carlos III concedía ayudas para estudiar en París a los jóvenes que prometían, sobre todo a aquellos que quisieran especializarse en medicina, ciencias naturales, ingeniería y artes industriales (18). Una apretada síntesis de la Universidad española de este tiempo se debe a los hermanos Peset: «Los planes de estudio de las décadas de los sesenta y ochenta, apoyados, por el Consejo de Castilla, tienden a introducir nuevos métodos de enseñanza y, sobre todo, nuevas ciencias y saberes útiles a la Corona y a sus súbditos. Algo se consiguió: la ciencia moderna pudo explicarse en España pero siempre con enormes limitaciones y, con honrosas excepciones, la Universidad española nunca hizo ciencia propia. La presión central se ejerció también en los órganos de poder universitarios. El rector tuvo cada vez más autoridad y pronto será nombrado por Madrid como representante del Gobierno» (19). Pero, en definitiva, ¿qué fue la Ilustración para la Universidad española? Al entender de los hermanos Peset fue «modernidad, uniformidad y centralización, el comienzo o preparación de la futura Universidad liberal» (20).

El contacto con los filósofos franceses fue intenso por parte de algunos privilegiados españoles. Así, José Clavijo y Faxardo, periodista y futuro traductor de Buffón, Pablo Antonio de Olavide, «quien contribuyó a que el teatro de Voltaire fuese representado en España» (21), el conde de Aranda, Presidente del Consejo de Castilla y Presidente de la Real Academia Española, quien hizo amistad en París con Voltaire, Diderot y D'Alambert (22), el duque de Alba, embajador de su Majestad en Francia (23) y gran conocedor de Rousseau. Los libros extranjeros, sobre todo los franceses, empiezan a traspasar nuestras fronteras y son leídos con avidez por los aristócratas y por los miembros y burocracia más destacados del Gobierno. La lengua francesa se coloca en importancia junto al latín. Todo lo que rezume a francés es aceptado. Ignacio de Luzán, después de haber sido secretario de la Embajada española en París, durante tres años, publica en 1751, una colección de ensayos titulados «Memorias literarias de París» en donde expone de manera detallada toda la vida intelectual de la capital francesa: «sus escuelas y bibliotecas, su pasión por la ciencia y el estado de las letras y del teatro» (24).

Entre 1780 y 1790, la cultura de la Ilustración es difundida por

su hijo y después a París a los Países Bajos, Escandinavia, Alemania e Italia para recoger información científica. José Cadalso fue a Inglaterra, Francia e Italia». Cfr. HERR, pág. 62.

(18) Véase sobre viajes por el extranjero como fuente de ilustración, SARRAILH, op. cit., págs. 337-72. Cfr. HERR, op. cit., pág. 62.

(19) M. y J. L. PESET REIG, *La educación*, vol. extra, núm. VIII de la revista «Historia 16», diciembre 1978, pág. 128.

(20) *Ibidem*.

(21) R. HERR, op. cit., pág. 65.

(22) *Ibidem*.

(23) *Ibidem*.

(24) Citado por M. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de las ideas estéticas en España*, vol. III, págs. 239 y 340. Cfr. HERR, op. cit., pág. 67.

obra del duque de Almodóvar (25), y por Juan Andrés, exjesuita español exiliado en Italia (26). Para Juan Andrés, como para la mayor parte de los ilustrados españoles, hablar de Ilustración era hablar de «filosofía», política, económica, científica, pero a la postre «filosofía». La filosofía va rectificando el modo de pensar de los hombres decía el economista Alcalá Galiano (27); «la filosofía ha graduado la estimación que merece el asiduo trabajo del labrador, y las faenas complicadas del fabricante» (28), afirmaba Fernández Navarrete; Juan Andrés veía en el siglo XVIII «aquel espíritu filosófico, que merece alabanza» (29).

Con todo, si la Ilustración afectó sólo a una minoría privilegiada de españoles, esta Ilustración vino de la mano de Francia (Enciclopedia, teorías de Rousseau y Montesquieu, el sensualismo (30), el jansenismo y los fisiócratas), de Inglaterra (Locke, liberalismo económico de Adam Smith, el científico de Bacon y la poesía de Pope y Young) e Italia (ideas políticas, jurídicas de Beccaria, pedagógicas de Pestalozzi). Este cúmulo de ideas nos llegan de modo indirecto, a través de interpretaciones y traducciones, la más de las veces adulteradas. Sin embargo, como señala Vicens Vives, la filosofía de la Ilustración introdujo en España la necesidad de una reforma educativa y social del país que le pusiera al nivel alcanzado por otras naciones en el aspecto económico, científico y técnico (31).

(25) Embajador en Rusia, Portugal e Inglaterra, publica *Década epistolar sobre el estudio de las letras en Francia*, 1781. Cfr. HERR, pág. 68.

(26) Escribió en italiano una historia de la literatura que se publicó en Madrid en 10 volúmenes entre 1784 y 1806 con el título «Origen, progresos y estado actual de toda la literatura». Andrés analizaba los trabajos de los «philosophes» incluyendo a Voltaire. Cfr. HERR, op. cit., pág. 69.

(27) *Memorias*, Madrid, 1886, I, pág. 2.

(28) *Discursos sobre los progresos*, pág. 27.

(29) Op. cit., T. II, págs. 358-66.

(30) J. L. Abellán mantiene la tesis de que el sensualismo fue la filosofía de la Ilustración. El contenido del mismo consistía: «la primacía de la experiencia en la constitución del conocimiento; la exaltación de la razón, como polo opuesto a la experiencia, pero fundamental en la elaboración de la ciencia y de todas las disciplinas académicas en general; la negociación de las ideas y principios innatos, lleva a basar toda la actividad racional en las sensaciones y la reflexión ejercida sobre éstas; el trabajo de la razón se reduce al ámbito del mundo sensible, si bien se puede llegar a conocer inductivamente verdades no sensibles, que son un misterio para el hombre». J. L. ABELLÁN, *Historia crítica del pensamiento español*, op. cit., T. III pág. 523.

Un análisis pormenorizado del pensamiento filosófico en este período puede verse en L. RODRÍGUEZ ARANDA, *El desarrollo de la razón en la cultura española*, Ed. Aguilar, comenzaron a ser propagadas por una minoría al margen de las instituciones oficiales, se impusieron en toda España antes de finalizar el siglo. La experiencia quedó revalorizada. Los intentos que en este sentido hicieron anteriormente los eclécticos culminaron después de la introducción de Locke y el enciclopedismo. No puede, sin embargo, decirse que la incorporación de España al modernismo acarreará sólo ventajas para nuestro pensamiento. Cuando una influencia es muy fuerte, la doctrina aceptada suele ser la parte más radical de ella. La consecuencia inmediata del atenerse a los sentidos como única fuente de conocimiento es que se ahogó el pensamiento metafísico». op. cit., págs. 380-381.

(31) I. VICENS VIVES, *Aproximación a la Historia de España*, Ed. Salvat y Alianza, Madrid, 1970, pág. 131.

¿Qué ocurre con la influencia del pensamiento ilustrado alemán? Sencillamente es fragmentaria, insuficiente, y, sobre todo, indirecta; pero no sólo para España sino incluso para Francia. El pensamiento español de ese momento, sin embargo, no puede considerarse como un conjunto impenetrable por la filosofía kantiana. La situación era propicia. Había en él causas suficientes para una recepción de Kant aunque, de hecho, no se produjera en un momento y en puntos muy concretos. Pero en todo caso, no hay que confundir esa capacidad de recepción de la filosofía con la repercusión monográfica del kantismo en la teoría de la ciencia, en una epistemología que a menudo es acrítica y sin apoyos suficientes.

En este sentido hay que interpretar las afirmaciones de O. Ewald, que aunque referidas a las posibilidades del pensamiento ilustrado francés, son perfectamente aplicables a la situación española. «Die Verankerung des Weltbegriffens im mathematischen Denken bei gleichzeitiger Einschränkung auf sinnliche Erfahrung, die Höherwertung der moralischen Erkenntnis der physischen gegenüber, die Überzeugung von der Positivität des Systematischen Wissens eben durch Skeptische Abschnürung desselben von der Metaphysik, all das weist auf den Kritizismus hin, ohne ihn vorwegzunehmen, ohne ihn eigentlich auch bloß anzuhängen. Denn es sind hier nicht einmal noch seine Elemente im widerspruchsfreien Nebeneinander gegeben; im Gegenteil, gerade ihr Widerspruch ist es, der zu einer neuen Lösung drängt. Es ist die akut werdende, wenn auch nicht klar empfundene Krise zwischen Empirismus und Rationalismus, zwischen der theoretischen und der praktischen Vernunft» (32).

La reacción que en años posteriores se dejaría sentir en España frente al «siglo de las luces francés» sirvió de obstáculo a toda posible entrada del kantismo. Sólo hacia 1820, el nombre de Kant y algunas referencias sobre su obra, empieza a sonar a través de la prensa especializada. Sin embargo, será hacia 1870 (fecha en que «la vuelta a Kant» cobra vigencia en Alemania), cuando, por obra de algunos neokantianos españoles, logra una incipiente difusión en nuestro país.

II. KANT EN LA FILOSOFÍA ESPAÑOLA DECIMONÓNICA

1. *Primeras manifestaciones*

Curiosamente, la primera mención de Kant en España se realiza a través de la nota necrológica que de su muerte da la revista «Variedades de ciencias, literatura y artes» (Madrid, 1804) en donde se dice textualmente: «Kant, filósofo alemán que acaba de morir después de haber formado un gran partido en Alemania y en mucha parte del norte. Degenerando, y generalmente los filósofos de Francia, pretenden que su sistema no está apoyado en la experiencia, sino que es ideal y fun-

(32) O. EWALD, *Die Französische Aufklärungsphilosophie*, Verlag Ernst Reinhardt in München, 1924, pág. 87.

dado en duras abstracciones realizadas» (33). La nota, por lo demás breve, insuficiente e ilustrativamente vaga, es sin embargo, sumamente clarificadora en un punto esencial: pone de manifiesto cómo el nombre de Kant es introducido en España a través de los comentarios que del mismo han hecho los filósofos franceses (34).

Nuevamente, en 1819, el cauce institucional a través del cual se da a conocer a los españoles el pensamiento de Kant será una revista. Se trata de la *Crónica científica y literaria*, que se publicaba semanalmente en Madrid los martes y viernes. En los números 226, 227, 228 y 229, aparecidos entre el 28 de mayo y el 8 de junio, don Ramón de la Sagra (La Coruña, 1798-1871) se propone la empresa de «exponer a los españoles de su época el interés y la novedad del pensamiento kantiano» (35). En una «Carta al editor de la Crónica» don Ramón de la Sagra explicita su intención de salir al paso de las «repetidas imprecaciones contra Kant y los demás filósofos alemanes, impresas en los periódicos extranjeros» (36); parece evidente que De la Sagra está haciendo referencia a las erróneas interpretaciones que la prensa y los filósofos franceses venían haciendo de la filosofía alemana, en especial de la kantiana, por el cual él se decide a «presentar a mi nación el adjunto discurso para que llegue a conocerse que la tenebrosidad atribuida a la filosofía de Kant, es un error hijo de la ligereza en los juicios y del prurito de algunos literatos en llamar ininteligible todo aquello que no se comprende con la facilidad de una novela (37). A pesar de

(33) Citado por R. CEÑAL, *La filosofía española en la segunda mitad del siglo XIX*, Revista Filosófica, núm. 15, 1956, pág. 432.

Al entender de MENÉNDEZ Y PELAYO, «La primera mención de Kant que encuentro en España está en una oda publicada en 1807 por el entonces Conde de Haro y luego Duque de Frías, D. Bernardino Fernández de Velasco, en alabanza del método pedagógico de Pestalozzi. Allí, después de un pomposo elogio de Lord Bacon, se lee:

Newton, Lock, Condillac, el ardua senda
También hallaron con gloriosa planta,
y Vives, Herder, Kant y aquel que sabio
Cual ninguno, en la Helvecia se levanta,
Al mortal ignorante
Le enseñan a pensar...

Ensayos crítica filosófica, II. «De los orígenes del Criticismo y del excepcionalismo y especialmente de los precursores españoles de Kant», discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 15 de mayo de 1891. Colección de Escritores Castellanos, pág. 355.

En los *Heterodoxos* don Marcelino afirma: «Tengo para mí que el primer español que citó el nombre de Kant (poniéndole al lado de los de Vives, Bacon y Herder) fue el duque de Frías en una oda a Pestalozzi que compuso e imprimió en 1807». Op. cit., pág. 708, n. 1.

(34) En el texto de la nota se cita a Degérando —filósofo nacido en Lyon, 1772-1842, conocido por su formulación de la doctrina de los signos, cercano al movimiento espiritualista y empirista— el cual fue uno de los más duros críticos del formalismo kantiano sobre todo en su obra *De la génération des connaissances humaines*, 1802.

(35) Cit. por D. NÚÑEZ RUIZ, *La mentalidad positiva en España, desarrollo y crisis*, Tucur eds., Madrid, 1975, pág. 140.

(36) Ramón DE LA SAGRA, *Artículo remitido*, en «Crónica científica y literaria», núm. 226, 28 de mayo de 1819. Cfr. NÚÑEZ RUIZ, op. cit., pág. 140.

(37) *Ibidem*.

su buena intención, la exposición de Ramón de la Sagra, más que una exposición sistemática y clara del pensamiento kantiano es una interpretación personal e incompleta del mismo, con lo cual, como muy bien señala Núñez Ruiz, «nos quedamos sin saber muy bien hasta qué punto comprendió La Sagra la filosofía kantiana y su exacto alcance histórico» (38). Según este autor, «La Sagra parece ver en Kant, si bien el apogeo del análisis de la naturaleza del entendimiento humano, al fin y al cabo un racionalista más. De esta manera, la crítica kantiana no abocaría en la fundamentación gnoseológica del saber científico moderno, sino que se quedaría confinada en el marco del racionalismo cartesiano. El objeto del análisis filosófico reside así únicamente en la realidad humana, subjetiva propia de mi yo, como exclusiva fuente de verdad, al margen de la experiencia empírica. La Sagra estatuye la filosofía trascendental en «tribunal supremo de la razón, pero de una razón que a la hora del conocimiento seguirá recelando, como la cartesiana, «de los errores que la experiencia pueda ocasionar» (39).

Influjos el criticismo kantiano se dejan también sentir en Toribio Núñez, profesor de la Universidad de Salamanca, el cual («ya en 1820, daba a la estampa, con el título de «Sistema de la ciencia social»), rechaza la ideología sensualista en que el utilitarismo se apoyaba, y proclama las excelencias de la crítica de Kant como base de toda metafísica futura.

De modo particular la influencia de las ideas estéticas kantianas se observa también en la *Estética* de Núñez Arenas (Huete, 1812-1869) (40) y hasta cierto punto, en la *Estética* de Milá y Fontanals, y también hay tendencias marcadamente kantianas en los «Prolegómenos» de algunos catedráticos de Derecho (41).

(38) NÚÑEZ RUIZ, op. cit., pág. 140.

(39) Ibídem, pág. 142. RAMÓN DE LA SAGRA, «Discurso sobre la Filosofía de Kant», *Crónica científica y literaria*, núm. 229, 8 de junio de 1819.

(40) MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino, *Ensayos de crítica filosófica*, II, «De los orígenes del criticismo y del escepticismo y especial ente de los precursores españoles de Kant. Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, 15 mayo de 1891, pág. 355. En la pág. 139 dice Núñez de Arenas: «Apreciando sólo del sistema de Locke cuanto dice relación con el análisis y mecanismo del lenguaje, es menester abandonar su sensualismo, y más aún el de Condillac y Destutt-Tracy. Por el sistema de estos sabios podrá indagarse, como se han indagado aceleradamente y sin tropiezo alguno, las leyes de los cuerpos físicos, y aun de la economía popular o industrial popular, en una palabra, todo el saber objetivo; pero aplicado aquel sistema a la ciencia del hombre, es decir, a su saber subjetivo, no pudo menos de retrasar, como ha retrasado, la averiguación del origen de nuestras ideas morales, de los fundamentos en que todas se apoyan y de que todas se deducen de la piedra de toque que los distingue y que las califica, y del grado de exactitud y evidencia de que eran susceptibles. El sistema de Kant conduce más seguramente en esta investigación». En «Sistema de la Ciencia Social», Salamanca, 1820. Cfr. MENÉNDEZ Y PELAYO, op. cit. páginas 355-356.

(41) Entre ellos cabe citar el neokantiano PISA PAJARES en sus *Prolegómenos del Derecho*, Góngora, Madrid, 1876, y a RÍOS ROSAS, *Teoría del Derecho*, discurso de 29 de octubre de 1852, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1855, págs. 453-461; Clemente FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo trazado complejo de filosofía del derecho o derecho natural, con arreglo a los adelantos y*

La recomendación de Toribio Núñez en torno a las excelencias del método kantiano «se perdió por entonces —en España— entre el tumulto de las pasiones políticas ferozmente exaltadas pero con el transcurso del tiempo «y restablecida en algún modo la disciplina académica, volvió a sonar el nombre de Kant, y si no puede decirse que su influencia en el pensamiento español contemporáneo haya sido tan grande como la que ejerció por algún tiempo el eclecticismo francés, y el idealismo alemán en sus formas hegelianas y krausista, como todos estos sistemas presuponen en mayor o menor grado el conocimiento previo de la analítica kantiana, algo y aun mucho de ésta ha andado y anda revoloteando por el recinto de nuestras cátedras, sin contar con que pensadores aislados, y aun grupos de cierta entidad, si bien de corta duración, han profesado ya el kantismo tradicional y puro, ya el kantismo mitigado de los últimos escoceses, ya el neokantismo de algunos semipositivistas alemanes» (42).

La doctrina kantiana, en la forma escocesa de Hamilton y Mansel, está principalmente representada, según Menéndez y Pelayo (43), por los pensadores catalanes Martí de Eixaba (Cárdona, 1808-1857) y su discípulo Llorens i Barba (Villafranca del Panadés, 1820-1872).

Lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que la introducción de Kant en nuestro contexto filosófico decimonónico fue, a más de tardía, «débil y esporádica» (44), y ello debido —como señala Menéndez y

*estado actual de esta ciencia exponiendo las doctrinas de Ahrens, Taparelli, Krause, Kant, Hegel, Savigny y Altemeyer...», Madrid, Librería de Leocadio López, 1874, Cfr. J. J. GIL CREMADES, *El reformismo español*, Ariel, pág. 120, 1969. MENÉNDEZ Y PELAYO, op. cit., pág. 359, n. 2. Vid. también Guillermo FRAILE, op. B.A.C., Madrid, MXCMLXXII, pág. 171. *Ibidem*, pág. 356. Aunque no las cita Menéndez y Pelayo es razonable que se esté refiriendo a los catalanes Martí de Eixaba y Llorens i Barba.*

(42) MENÉNDEZ Y PELAYO, op. cit., págs. 356-357.

(43) Op. cit., pág. 358. «De las ideas del primero, que apenas alcanzó los trabajos de Hamilton, pero que puede decirse que los adivinó en gran parte, es fácil adquirir conocimiento por sus publicaciones, aunque no son muchas ni muy extensas. (La más importante es su «Curso de filosofía elemental», 1845). Llorens nada imprimió fuera de su discurso inaugural de 1854, y no ha dejado más que apuntes y extractos de sus lecciones; ... Vivió y murió en la escuela de Hamilton, libremente interpretada, y sin rechazar nunca el poderoso elemento de la analítica kantiana, que la sirve de indispensable preámbulo. De la «Crítica de la razón pura» no infería él ni el idealismo ni el materialismo, sino aquel «tertium quid» de la escuela de Edimburgo: el realismo natural, la distinción entre el sujeto y el objeto, la afirmación de lo contingente y condicionado, y la revelación de lo absoluto e incondicionado, no en la esfera del conocimiento, sino en la esfera de la creencia, y todo ello envuelto en el acto primitivo de la íntegra conciencia». La única obra del autor publicada durante su vida fue la lección inaugural para el curso 1854-55 titulada «Del desarrollo del pensamiento filosófico». La Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Barcelona publicó en 1920, en 3 volúmenes (reed. 1956) las «Lecciones de filosofía» procedentes de apuntes tomados taquigráficamente por José Balari Jovany durante los cursos dados por Llorens en 1864-1865 y 1867-1868.

Para una visión más amplia de ambos autores véase T. CARRERAS Y ARTAU, «Historia del pensament filosòfic a Catalunya i cinc assaigs sobre l'actitud filosòfica», Barcelona, 1931, especialmente las págs. 85-88 y 227-52.

(44) NÚÑEZ RUIZ, D., *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, op. cit., pág. 139.

Pelayo— a «la inferioridad en que habíamos caído y la casi completa suspensión de nuestros estudios durante la Guerra de la Independencia y los disturbios civiles que casi inmediatamente le siguieron» (45). La tradición científica española estaba rota desde los últimos años del siglo XVIII y nada había «más pobre y desmadrado que la enseñanza filosófica en la primera mitad del siglo XIX. Ni vestigio ni sombra de originalidad, no ya en las ideas, que ésta rara vez se alcanza, sino en el método, en la exposición, en la manera de asimilarnos lo extraño. No se imitaba ni se remedaba: se traducían servilmente, diciéndolo o sin decirlo, y ni siquiera se traducían las obras maestras, sino los más flacos y desacreditados manuales... La actividad filosófica de España estaba casi reducida al pequeño círculo o «coetus selectus» de psicólogos catalanes, partidarios de la filosofía escocesa...» (46). Tal era la caótica situación de nuestra filosofía a principios del siglo XIX, e igualmente caóticas eran las posibilidades de que el kantismo lograra infiltrarse y lograr adeptos en nuestro país.

2. Un filósofo y un médico kantianos: José María Rey y Heredia y Matías Nieto Serrano

Hacia 1860, cuando Alemania evolucionaba otra vez en sentido de Kant, aparecen en España las obras de dos autores a los que la doctrina unánimemente ha reconocido como kantianos (47), José María Rey y Heredia y Matías Nieto Serrano, marqués de Guadalerzas.

José María Rey y Heredia (Córdoba, 1818-1861) (48), profesor de Lógica en el Instituto de Ciudad Real (1844), Bachiller en Filosofía (1846), regente de Psicología y Lógica (1847) y profesor de Psicología y Lógica del Instituto de Madrid (1848), publica en 1849, junto con su amigo Pedro Felipe Monlau (catedrático de Filosofía y Medicina, Barcelona, 1808-1871) (49), un «Curso de Psicología y Lógica»,

(45) MENÉNDEZ Y PELAYO, op. cit., pág. 354; *Historia de los heterodoxos españoles*, op. cit., pág. 353. De igual forma se pronuncian W. LUTOSLAWSKI, «Kant in Spanien», en *Kant-Studien* I, 1897, y MENÉNDEZ BEJARANO, M., *Historia de la filosofía en España hasta el s. XX*, op. cit., pág. 452.

(46) MENÉNDEZ Y PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos*, L. VI, cap. III, I: «Breve reseña al estado de la filosofía española cuando apareció el krausismo en nuestras aulas: eclecticismo, filosofía escocesa, frenología y materialismo, kantismo y hegelianismo», págs. 694 y ss.

(47) Entre otros, M. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Heterodoxos*, op. cit., pág. 703, *Crítica filosófica*, op. cit., págs. 359-360; R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Los precedentes del pensamiento español contemporáneo», vol. VI de la *Historia General de las Literaturas Hispánicas*, Ed. Vergara, Barcelona, págs. 36-37; D. NÚÑEZ RUIZ, op. cit., pág. 142; G.O.P. FRAILE, *Historia de la Filosofía Española*, op. cit., págs. 171-172; MENÉNDEZ BEJARANO, M., *Historia de la Filosofía en España hasta el siglo XIX*, op. cit., pág. 460.

(48) En torno a su vida y obra véase: P. MONLAU, *Prólogo-biografía de D. J. M. Rey y Heredia*, al frente de la obra de éste, *Teoría trascendental...*; L. DE RUTE, en *La Enseñanza*, 1865, en *Apuntes sobre la filosofía de las ciencias en España y en el s. XIX. Homenaje a Millás Vallicrosa*, C.S.I.C., 1954, vol. I, págs. 323 y ss.

(49) Una larga reseña sobre este autor puede verse en CARRERAS y ARTAU,

escrito con arreglo al programa oficial de la asignatura para uso de los Institutos, Seminarios y Colegios de segunda enseñanza (50). Pocos años antes, don Ramón Martí de Eixala, profesor de Ideología en la Academia de Ciencias Naturales de Barcelona, había publicado su «Curso de Filosofía Elemental» (Barcelona, 1841), también para las Universidades y Colegios de España que comprendía la Teoría de las ideas, la Gramática General y la Lógica. El «Curso» Monlau-Rey significó, sin menoscabo de la recia personalidad filosófica de Martí de Eixala, un cambio de orientación en la manera de comprender el asunto y un abandono de los moldes establecidos por Condillac y Destutt de Tracy. como complemento a la anterior, publica en 1853 «Elementos de Etica o tratado de Filosofía moral» (51), compuesta de dos partes: Etica General o Moral especulativa (dividida en tres secciones: de la naturaleza moral del hombre, de las ideas constitutivas de la moralidad; del criterio de la moralidad) y Etica particular o Moral práctica (dividida igualmente en tres secciones: De nuestras obligaciones para con Dios; de las obligaciones del hombre para consigo mismo; y, de las obligaciones del hombre para con sus semejantes). Elogiada por sus contemporáneos y digna de parangonarse con la «Crítica de la razón práctica» kantiana tanto por su doctrina como por sus condiciones didácticas.

Pero la obra que le acredita como pensador original y en donde se aprecia más abiertamente la influencia kantiana, sobre todo en el campo filosófico-matemático derivado de la «Crítica de la Razón Pura», será su «Teoría trascendental de las cantidades imaginarias», publicada póstumamente en Madrid en 1865, y precedida de una «Reseña biográfica» escrita por su amigo y colega Pedro Felipe Monlau (52). De la misma —dice Menéndez y Pelayo— que «es sin duda la obra más original que el movimiento kantiano ha producido en España» (53). La obra contiene la primera traducción de unos fragmentos de la «Crítica de la razón pura», pertenecientes a la «Lógica trascendental» y

Médicos-filósofos españoles del siglo XIX, conferencia leída en el Paraninfo de la Universidad de Barcelona, el día 28 de marzo de 1950, en la solemne Sesión anual dedicada al Patronato de San Isidoro, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, MCML, págs. 49-52. Para la biografía de Monlau, véanse: J. MONLAU, *Relación de los estudios, grados, méritos y obras científicas y literarias del doctor D. Pedro Felipe Monlau*, Madrid 1858; C. RONQUILLO, *Necrología del higienista P. F. Monlau*, Barcelona, 1871; R. COLL Y PUJOL, *Elogio histórico de Monlau* 2.^a ed., Barcelona, 1873.

(50) La obra fue elogiada entre sus contemporáneos y llegó a tener diez ediciones hasta 1872.

(51) Imprenta y esterotipia de M. Rivadeneyra, Salón del Prado núm. 8, Madrid, 1853. La influencia kantiana se aprecia sobre todo en el Cap. III de la Secc. 2.^a («De la idea de obligación»).

(52) La amistad entre ellos nace cuando ambos obtienen en 1848, la cátedra de Psicología y Lógica en el Instituto de Segunda Enseñanza de San Isidro, agregado entonces a la Universidad de Madrid. Había dos cátedras a proveer que se disputaron numerosos opositores: el número uno se asignó por unanimidad a José M.^a Rey y Heredia, consagrado más tarde como insigne filósofo y matemático; el número dos fue otorgado, también por unanimidad, a Monlau. Cfr. CARRERAS Y ARTAU, op. cit., pág. 50.

(53) *Ensayos de Crítica filosófica*, op. cit., pág. 359, núm. 1, *Heterodoxos*, op. cit. pág. 703.

un Glosario de las principales voces empleadas en la misma. Rey y Heredia es un ecléctico kantiano que recoge de Kant algunas sugerencias originales despojándolas del estéril dogmatismo con que otros han pretendido más tarde introducir la obra del filósofo de Königsberg. Baste una sola cita de la obra para advertir con claridad su kantismo: «El espacio y el tiempo son las formas indefectibles e inmanentes de toda intuición empírica de los fenómenos del mundo exterior e interior. En el espacio y por el espacio vemos los objetos como fuera de nosotros y unos fuera de otros; en él son determinadas en figuras, en magnitud y en posición las cosas que llamamos exteriores. En el tiempo y por el tiempo vemos sucederse las modificaciones de nuestro espíritu. Ambas intuiciones de espacio y tiempo no se derivan de la experiencia, sino que la preceden, y son condiciones trascendentales de su posibilidad» (54).

A la tarea realizada en el ámbito filosófico por el profesor Rey y Heredia se une, a mediados del siglo XIX, un movimiento que integrado por una constelación de profesores o autores médicos, despegándose un tanto de la profesión, se dedican con fervor al cultivo de la Filosofía general o estricta. El fenómeno es comparable al que ocurre en Alemania en esas fechas. Dejando de lado nombres como los de Mateo Seoane Sobral (Valladolid, 1771-1861), P. F. Monlau, Mariano Cubí y Soler (Barcelona, 1801-1875), entre otros (55), la figura de Matías Nieto Serrano —una de las más notables de la ciencia española del siglo XIX (56)— merece una especial atención en relación con el tema que nos ocupa.

Nieto Serrano (Palencia, 1813-1902), fue presidente de la Academia de Medicina (1894-1896), senador en representación de la misma (1886-1891), fundador de la Academia de Psicobiología, redactor de la revista «Seminario Médico» (1841-42), fundador y director de la «Gaceta Médica» (1845-53) y «El Siglo Médico» (1870), redactor principal de la Biblioteca de Medicina y de «El Museo científico» y autor de múltiples obras de medicina (57).

Sin embargo, sus obras filosóficas representan el esfuerzo más personal y fecundo de su actividad investigadora (58). De entre los once

(54) *Teoría trascendental...*, pág. 10. Cfr. G. FRAILE, op. cit., pág. 172; Cfr. también R. CEÑAL, op. cit., págs. 431-2; MÉNDEZ BEJARANO, op. cit., pág. 454.

(55) En torno a estos y otros médicos filósofos véase: CARRERAS Y ARTAU, *Médicos-filósofos españoles del siglo XIX*, op. cit., págs. 48-58.

(56) ROMERO BLANCO, «La filosofía del Sr. Nieto Serrano», R.C.V., núm. 20, 30-9-1876.

(57) Entre ellas: *Memoria sobre ideología médica*, presentada para su ingreso en la Real Academia de Medicina en 1839; *Ensayo de Medicina general y de filosofía médica* (Madrid, 1864); *Elementos de Patología general* (Madrid, 1869); *Elementos del arte de los apósitos*. Tradujo al castellano *Terapéutica y materia médica*, de Trousseau y Pidoux, el *Tratado completo de Patología interna*, de Bonneret y Fleury, así como el *Tratado de Anatomía quirúrgica*, de Malgaigne.

(58) Merecen especial mención: *La naturaleza, el espíritu y el hombre* (Madrid, 1877), *Filosofía de la Naturaleza* (Madrid, 1884), *Aplicación del análisis matemático a las ciencias naturales. Consideraciones sobre las diversas categorías de fuerzas* (Madrid, 1886), *Biología del pensamiento* (Madrid, 1891), *La libertad moral. Réplica a un libro del Dr. D. Pedro Mata* (1893); *Simbolismo geométrico*

títulos dedicados a temas filosóficos, el que le define como netamente kantiano (59) y quizá su obra más sobresaliente, es el «Bosquejo de la Ciencia Viviente» (Ensayo de Enciclopedia Filosófica), del cual publica sólo la Parte Primera que titula «Prolegómenos de la Ciencia» (60). La Segunda Parte, prometida en el Prefacio, nunca vio la luz. Sin embargo, una vez trazados los fundamentos filosóficos de la ciencia, en 1884 publica su «Filosofía de la Naturaleza» dedicada a investigar «los fundamentos de las ciencias, encerrándonos sucesivamente dentro de cada una de ellas en particular» (61).

La oscuridad con que expone su pensamiento es puesta de relieve por todos sus comentaristas. En torno a su estilo e influjo dice Menéndez y Pelayo: «ora por lo abstruso de su estilo y que supera a todo lo imaginable y oscurece a la misma Analítica, ora por la especie de tiranía intelectual ejercida años pasados por los krausistas, no fue leído ni mucho menos juzgado como su extensión y relativa importancia parece que requerían» (62). De igual forma se pronuncian Romero Blanco (63) y Manuel de la Revilla, el cual afirma: «No hay filósofo tan oscuro y enigmático como el señor Nieto Serrano. Sus concisas fórmulas, áridas y descarnadas, el aspecto paradójico de sus proposiciones, su especialísimo tecnicismo, hacen que sea un extremo difícil la comprensión de sus doctrinas. Llegar a entender una página del señor Nieto es empeño más arduo que descifrar los más intrincados problemas de la «Crítica de la Razón Pura» o interpretar los más enigmáticos conceptos de la «Analítica» de Sanz del Río» (64).

La estructura del Índice del «Bosquejo de la Ciencia Viviente» nos pone sobre la pista del kantismo que inspira a la misma. Consta de un prefacio y cuatro secciones: Fundamentos filosóficos, Análisis elemental, Síntesis parcial y Síntesis total.

En el prefacio declara de forma rotunda la intención que le guía: «Este libro, digámoslo de una vez, revela un esfuerzo encaminado a introducir en el todo y la diversidad, la unidad y la conciliación po-

de la vida (1895), *La ciencia y la fe* (Madrid, 1897), *Discursos sobre la especificidad filosófica* (Madrid, 1897), *Discursos sobre crítica de los sistemas filosóficos* (Madrid 1897-98), y *Filosofía y Fisiología*, T. I, Madrid, 1899.

(59) M. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Heterodoxos*, L. VI, Cap. III, pág. 703. «Pero libro de filosofía primera que con todo rigor puede ser calificado como neokantiano... es el del doctor Nieto Serrano, «Bosquejo de la ciencia viviente».

(60) Imprenta de Rojas y Compañía, Valverde 16, Madrid, 1867.

(61) *Filosofía de la Naturaleza*, Impr. de Enrique Teodoro, Madrid, 1864, pág. 1. Cfr. NÚÑEZ RUIZ D., op. cit., pág. 143.

(62) *Heterodoxos*, op. cit., pág. 703.

(63) F. ROMERO BLANCO, *La filosofía del Sr. Nieto Serrano*, «Revista Crítica», V, núm. 20, 30-9-1976. En cuanto a la importancia de la obra dada en su época dice: «En dicha época las corrientes del saber marchaban en otra dirección, y el libro del Sr. Nieto Serrano pasó para la mayoría inadvertido; por eso... es ahora momento oportuno de darle a conocer, toda vez que en la historia de la filosofía española ocupará un lugar distinguido, debe en ésta incluirse con perfecto derecho, bajo su punto de vista especial, al Sr. Nieto Serrano» (pág. 428). Cfr. NÚÑEZ RUIZ, op. cit., pág. 145, n. 221.

(64) M. DE LA REVILLA sobre *La Naturaleza, el espíritu y el hombre* (Folleto de vulgarización de su sistema hecho por Nieto Serrano), en «Revista Crítica», IX, núm. 37, 30-5-1877, págs. 254-255. Cfr. G. FRAILE, op. cit., pág. 172.

sibles; a establecer, no un *sistema*, sino EL VERDADERO, EL ÚNICO SISTEMA» (65). Pero ¿cual es ese sistema que intenta establecer? «Anticiparé desde luego que SISTEMA Y SISTEMA ABSOLUTO no pueden menos de ser hoy, y de continuar siendo siempre, ningún sistema determinado, y que por el contrario, ningún sistema determinado puede ser hoy ni nunca sistema absoluto. La dificultad está ahora en hacer un sistema, cuando se sostiene que ningún sistema hecho puede ser el sistema... Ciertamente no haré no pienso hacer, más que lo MISMO que todos mis predecesores, aunque de otro modo. Esto sin embargo, lo haré reconociéndolo, y anticipando que cuantos me sigan harán también de otro modo lo MISMO que yo... Este «MISMO» es el sistema absoluto que proclama, y que intento realizar en parte, deseando sólo que sea sucesiva e indefinidamente perfeccionado... Vida a la ciencia, paz viviente al universo; tal es mi programa y en él lo encierro todo... La ciencia viva es el hacerse y deshacerse el conocimiento de las cosas; es el nacer, conservarse y morir de la ciencia, este hecho, este objeto, impuesto a la reflexión, es susceptible de ser representado en un conocimiento, que es el bosquejo de la ciencia viviente» (66).

«Todo», «diversidad», «Unidad», «sistema absoluto», reflejan hasta aquí, más que influjos kantianos, huellas hegelianas. Con todo, el kantismo se hace mucho más manifiesto a lo largo de las cuatro secciones en que está estructurada la obra.

La sección primera, la menos compleja quizá debido a la utilización de un lenguaje asequible y claro, está dedicada al estudio de los fundamentos filosóficos (definición, principio, objeto y método o medios de la Filosofía, componen los cuatro primeros capítulos; el quinto está dedicado íntegramente a un «Ensayo general del método filosófico»). Sitúa a la filosofía «como la tierra sobre la cual se levanta un edificio», pero a su vez «el punto de apoyo filosófico necesita apoyarse en lo que apoya; el fundamento está fundado en el edificio, como el edificio en el fundamento», con lo cual «La filosofía es el fundamento de los conocimientos particulares, y los conocimientos particulares son el fundamento de la filosofía. De donde se infiere legítimamente, que no es sólo el objeto de la filosofía prestar apoyo a las demás ciencias, sino también reconocer su propio apoyo» (67). El capítulo III acaba con acentos marcadamente kantianos: «El objeto de la filosofía es necesariamente conocer más... En vistas a todo lo expuesto, considero que no obraré imprudentemente, proponiéndome como objeto de la filosofía saber más. Este es un objeto de hecho, al que reconozco derecho, o sea legitimidad de ser, en el doble concepto de ser propuesto como fin y como fin realizable».

En cuanto a los medios para llegar al fin de la filosofía, a ese «saber más». Nieto Serrano los denomina «*método filosófico*», y a su

(65) M. NIETO SERRANO, *Bosquejo de la Ciencia Viviente*, Imprenta de Rojas y Compañía, Madrid, 1867, pág. X.

(66) *Ibidem*, págs. X, XI y XVIII.

(67) *Op. cit.*, págs. 28 y 29.

(68) *Ibidem*, pág. 30.

entender «La síntesis y la análisis son de hecho mi procedimiento filosófico: son el método necesario», «La análisis y la síntesis *deben* ser el método filosófico legítimo, puesto que no puede haber otro» (69). En torno a que sea uno y otro dice: «llamo síntesis a la agregación de todo *otro* saber al saber del principio, llamo análisis a la separación o distinción de un saber que no era el principio tal saber» (70). Aclarados los conceptos se interroga en torno a cuál sea, según las circunstancias, el orden de preferencia de ambos procedimientos y cuál es el valor de uno y otro, para afirmar que la síntesis y el análisis «se acompañan mutuamente constituyendo polos subalternos dentro de la polarización más comprensiva, que va desde la filosofía a los conocimientos parciales y viceversa. Síntesis y análisis hay en todo el procedimiento: pero ambas reunidas marchan progresivamente en el sentido del análisis (conocimiento experimental), y regresivamente en el de la síntesis (filosofía). La filosofía se realiza por las ciencias particulares, y éstas por la filosofía; de manera que aún aquí se acompañan en realidad ambos métodos, aunque la abstracción los distingue, dándoles vida y cuerpo por separado» (71).

El único método que permite aunar el análisis y la síntesis es el «*método crítico*», pues «antepone la duda a la creencia, gira sólo en los límites del saber, y no cuenta con la ignorancia, que si por una parte limita el saber, haciéndolo dudar, por otra sufre a su vez una limitación positiva, que obliga a afirmar alguna cosa» (72). Muéstrase aquí una curiosa afinidad con la dialéctica.

La sección segunda, Análisis Elemental, coincide en su temática con la Analítica trascendental kantiana: juicios, categorías, conciencia, causas y fines (73). La sección tercera, Síntesis Parcial, estudia la vida de la materia y la vida de la conciencia (74). Por último, la sección cuarta, Síntesis total, aborda la explicitación del sistema de la ciencia viviente en cuanto totalidad (75). La complejidad del lenguaje hace irrealizable cualquier hermenéutica posible, sólo los últimos párrafos permiten que el lector se entere, al menos, del resultado obtenido por el autor: «El resultado de nuestra filosofía es el hombre viviendo, conociendo y reconociendo: el Universo *hecho* en el conocimiento del hombre, y por lo tanto conocido y reconocido: el hombre y el universo como totalidad definida, limitada siempre por algo indefinido, que se reproduce incesantemente» (76).

Nieto Serrano, hace hincapié constantemente en el papel sistematizador y sintético de la actividad filosófica. El Sistema de la Ciencia Viviente postula por doquier un sistema «viviente, abierto», frente a

(69) Op. cit., pág. 32.

(70) *Ibidem*.

(71) *Id.*, pág. 36.

(72) *Id.*, pág. 39.

(73) Comprende cuatro capítulos, subdivididos en artículos. Es la parte más voluminosa de la obra, págs. 121-297.

(74) Es la parte más ardua y compleja, págs. 299-456.

(75) Comprende las páginas 461-586, ¡extremadamente enrevesada!

(76) Op. cit., pág. 597.

los sistemas cerrados y absolutos, pero al mismo tiempo un sistema que sintentice y englobe los saberes científicos particulares, a la manera de las metafísicas inductivas de la época positivista, de aquí que censure el estrecho fenomenalismo de Renouvier (77), con el que ha tratado de asociársele (78), que imposibilita la construcción de tal síntesis trascendental, en cuanto que la reflexión generalizada sobre la totalidad, partiendo de los análisis parciales, remite inevitablemente a un plano metaempírico (79).

Diego Núñez Ruiz ha resumido muy bien el pensamiento de Nieto Serrano cuando afirma: «La filosofía de Nieto Serrano presenta un doble interés: de un lado, su obra refleja la presencia de un kantismo no abocado a un rígido y estrecho empirismo —como ocurrió en algunas interpretaciones neokantianas de esta época—, sino abierto al planteamiento de cuestiones referidas a la realidad en su totalidad, en cuya aproximación le va a resultar útil el manejo de ciertas categorías hegelianas, que si bien fueron formuladas primero en un nivel precientífico, ahora serán de indudable rentabilidad científica. De otro lado, en un período en que el panorama filosófico español andaba monopolizado por las especulaciones metafísicas idealistas, la filosofía de Nieto se plantea en estrecha conexión con los problemas de la ciencia positiva. De ahí la varia fortuna que acompañó a su «Bosquejo»: si cuando apareció en 1867 tuvo escasa audiencia, luego sería revalorizado y apreciado en su justo significado, en plena irrupción del neokantismo germánico en España a partir de 1875 (80).

En estos autores se trataba de una vuelta a Kant desde Hegel, pero frente a Hegel. Era la pretensión, el intento de una inspiración de sentido kantiano sin aceptar el *noumenon*; aceptando, en cambio, las categorías que permiten toda apertura a la experiencia posible. Esta, ahora, se presenta discontinua, cuantificada, como condición para evitar el especulativismo hegeliano.

(77) Op. cit., págs. 499-502.

(78) Entre otros, M. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Ensayos de crítica filosófica*, op. cit., pág. 360; G. FRAILE, op. cit., pág. 172.

(79) Cfr. NÚÑEZ RUIZ, op. cit., págs. 144-145.

(80) Op. cit., pág. 145.

La oposición a la Ilustración: Fréron y L'Année Littéraire

Por RAMON SORIANO
Sevilla

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Los pilares ideológicos de *L'Année Littéraire*: la defensa de la Religión y la Monarquía.—3. El fin primordial de *L'Année Littéraire*: la valoración de la cultura extranjera: admiración y reservas.—4. La prevención contra los *philosophes*: los peligros de una filosofía corrosiva y vanal: 4.1. Voltaire: la escasa originalidad del maestro de los *philosophes*. 4.2. Beccaria: la imposible aplicación de una nueva concepción de la administración de justicia. 4.3. Montesquieu: la falsedad del determinismo naturalista.

1. INTRODUCCION

L'Année Littéraire es probablemente la publicación periódica de tono conservador de mayor nivel intelectual en el siglo XVIII; *Mémoires de Trévoux* abarca un mayor espacio cronológico y comprende un mayor número de colaboradores; pero, en cambio, adolece de las valoraciones críticas y del fino espíritu analítico contenidos frecuentemente en las páginas de *L'Année Littéraire*; la comparación con el resto de los *journaux* de la época ofrece un resultado semejante, porque *L'Année Littéraire* es la publicación que más se parece a las actuales revistas literarias, sustituyendo las limitaciones del principio de autoridad y del talante descriptivo por una crítica racional, más profunda y libre; esto no fue siempre así, pero hay numerosos artículos en los que se manifiesta este nuevo sentido crítico. El lector de los *journaux* del siglo XVIII francés advierte que algo nuevo y distinto se insinúa en las páginas de *L'Année Littéraire* en cuanto al estilo literario, por más que su significado ideológico poco difiera del resto de los *journaux* conservadores de la época (1).

(1) La presentación del *journal* seguía el modelo literario de la época, consistente en la inserción de una serie de cartas (*lettres*) imaginarias, que permitían a los redactores describir y comentar las producciones literarias de Europa; algunas de estas cartas iban dirigidas a la redacción o al mismo Fréron. El final de cada número contenía una *Table de matières*. El rótulo del *journal* era el siguiente:

L'Année Littéraire abarca la segunda mitad del siglo XVIII, de 1754 a 1790; en cierta medida, puede ser considerado como sucesor del referido *Mémoires de Trévoux* (2), con el que tanto se identifica, desaparecido con la expulsión de los jesuitas, sus editores, en 1762. Le toca vivir la mejor época de la nueva filosofía ilustrada: el arco temporal de la explosión de las ideas ilustradas hasta confluír en la Revolución francesa. Es, pues, un testigo de primer orden del desarrollo de la nueva filosofía liberal. Como la mayor parte de las publicaciones periódicas no es que desaparezca definitivamente en 1790, pues a partir de esta fecha deviene *L'Ami du Roi* (significativo título en los momentos duros de la Revolución); pero con el nombre cambia también, si no el significado general, sí los principios programáticos y el talante literal y crítico.

Se suele identificar a esta publicación con la persona de su principal director y animador: Fréron, el más destacado e irreconciliable enemigo de Voltaire. Desde luego, los mejores tiempos de la publicación coincidieron con la dirección de Fréron, que por otra parte, la dotó de una indiscutible unidad de criterios y ejecución y solvencia literaria. Puede afirmarse que durante los primeros años de su existencia fue la misma persona de Fréron. De la misma manera que, al desaparecer él, la publicación perdió la unidad que la había caracterizado, abandonó el tono moderadamente crítico y radicalizó sus juicios de un modo intolerante y hasta estridente; en ello tuvo mucho que ver Geoffroy, uno de los colaboradores de Fréron, que después se hizo cargo de *L'Année Littéraire* junto con otros compañeros. El cambio se advierte en el comentario de la literatura extranjera, ahora mucho más despectivo y en ocasiones insultante, y en la valoración negativa de la libertad de prensa (3).

L'Année Littéraire no es un mero catálogo de obras extranjeras, sino una constante discusión con la producción intelectual de dentro y fuera de Francia; después de entresacar los párrafos de más interés de

te: *L'Année Littéraire*. Par M. Fréron, des Académies d'Angers, de Montauban, de Nancy, d'Arras de Caën, de Marseille, des Arcades de Rome. A AMSTERDAM. Et se trouve a Paris, chez Michel Lambert, Imprimeur-Libraire, rue a côté de la Comédie Française, au Parnasse.

(2) Sobre *Mémoires de Trévoux*, vid. mi trabajo, *El pensamiento reaccionario y la Ilustración: Mémoires de Trévoux*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 49, Madrid, 1984. Era este *journal* el medio de expresión de los jesuitas franceses con puntos ideológicos en gran medida coincidentes con *L'Année Littéraire*. La redacción estaba situada en París, en el centro cultural más importante de la Compañía de Jesús, el *collège Louis-le-Grand*; en él se educaron numerosos pensadores ilustrados, como el mismo Voltaire; la edición, en cambio, tenía lugar en la imprenta de Trévoux, ciudad cercana a París; de ahí el nombre con el que se le conoce vulgarmente.

(3) Era Fréron conocido como el discípulo de Desfontaines, director-fundador de *Le Nouvelliste du Parnasse* y de *Observations sur les écrits modernes*, uno de los más destacados críticos de la nueva filosofía en la primera mitad de siglo. Fréron continuó su tarea dirigiendo a partir de 1749 *Lettres sur quelques écrits de ce temps* y desde 1754 *L'Année Littéraire*. Una reseña de la personalidad y temperamento de Fréron en J. BALCOU, *Fréron dans l'intimité*, Dix-huitième siècle, 1979, núm. 11, págs. 371-380, extraída del análisis de su correspondencia privada.

la obra comentada vienen las reflexiones personales del redactor en ocasiones muy extensas; la profusión del comentario es una nota que distingue a la publicación de Fréron en comparación con otras (al análisis de los discursos políticos de Hume destina 24 páginas; a la obra de Pope sobre la naturaleza del hombre, 72 páginas) (4).

Sin duda, la característica fundamental de *L'Année Littéraire* es su cosmopolitismo literario: la cultura europea de la segunda mitad del siglo XVIII, e incluso antes, pasa por las páginas de la publicación. La atención dispensada a la literatura de los países europeos no tiene la misma intensidad; como no podía ser de otra manera, Inglaterra ocupa un primer puesto destacado —la cultura inglesa es la más avanzada y la que mayores influencias ejerce sobre los pensadores franceses—; a continuación, a un nivel semejante, Italia y Alemania; finalmente, el resto de los países, y entre ellos España.

Sería equivocado pensar que *L'Année Littéraire* realiza una crítica literaria formal; es frecuente el paso de la crítica meramente literaria a la crítica política; la crítica política viene de rebote de la literaria, porque ésta no es de estilo, sino de contenido; los colaboradores de Fréron se preocupan más de lo que dicen las nuevas producciones que de cómo lo dicen, pues la aparición de nuevas y originales ideas en multitud de materias era suficientemente sugestiva. Junto a la crítica concreta en aspectos puntuales no falta la reflexión general sobre el significado y consecuencias del proceso de aculturación que estaba sufriendo Francia por parte de la cultura inglesa de vanguardia; es entonces cuando entra en juego una constante en los comentarios de *L'Année Littéraire* a las obras inglesas: la actitud dubitativa y cauta deseosa de seleccionar y cernir las nuevas experiencias inglesas con el fin de que no desnaturalicen la genuina idiosincrasia de la cultura francesa; al mismo tiempo que advierte constantemente el peligro inglés, no deja de resaltar algunos valores aprovechables de los vecinos del Canal de la Mancha. «On sçait aujourd'hui mieux qui jamais, Monsieur, qu'en Littérature comme en gouvernement l'Anglois parte tout a l'extreme; il connoit aussi peu les justes bornes du théâtre que celles de la guerre. Outré dans l'un et dans l'autre, il prend pour vertu son excès même» (5). El ideal, una y otra vez manifestado, consiste en saber seleccionar y depurar las nuevas ideas importadas desde las vecinas islas,

(4) Un elenco de los artículos distribuidos por países y el significado de *L'Année Littéraire* en el contexto de las publicaciones de la época en BELLANGER, J., GODECHOT, J., GUIRAL, P., TERROU, F., *Histoire Générale de la presse française*, Presses Universitaires de France, París, 1970; de ahí entresaco una frase bien significativa: «*L'Année Littéraire* est supérieure en variété aux *Mémoires de Trévoux*, en valeur au *Mercure*, en agrément au *Journal des Savants*. Elle est plus personnelle, plus vivante, plus équitable», pág. 263. Para un conocimiento en profundidad de las materias tratadas sigue siendo de interés la lectura de P. TIEGHEM, *L'Année Littéraire (1754-1790) comme intermédiaire en France des littératures étrangères*, F. Rieder et Cie, Editeurs, París, 1917; el autor destaca el valor de su coherencia: «Unité de sujet, unité de doctrine, unité de ton, pendant trente-six ans *L'Année Littéraire* a observé fermement ces trois unités» (pág. 5).

(5) *L'Année Littéraire*, 1757, III, pág. 64.

recogiendo lo verdaderamente aprovechable y útil y desechando lo estridente y superfluo.

Por otra parte, en el marco de esta propagación y valoración de la cultura europea posee un gran valor costumbrista, de inestimable relieve por abarcar un ámbito geográfico tan amplio; consideraciones sobre los potenciales bélicos de los países europeos (6), relación de las canciones que se cantaban en Inglaterra en la guerra contra Francia (7), elenco de *pensés angloises* o máximas en las que se recogen el espíritu moral de una época (8), etc., forman, entre otros muchos ejemplos, unas muestras de hasta qué punto es valiosa esta publicación en este aspecto.

¿Qué representa realmente *L'Année Littéraire* en los medios culturales del siglo XVIII? Acudamos a la opinión del intérprete más fidedigno, el propio Fréron, quien ya en el *Advertissement* del primer número precisaba su significado en el conjunto de las publicaciones periódicas coetáneas. Fréron situaba su *journal* en un punto medio entre las *Mémoires de Trévoux* y el *Journal de Savants*, por una parte, «les plus estimables de l'Europe», demasiado especializados para su gusto, y el *Mercure de France* y el *Journal de Verdum*, por otro lado, que sólo constituían un plantel de curiosidades y temas superficiales, de muy variada temática. *L'Année Littéraire* recuperaría una serie de materias olvidadas por las ediciones serias —teatro, novelas, poemas, etc., marginados por los medios de expresión de carácter conservador—, sin llegar a la diversificación y ligereza de otras publicaciones dirigidas al gran público (9). Continuando experiencias literarias anteriores, intentaría ocupar su propio espacio literario como un nuevo *journal* serio, variado, crítico y de talante conservador —moderadamente abierto en determinadas materias, comparado con la rígida cerrazón de otras publicaciones conservadoras— (10).

2. LOS PILARES IDEOLÓGICOS DE *L'ANNÉE LITTÉRAIRE*: LA DEFENSA DE LA RELIGIÓN Y LA MONARQUÍA

Hay muchas páginas en las que intermitentemente aparece expuesto con claridad su objetivo principal: la protección del sistema establecido y de los valores que representa frente a las nuevas ideas de los *philosophes*, que forman un nuevo grupo de intelectuales caracterizados por su actitud crítica frente a la ideología dominante de la época. En esta lucha, la Religión es un punto de referencia obligado,

(6) *Ibid.*, 1761, III, págs. 193 y ss.

(7) *Ibid.*, 1761, I, págs. 309 y ss.

(8) *Ibid.*, 1762, VII, págs. 45-62.

(9) *Ibid.*, *Advertissement* a la publicación, 1754, I, págs. 3-10.

(10) *Ibid.*; en efecto, *L'Année Littéraire* aparece como *suite* de *Lettres sur quelques Ecrits de ce temps*, de la que pretende ser una continuación «dans le même goût et sous les mêmes conditions»; representa la última expresión pública de una línea editorialista que había iniciado DESFONTAINES en 1730 con el citado *Le Nouvelliste du Parnasse*.

porque Fréron y sus discípulos practican el reduccionismo religioso, consistente en concentrar todos los problemas en un concepto expansivo de Religión; todos los fenómenos sociales son aspectos de desarrollo de un mensaje religioso; todo tiene sentido dentro del marco de la trascendencia humana y de una obra de salvación personal siguiendo los dictados de la voluntad divina. La Religión es una idea básica y omnipresente; es un emblema, que resume todos los valores de la Tradición, y no solamente los valores religiosos: la Religión es la moral, el sistema de gobierno, la jerarquía social, etc., porque sale de los términos estrictamente religiosos para abarcar todas las dimensiones de las realidades sociales. Este concepto genérico y absorbente de religión, y no exclusivamente religioso, está desparramado a todo lo largo de las *lettres* de *L'Année Littéraire*; es una de sus ideas fundamentales determinante del sentido de otros principios y conceptos, tal como el de la servidumbre de la *Philosophie* respecto a la Revelación cristiana.

No podía ser de otra manera: hay pasajes de la publicación de Fréron que supera las limitaciones impuestas por los escolásticos a la Filosofía en su función de ciencia auxiliar y dependiente de la Teología. Claro es que la Filosofía, a la que se refieren los colaboradores de Fréron, no es sólo la ciencia clásica de la tradición aristotélico-tomista, sino también la moderna filosofía, la de los nuevos *philosophes*, huera e inconsistente, que todavía contribuye a depauperar más la *ancienne philosophie*. Por más que no tenga nada que ver un tipo con otro de pensamiento filosófico, *L'Année Littéraire* los mete en la misma diana de sus constantes diatribas. Entresaco un texto que refleja estas relaciones de dependencia: «L'homme avoit deux flambeaux; celui de la raison, dont la lumière est pure elle-même, mais bien soible souvent et bien insuffisante; celui de la révélation, toujours vif et brillant, et qui dissipe seul les ténèbres les plus épaisses. Ce dernier, dont tout prouve combien il nous étoit nécessaire, est précisément celui que nos grands hommes du jour se proposent d'éteindre» (11). Tanto la antigua filosofía, de mayor valor y utilidad, como la *philosophie des modernes savants*, moda literaria que pronto será olvidada, deben estar sometidas a la Revelación divina, de la que constituyen un esclarecimiento limitado, como limitada es la razón de los hombres. Nunca el conocimiento filosófico, por sus propios pasos, está facultado para oponerse a una verdad de fe, porque la razón no puede llegar a comprender aquellos principios teológicos cognoscibles por la gracia divina de la Revelación. Si se produce una contradicción entre razón filosófica y dogma revelado, es la razón la que tiene que desandar el camino emprendido para encontrar otras vías racionales de explicación, si es posible, de las verdades teológicas. Un claro ejemplo de cómo Tomás de Aquino encontró unos excelentes discípulos en los colaboradores de *L'Année Littéraire*.

En su defensa de la Teología cristiana, Fréron tuvo especial cuidado en desacreditar una concepción religiosa, de fuerte arraigo en la vecina

(11) *L'Année Littéraire*, 1783, IV, págs. 146-147.

Inglaterra, y que ya tenía, a mitad de siglo, numerosos prosélitos en Francia: el deísmo; podría asegurarse que en estos momentos la población francesa se dividía entre cristianos, de diverso signo, y deístas, porque el deísmo era una forma de ser religioso sin ser cristiano; su principio básico, la profesión de una religión natural (a la que tantas referencias van a hacer los nuevos espíritus ilustrados: Voltaire, Rousseau, Diderot, etc.), será pronto asimilado por quienes repudian por una u otra razón el monopolio religioso de la Iglesia cristiana. Los deístas ingleses, como Bayle o Pope, tenían un fuerte ascendiente sobre los pensadores franceses, ya desde la primera mitad del siglo XVIII (12). Por otra parte, el hecho de que la religión natural no se presentara como una opción alternativa a la religión revelada contribuyó a acallar los escrúpulos de conciencia de quienes no querían una plena ruptura en el terreno religioso.

Pero esta defensa del catolicismo no lleva a la profesión de la intolerancia religiosa de que hacen gala otros espíritus y publicaciones de talante conservador. Frecuentemente, los redactores advertían de los males que acarrearía una política intolerante y represiva en el tema religioso. Los costos políticos y sociales serían muy elevados y no compensables con los escasos beneficios de orden espiritual. Donde mejor se muestra este ánimo conciliador es en el ataque directo y duro contra el tribunal de la Inquisición, «tribunal abominable dont les principes sanguinaires sont si opposés aux principes sacrés de la Religion Chrétienne» (13), y que el Gobierno francés con sabia prudencia jamás ha admitido en su territorio. En este sentido, *L'Année Littéraire* sorprende por su espíritu liberal, si bien no mantiene siempre una unidad de criterios en la valoración del tema de la tolerancia religiosa.

Junto a la Religión el otro pilar de la sociedad francesa, y de toda sociedad, es la monarquía; los colaboradores de Fréron no muestran recato en reconocer los valores del despotismo, del «vrai despotisme», concebido como la concentración de los poderes en manos de un soberano absoluto, que dirige su gobierno hacia el bien común y el interés general, y cuidan de distinguir el saludable despotismo, causa de la felicidad de los pueblos, de la tiranía como ejercicio abusivo del poder en beneficio de unos pocos. A veces hay una llamada de atención a los peligros de derivación del gobierno absoluto hacia la tiranía, recalando en las dificultades prácticas del ejercicio de esta clase de poder, pero ello no comporta una sustitución por otra forma de gobierno (14).

Con ocasión de la glosa de la obra de L. A. Muratori, *Traité du Bonheur Public*, con cuya ideología política sintonizan perfectamente los redactores, *L'Année Littéraire* despliega las condiciones de ejerci-

(12) D. MORNET en *Los orígenes intelectuales de la Revolución Francesa*, Paidós, Buenos Aires, 1969, ha precisado la importancia y los orígenes remotos del deísmo como concepción socavadora del monopolio mantenido por la religión católica en Francia. (Ver espec. cap. III, págs. 46-52).

(13) *L'Année Littéraire*, Institutions politiques, 1760, I, pág. 295.

(14) *L'Année Littéraire*, Il vero Despotismo. Le vrai Despotisme, 1771, VII, pág. 269.

cio de una soberanía absoluta, en la que el concepto metafórico de bien público es satisfecho por un príncipe que ejerza piadosamente un poder incontestado; el príncipe debe gobernar con equidad a su pueblo, pero el pueblo no tiene derechos en relación con su príncipe; no hay por lo tanto reconocimiento a un moderado derecho de resistencia contra el príncipe injusto, como es norma común en las publicaciones progresistas de la época, y que tímidamente, en el marco de grandes concesiones, despunta en las obras de algunos escritores ilustrados (15).

Pero si el poder político es irresistible, no por ello debe dejar de ser moral; contra las teorías sostenedoras de una nueva moral del poder, *L'Année Littéraire* sigue afirmando que no hay otra moral que la moral cristiana, que sujeta de la misma manera a súbditos y príncipes, y no acepta el viejo principio maquiavélico de que es necesario dejar de ser «un bon prince» para ser «un grand prince». No hay una ética particular de la razón de estado. Como en la vida particular, también en la vida pública, la bondad hace la felicidad de los pueblos (16).

En el terreno de la teoría política, los editores del *journal* tenían el respaldo de la opinión pública, pues eran muy pocas las voces que se atrevían a defender una forma de gobierno distinta a la imperante en Francia; los resortes del poder eran lo suficientemente fuertes para permitir un pensamiento libre en esta materia. El poder procede del pueblo, pero este pueblo quiso en los orígenes de los tiempos una monarquía para Francia, y con su consentimiento obligó definitivamente a las generaciones futuras. Esta idea está presente en las obras ilustradas y es el contrapunto requerido allí donde se produce una formulación política de carácter liberal. Pero sobre esta base inamovible afirmaron la conveniencia de cierto control o resistencia a los príncipes soberanos, aunque ello fuera a costa de separar en la soberanía un carácter público de otro privado, como hace Diderot en su artículo *Citoyen*, de la Enciclopedia, siendo, al menos, este aspecto privado de la soberanía susceptible de contestación por los súbditos (17).

Dos recursos teóricos tenían los ilustrados para situar la teoría del poder sobre bases racionales: respecto a la titularidad del poder intentaron salvar la teoría del contrato social como punto de legitimidad de la monarquía reinante, viéndose obligados para no ganarse la animadversión del poder centralizador a concebir el consentimiento como un acto único y vinculante para futuras generaciones; y en relación con las condiciones de ejercicio del poder desglosaron el concepto de *souverain* en dos aspectos: como soberano realmente, ostentando los ca-

(15) *Ibid.*, 1772, I, págs. 193-213.

(16) *Ibid.*, *Moral de Princes*, 1754, VI, pág. 177.

(17) Cfr. voz «citoyen» del *Dictionnaire raisonné des sciences des Arts et des Métiers*, nouvelle impression en facsimilé de la première édition de 1751-1780, Stuttgart-Bad-Cannstatt, 1966, Friedrich Frommann Verlag (Günther Holzboog), vol. 3, págs. 488-489; «Cet être - afirma Diderot, autor de este artículo y refiriéndose al soberano - a deux caracteres, l'un particulier, et l'autre public: celui-ci ne doit pas trouver de résistance, l'autre peut en éprouver de la part des particuliers, et succomber même dans la contestation» (pág. 489).

racteres esenciales de que está imbuida la soberanía, o como simple particular, estando en este caso sujeto a las normas de cualquier ciudadano; en este segundo aspecto, el soberano podía ser sujeto de recusación, aunque no se especificaba en qué medida podía ser un sujeto particular y en qué condiciones era ejercitable la resistencia a sus normas (18).

En este contexto, es lógico imaginar la comodidad que disfrutarían los colaboradores de *L'Année Littéraire*, protegidos no sólo por una ideología política dominante e incontestada, sino por todos los instrumentos de presión y control de los poderes públicos. La Bastilla siempre estaba cerca.

3. EL FIN PRIMORDIAL DE *L'ANNÉE LITTÉRAIRE*: LA VALORACION DE LA CULTURA EXTRANJERA: ADMIRACION Y RESERVAS

El sentimiento de admiración por la vecina Inglaterra es un hecho constatable en las páginas de *L'Année Littéraire*, por más que se advierta el peligro que una excesiva proclividad podría comportar para los valores fundamentales de la sociedad francesa. Este sentimiento de admiración aparece una y otra vez, aun cuando plagado de suspicacias y cautelas, no faltas de una natural envidia por la nación en la que la publicación de Fréron sitúa el pensamiento más original de Europa. Conocer la cultura inglesa es un signo de distinción, estar en la cresta de la vanguardia literaria, y los colaboradores de Fréron quieren ser los primeros en este empeño y transmitir a sus compatriotas sus nuevas experiencias y conocimientos, unas veces adornadas con elogios, otras, con trasnochadas críticas negativas contra lo que suponen una mera moda pasajera.

En cualquier caso, sea cual sea la razón de esta proximidad literaria, la admiración es un dato constante, a veces disfrazada de una recíproca emulación, que me parece sólo existía en la mente de los redactores de *L'Année Littéraire* (19); admiración que llegaba al punto de sostener la conveniencia de editar unos *Papiers Anglois*, como *Feuille hebdomadaire*, compendio de todas las publicaciones inglesas (20).

Al parecer de *L'Année Littéraire* era muy necesario encontrar un punto medio en esta desmedida valoración de los extranjeros y digerir intelectualmente con suma cautela para saber asimilar lo valioso y rechazar lo perjudicial; en el comentario a la obra de Pope, uno de los

(18) Nuevamente la Enciclopedia de Diderot sirve de muestrario de los difíciles planteamientos teórico-jurídicos de los espíritus ilustrados para salvar una concepción liberal de la organización de la sociedad; en numerosas voces, con distintos niveles de precisión —*autorité politique, pouvoir, monarchie limitée, liberté politique*, etc.— van señalando una serie de limitaciones al ejercicio del poder político, bastante genéricas, y que sustancialmente se concretan en la *raison naturelle* y la *loi fondamentale* del Reino.

(19) *L'Année Littéraire*, 1760, janvier, págs. 59-66.

(20) *Ibid.*, pág. 64.

autores ingleses más admirados, se hace una llamada de atención para colocar la nueva filosofía dentro de unos límites racionales, lejos de una entrega incondicional y de un rechazo absoluto; *L'Année Littéraire* hace suyo el prefacio de la traducción de Pope: «Le Préface de la traduction moderne est suivie d'un Discours sur la Philosophie Angloise, ou l'écrivain tâche de tenir un juste milieu entre le fanatisme qui se dechaîne avec emportement contre la Philosophie, et l'enthousiasme qui admire aveuglement les Philosophes, même dans leurs excès les plus condenables» (21). La necesidad de llegar a este punto medio es apuntada en el análisis teórico general y en la valoración de aspectos puntuales.

Dentro de este esquema general de valoración de la cultura extranjera, *L'Année Littéraire* no deja de indicar las razones que le hacen temer ciertos problemas derivados del proceso de imitación de lo extranjero; son éstas, sintetizadas, las siguientes: la posibilidad de deformación o desnaturalización de la cultura propia, la importación de ciertos defectos de la producción literaria de otros países y la desvalorización y marginación de los propios valores literarios.

En todo fenómeno de aculturación la deformación de lo genuinamente propio por un intento de adaptación a lo extraño, que se impone en parte por la fuerza y sin un período de reflexión y asimilación, es un hecho incontrovertible; la imitación siempre supone la negación del libre desarrollo de las propias posibilidades; por ello, la imitación de lo extranjero comporta la desnaturalización de la propia cultura para los franceses; lo expresa claramente *L'Année Littéraire* mirando a sus dos vecinos, Inglaterra e Italia: «jettés hors de notre véritable sphère, nous avons voulu apprendre des Anglois a penser, des Italiens a chanter, et, sous le prétexte de nous perfectionner, nous nous sommes défigurés. Les cabales, l'intrigue, les bassesses sont devenues nécessaires pour protéger, soutenir, accréditer les nouveautés et la médiocrité» (22). ¡Cuidado, pues, con el nuevo pensamiento inglés y con la música italiana!

La literatura extranjera es, por otra parte, comparada con el intercambio comercial, que siempre es beneficioso para los pueblos, pero también presenta inconvenientes; la imitación de lo extranjero difícilmente es selectiva, y por ello con lo bueno también se hereda lo malo, especialmente cuando la imitación cae en manos de personas inexpertas. Una de las causas de la decadencia de la literatura francesa era la imitación desaforada de lo inglés, cuya energía y genio creador eran reconocidos con el temor de lamentables repercusiones en las obras de autores mediocres; de ahí el consejo final: que la literatura inglesa sea menos propagada y que su conocimiento sea limitado a un reducido número de hombres superiores (23).

Finalmente, aceptación de lo extranjero, sí, pero sin echar tierra sobre lo propio. *L'Année Littéraire* proclama una revalorización de la

(21) *Ibid.*, 1761, VIII, pág. 34.

(22) *Ibid.*, 1782, VII, pág. 346.

(23) *Ibid.*, 1785, VI, pág. 231.

producción intelectual francesa y una puesta en su lugar del excesivo celo por la cultura europea. Una admiración excesiva de lo extraño comporta una marginación de los valores propios, lo que es plenamente injusto. La pregunta-advertencia es clara: «Cet enthousiasme n'est-il pas souvent déplacé, et capable même de décourager nos auteurs qui servent, pour ainsi dire, de victimes aux idoles que notre nation va chercher hors de son sein? (24). Por ello se impone una moderación en los juicios valorativos, con la finalidad de no producir la decepción y el sentimiento de fracaso en los autores franceses.

4. LA PREVENCIÓN CONTRA LOS *PHILOSOPHES*: LOS PELIGROS DE UNA FILOSOFÍA CORROSIVA Y VANAL

Voy a transcribir una larga cita del *L'Année Littéraire*, que resume el sentido de las numerosas descalificaciones contra la nueva filosofía y contiene todos los aspectos de la controversia; con ello el lector se dará cuenta del prisma ideológico desde cuyo contexto se produce el ataque a las ideas liberales: «Le bonheur de l'humanité: c'est le cri triomphant dont retentit cette école trompeuse, et le mot de ralliement de ces sectateurs. Cependent, on l'a dit cent fois, lorsqu'on examine les choses de sang froid, à quoi tout cela se réduit— il? A substituer aux terreurs et aux esperances de la Religion une licence qui ne connoit aucun frein, a confondre toutes les notions du vice et de la vertu, a briser avec une audace sacrilège les liens, qui attachent les sujets aux Princes, les enfants aux chefs des familles, a tout entreprendre pour son bien être particulier dès qu'on peut éviter les regards sévères de la justice» (25) y finalmente concluye de esta manera advirtiéndolo los peligros constantes de la nueva moral, la *morale philosophique*, cuya aceptación haría peligrar todos los valores de la moral verdadera, la moral cristiana: «voilà l'abrégé terrible et révoltant de la morale philosophique, qui loin de rendre les peuples fortunés, ne tend qu'à bouleverser les États, a détruire toute subordination, a ébranler les trônes, en fin, a étouffer sans retour les germes de bonheur qu'on peut espérer raisonnablement sur la terre» (26).

En esta frase están expuestas las ideas medulares que defienden los correligionarios de Fréron: familia, gobierno, religión, concebidos jerárquicamente y en el contexto de unos lazos que unen los niños al jefe de familia, los súbditos al príncipe, y a todos en general a la Religión, a cuyo servicio deben de estar.

Como en la mayoría de las publicaciones conservadoras de la época, el descrédito de los nuevos autores se hace desde la evocación nostálgica de la literatura del siglo anterior, el siglo de Luis XIV; debió de ser muy fuerte esta presión ejercida por el llamado *Siècle d'or* cuando ni siquiera algunos espíritus ilustrados, como el mismo Voltaire, escapan a sus influencias; se produjo una transposición de las realida-

(24) *Ibid.*, 1762, VII, pág. 242.

(25) *L'Année, Littéraire*, 1772, I, pág. 194.

(26) *Ibid.*, pág. 195.

des políticas al ámbito de la literatura y, en general, de todos los campos del saber; frente al esplendor y hegemonía de la Corte de Luis XIV los decadentes reinados de Luis XV y Luis XVI en los preámbulos de la Revolución ofrecerían un duro contraste que algunos interesadamente aprovecharon para emprender una descalificación en todos los terrenos. La realidad era, en cambio, muy distinta, pues no en balde se llama al siglo XVIII el *Siglo de las Luces*; pero el argumento demagógico ante la ausencia de perspectiva histórica surtió sus efectos, al menos en determinados medios intelectuales; también es verdad que se trataba de otra cultura, imposible de medir con los parámetros de la tradición, cuyo valor se negaban a reconocer los espíritus conservadores anclados en una cosmovisión jerarquizada y teocrática.

Así, frecuentemente se resaltan las cualidades de los escritores y artistas del siglo de Luis XIV, en la misma medida que los nuevos filósofos del siglo de la Revolución son considerados como una pléyade de pedantes y escribanos ambiciosos, que desesperan por igualar a sus predecesores, sin conseguirlo, y corrompen el verdadero arte; de esta guisa Fontenelle, Lamotte, Voltaire y tantos otros destruyeron el buen gusto nacional, sustituyéndolo por innovaciones peligrosas (27).

En este amplio número de falsos filósofos, los enciclopedistas fueron especialmente agasajados con las diatribas de *L'Année Littéraire*; se une al grupo que les acusa de plagio (28), y festeja con ellos la suspensión de la publicación de la Enciclopedia de Diderot (29). Esta ambiciosa obra de Diderot y sus colaboradores no es más que una reedición escasamente original de trozos aislados de una infinidad de libros ya publicados: «Il n'y a pas absolument aucune idée neuve dans cet énorme Dictionnaire; que ce n'est qu'une nouvelle édition mal consue et mal faite d'une infinité des livres déjà imprimés» (30). Esta desvaloración del conjunto de la obra de los enciclopedistas es paliada con el elogio de alguno de ellos en particular o de un aspecto concreto de sus ideas; es una concesión parca y esporádica que poco añade o quita a la descalificación general de la obra enciclopédica. Sin embargo dice mucho en favor de los editores de *L'Année Littéraire* comparados con la oposición rígida, cerrada y sin ningún tipo de concesiones de otras publicaciones conservadoras coetáneas.

4.1. Voltaire: La escasa originalidad del maestro de los philosophes

Las alusiones a Voltaire están en todas partes; es el autor más agraciado con los juicios peyorativos de *L'Année Littéraire*. Fréron, su incondicional enemigo, le acecha como gato escaldado; lee y relee, una y otra vez, lo que dice o escribe con el objeto de asestarle un duro

(27) *Ibíd.*, 1782, VII, pág. 312

(28) *Ibíd.*, 1760, janvier, pág. 246 (denuncia del plagio de los dibujos y grabados de Reamur cometido por los enciclopedistas: denuncia que ya había sido publicada con anterioridad en 1759, VII, pág. 341).

(29) *Ibíd.*, 1759, VII, págs. 341-351.

(30) *Ibíd.*, 1760, III, págs. 264-265; contra Diderot: 1783, IV, págs. 150-151.

golpe. El patriarca de los *philosophes* le correspondió con la misma simpatía, ridiculizándole en sus obras. La animosidad de Fréron fue tal que aprovechó cualquier ocasión, aunque no viniera al caso, para criticarle. Es frecuente encontrar en las páginas de su *journal* pretendidas polémicas de erudición en la que éste trata de rebatir con argumentos de autoridad las afirmaciones volterianas (31).

Voltaire es, por otra parte, considerado un autor de segunda fila y preterido en favor de otros ilustrados como Rousseau o D'Alembert (32). Es un tanto ridículo este propósito de Fréron de marginar y desprestigiar el valor de las ideas volterianas en contraste con otros nuevos filósofos, en tanto que éstos reconocen a Voltaire como su maestro indiscutible.

Tampoco estuvo el genio de Ferney ayuno de las acusaciones de plagio, que parece ser el arma literaria preferida en el ejercicio de las mutuas descalificaciones. El capítulo *L'Hermitte*, del *Zadig* de Voltaire, —se afirma en el *journal*— está sacado, palabra por palabra, de la obra *The Works in verse and prose of Dr. Thomas Parnell* (33). Y algunos de sus temas son tratados con mayor acierto por otros autores; así, su *Candide* está por debajo de la obra *Histoire de Rasselas prince d'Abissinie*, de M. Jhonson. Y, por si fuera poco, es cuestionada su labor de importación de las obras extranjeras, contribuyendo a la ruina del teatro francés por su escasa preparación para asimilar las obras de otros países, especialmente Inglaterra, y porque a través de éstas penetran «les horreurs et les folies» que deshonran a la literatura extranjera (34).

En realidad, las relaciones *L'Année Littéraire-Voltaire* estuvieron monopolizadas por la profunda animadversión, mezclada con envidia y resentimiento, que Fréron siempre profesó a Voltaire; por ello, los frecuentes artículos destinados a glosar la obra volteriana adolecen de falta de ponderación y ecuanimidad; constituyen el apartado más desafortunado de los comentarios de la filosofía ilustrada, y desmerecen en gran manera de otros capítulos elaborados con un espíritu crítico moderado y más atinado.

4.2. *Beccaria: La imposible aplicación de una nueva concepción de la administración de justicia*

La obra de Beccaria, que fue muy pronto traducida a la lengua francesa, tuvo una extraordinaria repercusión e influencias en los es-

(31) *Ibid.*, 1775, I, pág. 273.

(32) *Ibid.*, 1765, IV, págs. 28-42; «Rousseau de Genève —dice el artículo— est supérieur a M. de Voltaire et M. d'Alembert a tous les deux» (pág. 42).

(33) *Ibid.*, 1767, I, págs. 30-50; cfr. también 1761, VIII, 31-48; 1788, III, 337 y ss. y del mismo año IV, 49-87, con amplios comentarios a la obra *Consideration sur L'Esprit et les Moeurs* y duras críticas a los ilustrados en general y especialmente a Voltaire y Montesquieu, que son contrapuestos y valorados negativamente en relación con los grandes hombres del siglo de Luis XIV: Racine, Fenelon, Corneille, Boileau, Bossuet, Malebranche.

(34) *Ibid.*, 1783, I, págs. 347-357.

píritus ilustrados de Francia. Voltaire siempre se refirió a ella con unos elogios desacostumbrados en él, y hasta le dedicó unos comentarios; otro tanto cabe decir del resto de los ilustrados. Beccaria fue llamado a París y recibido con un fuerte entusiasmo. La verdad era que la administración de justicia en los países de Europa funcionaba tan mal y había alcanzado tal grado de deshumanización e irracionalismo que la crítica se hacía fácil y oportuna (35).

L'Année Littéraire, desde su postura conservadora e involucionista y ante la evidencia de la lamentable aplicación del Derecho y el prestigio alcanzado por Beccaria, no podía dirigir un ataque frontal a los defensores de una reforma del proceso judicial so pena de caer en el mayor de los descréditos de cara a las personas ilustradas y a los simples ciudadanos; por esta razón, acepta en general la nueva teoría penal, pero no su aplicación práctica por una falta de acomodación de la realidad social y jurídica francesa a la pretendida reforma penal (36). En el fondo de esta afirmación late una concepción del proceso y del Derecho penal muy diferente a la sostenida por los *philosophes* y basada en un sentido retributivo de la pena: «si la vie est le plus grand de tous les biens, la mort est le plus grand de tous les maux; conséquemment l'assassin qui ravit les plus grand des biens qui est la vie, mérite le plus grand des maux qui est la mort» (37). No necesita comentarios esta estricta aplicación de la vieja ley del talión en la defensa de la pena de muerte. Pero una cosa es la pena de muerte, y otra cosa el empleo de la tortura y demás prácticas degradantes, que en los redactores de *L'Année Littéraire* encuentran un elocuente silencio, cuando no un apoyo decisivo.

4.3. Montesquieu: La falsedad del determinismo naturalista

Lógicamente tenía que despertar Montesquieu ciertos recelos en los colaboradores de Fréron; su prestigio, la moderación con las que expresaba sus ideas, la reciedumbre de su sistema apoyado en comprobaciones empíricas, etc., eran cualidades que otorgaban a este autor

(35) Beccaria había editado su obra *Dei delitti e delle pene* en 1764, en plena juventud, conociendo rápidamente varias ediciones en Italia; inmediatamente extendió su influencia a Francia, donde bajo los auspicios de D'Alembert fue traducida por MORELLET a finales del año siguiente con el título *Traité des Délits et des Peines, traduit de l'italien d'après la troisième édition, revue et corrigée et augmentée par l'auteur, avec des additions de l'auteur qui n'ont pas encore paru en italien*; también en Francia tuvo varias ediciones en poco tiempo ante la avidez de los lectores de todos los lugares deseosos de conocer las propuestas reformistas y humanizadoras de la legislación y el proceso penal y de la administración de justicia en general.

(36) Cfr. *L'Année Littéraire*, 1767, VIII, 205-212, en el que se describen las observaciones publicadas contra los proyectos de Beccaria, concluyendo el redactor que «l'observateur présence des projets ou la théorie gagne, mais ou la pratique perdrait, et malheureusement ne les combine jamais de manière à les concilier» (pág. 212). Esta frase compendia el escepticismo del comentarista que concibe como buenas las ideas de Beccaria, pero irrealizables en Francia, aunque ni apunta ni explica las razones de esta falta de eficacia.

(37) *Ibid.*, 1766, I, págs. 157-158.

un especial crédito; por lo demás pertenecía a la nobleza francesa, lo que prestaba un mayor apoyo a su obra en una época en la que los privilegios de edición y publicación pasaban por los circuitos del poder y la censura del Gobierno. Había también una razón de oportunidad: a mitad de siglo Montesquieu publicaba su obra fundamental, *De L'Esprit des Lois*, y también por estas fechas salía a la luz pública los primeros números de *L'Année Littéraire*; el calor de la polémica estaba demasiado cerca para que el nuevo *journal* desaprovechase la ocasión de darse a conocer argumentando contra las ideas de un autor de fama.

Defendía Montesquieu que existían unas leyes de la naturaleza de las cosas, de carácter necesario, que configuraban la forma de ser de los pueblos; un conjunto de factores —el clima, la raza, la geografía, las condiciones materiales, etc.— determinaban en gran manera la configuración de los sistemas de gobierno e incluso de las religiones. Aunque este autor era respetuoso con la teología imperante en Francia y su sistema de gobierno, pretenciosamente colocados por encima de sus propias leyes de la historia, a nadie se le escapaba el peligro de sus ideas para el mantenimiento del sistema establecido, ahora sometido a un relativismo que hacía temer por su solidez.

L'Année Littéraire, como hicieron otras publicaciones, llevó la crítica montesquiana al terreno religioso, el más firme e inamovible, con lo que imaginaba tener asegurado el respaldo del público en general; puso de manifiesto la amenaza de una «indifférence absolue pour toute espèce de Culte et de Religion» siendo la religión cristiana la única verdadera; implicó a la propia Monarquía y a los centros del poder en esta lucha contra el relativismo histórico montesquiano al teorizar sobre los vínculos indisolubles de la Religión y el Trono en la prosecución de unos mismos objetivos, vaciando de contenido a la soberanía política si no era en función de su servicio para con los superiores fines espirituales de la Religión.

En el aspecto práctico, estrechamente ligado al anterior, empleó una poco solvente erudición histórica para desautorizar las tesis montesquianas, particularizando allí donde Montesquieu generalizaba, o generalizando en los momentos que éste sentaba un principio en un contexto concreto. Con ambos métodos, la teoría ideológica fundamentada en una Teología inamovible y la contraargumentación histórica, el *journal* de Fréron creía tener suficientes fuerzas para contrarrestar las influencias de las tesis empíricas de Montesquieu, dotadas de una mayor evidencia y sistematicidad, y, sobre todo, rigor científico, a pesar de la falsedad de algunas de sus afirmaciones (38).

(38) *Ibid.*, 1774, VII, págs. 49 y ss.: extenso comentario de una obra crítica de las afirmaciones de Montesquieu, *Les droits de la vrai Religion, soutenu contre les Maximes de la nouvelle Philosophie*, par L'Abbé Floris.

5. CONCLUSIONES

L'Année Littéraire sigue en general las pautas ideológicas y el estilo del resto de los *journaux* conservadores del siglo XVIII. Hay, no obstante, que subrayar la presencia en él de una mayor finura y solidez de las argumentaciones, si le comparamos con otras publicaciones periódicas de la época. En gran medida, esta cualidad es debida a la pluma de Fréron, hombre erudito e ingenioso, verdadero animador y alma de esta publicación durante un largo período.

Una preocupación primordial está en el ánimo de los colaboradores de *L'Année Littéraire*: la crítica contra la literatura e ideologías extranjeras, singularmente las inglesas, previniendo los daños irreparables que podrían derivar de una pronta y desmedida asimilación por los franceses de estas obras y nuevas ideas. Ciertas reservas, acompañadas de una mal disimulada admiración, hacen que el discurso en esta materia se muestre a veces desordenado, e incluso contradictorio.

Conexa a esta actitud se muestra la prevención contra los nuevos *philosophes*, plagiadores y propagadores de la filosofía extranjera (no hay que olvidar que *L'Année Littéraire* rara vez concede una mínima originalidad a los espíritus ilustrados). Los *philosophes* son admirados o vituperados según sus pensamientos se acomoden o se distancien de los valores tradicionales, especialmente representados por la religión cristiana y la monarquía absoluta, con independencia de la reciedumbre de los argumentos esgrimidos. En este contexto, tiene singular relieve la omnipresente polémica entre Fréron y Voltaire, quienes tan pronto se odiaban fraternalmente como investía, el uno contra el otro, con las más acerbias e impenitentes descalificaciones. Una buena ocasión para conocer, con sal y pimienta, la trastienda del ambiente intelectual de la época.

Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística (1)

Por RAFAEL GONZALEZ-TABLAS Y SASTRE
Sevilla

SUMARIO: 1) Introducción.—2) La sociabilidad como característica inespecífica.—3) La consecución del lenguaje, auténtico salto diferenciador en la evolución del hombre.—4) El comportamiento instintivo, una necesidad natural.—5) La naturaleza material de las necesidades materiales.—6) La progresiva toma de consciencia de las necesidades naturales.—7) Las necesidades necesarias, un producto cultural.—8) El sentimiento, la razón y el concepto de (deber ser).—9) Los primeros principios o universales de una cultura.—10) La filosofía de la experiencia jurídica: el derecho natural como valor.

1) INTRODUCCION

Aunque lo he intentado, nunca me fue posible destruirlo todo (2) y comenzar de nuevo (3), como hizo Descartes, pues muchas cosas que en otro tiempo admití como verdaderas sin ninguna sombra de duda, hoy las considero totalmente falsas, con la dificultad adicional de que ya no estoy seguro de que mañana no las vuelva a considerar verdaderas, y sea para mí tan evidente que lo son, como hoy lo es su falsedad.

(1) G. SIMMEL, *Sociología*, 2.^a edición española, Madrid, «Revista de Occidente», 1977, vol. II, pág. 750, donde se dice que un principio heurístico es aquel «que no pretende expresar la verdadera causalidad de los fenómenos, sino solamente afirmar que transcurren COMO SI...». Vid. también Nicolás RAMIRO RICO, *El animal ladino y otros estudios políticos*. Prólogo de Francisco Murillo y Luis Díez del Corral, Madrid, Alianza Editorial, 1980, pág. 23, nota 2.

(2) René DESCARTES, *Discurso del Método*, 3.^a ed., traducción, prólogo y notas de Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pág. 45; el párrafo al que se alude dice así: «Por lo que toca a las opiniones, a que hasta entonces había dado mi crédito, no podía yo hacer nada mejor que emprender de una vez la labor de suprimirlas, para sustituirlas luego por otras mejores o por las mismas, cuando las hubiere ajustado al nivel de la razón».

(3) *Ibidem*, pág. 49, me estoy refiriendo a su primer precepto: «no admitir como verdadera cosa alguna, como no supiese con evidencia que lo es; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y no comprender en mis juicios nada más que lo que se presentase tan clara y distintamente a mi espíritu, que no hubiese ninguna ocasión de ponerlo en duda».

Tampoco pude, como él, proveerme de la cómoda habitación (4) en donde pasar tan duros trabajos y mi existencia transcurre prácticamente a la intemperie, en semiderruidos cobijos provisionales.

Consciente de esto, quiero en el presente trabajo mostrar y, hasta donde llegue la fuerza de mis argumentos en el lector, demostrar: el origen y la concreción de los valores. Describir el modo en que cualquier ser humano se provee de unos valores; y como éstos son claramente dependientes de su humana condición. Así, nuestro conocimiento de los mismos, reside en esas dos fuentes que señalaba Kant, a saber: la receptividad de las impresiones y la espontaneidad de los conceptos (5), que hace posible el lenguaje. Pues, en palabras de Hegel, «lo que pasa por la experiencia, no consiste en la intuición inmediata misma, sino en esta elevada, pensada y explicada en lo intelectual, captada en su singularidad y expresada como necesidad» (6).

2) LA SOCIABILIDAD COMO CARACTERÍSTICA INESPECÍFICA

No se puede afirmar que la «sociabilidad» sea una característica específicamente humana, sino más bien, que ésta es un fenómeno que responde a las pautas instintivas de la lucha por la supervivencia de algunas especies animales (7). El fenómeno societario es un simple me-

(4) *Ibíd.*, pág. 53, «como para empezar a construir el alojamiento en donde uno habita no basta con haberlo derribado y..., sino que también hay que proveerse de alguna otra habitación, en donde pasar cómodamente el tiempo que dure el trabajo», después enumera las tres o cuatro máximas que le dan cobijo.

(5) Manuel KANT, *Crítica de la razón pura*, 9.^a ed., traducción de José del Perojo, revisada por Ansgar Klein, nota preliminar de Francisco Romero, Buenos Aires, Editorial Losada, 1979 (1.^a ed., 1939), pág. 201, «Nuestro conocimiento emana de dos fuentes principales del espíritu: la primera consiste en la capacidad de recibir las representaciones (la receptividad de las impresiones), y la segunda en la facultad de conocer un objeto por medio de esas representaciones (la espontaneidad de los conceptos). Por la primera nos es dado un objeto, por la segunda es pensado en relación con esta representación (como pura determinación del espíritu). Constituyen, pues, los elementos de todo nuestro conocimiento, la intuición y los conceptos, de tal modo que no existe conocimiento por conceptos sin la correspondiente intuición o por intuiciones sin conceptos».

(6) G. W. F. HEGEL, *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*. Introducción, traducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Editorial Aguilar, 1979, pág. 94.

(7) Nos cuenta Charles DARWIN, *El origen del hombre y la selección en relación al sexo*. Traducción de Julián Aguirre. Estudio preliminar de Faustino Cerdón, Madrid, E.D.A.F., 1982, en su pág. 131: «Para que los primeros hombres, los progenitores simios humanos, llegasen a ser sociales, debieron antes adquirir los mismos sentimientos que impelen los otros animales a vivir en comunidad, siendo además seguro que todos manifestasen la misma disposición general. Como consecuencia de esto, se hallarían inquietos al separarse de sus compañeros, hacia los cuales sentían ya cierto género de cariño; se avisarían mutuamente de los peligros, y en los ataques y defensas se ayudarían unos a otros, hechos todos que suponen simpatía, fidelidad y valor. Cualidades sociales de tal trascendencia, cuya importancia nadie niega tratándose de animales inferiores, debieron los progenitores del hombre adquirirlas de igual manera, esto es, por natural selección, acompañada de hábitos hereditarios».

canismo de defensa, de supervivencia, de adaptación para superar el entorno hostil. Se puede considerar como un salto importante en términos de evolución en las especies animales (8).

Grupos sociales se dan en todas las especies: en los insectos, en los peces, en las aves y en los mamíferos. Todos estos grupos tienen como mínimo, lo que podríamos llamar una organización, unas pautas de conducta individual perfectamente coordinadas con las conductas del grupo (9). Este es el dato esencial: «la adaptación de la conducta individual a la del grupo». El hecho de que determinados seres en la naturaleza, que van desde los insectos a los hombres, se agrupen, adopten cada uno de ellos la conducta individual más necesaria, y siempre acorde, para el grupo del que forman parte, es el dato que necesariamente hemos de tener en cuenta.

Es indudable que no se puede escapar a la tentación de comparar las comunidades humanas con las de otras especies. Las diferencias son tan sensibles que nos hacen pensar inmediatamente que unas y otras sociedades no tienen nada que ver, que la sociabilidad humana es muy distinta a la de otras especies; y sin embargo esto no es así, la sociabilidad en el hombre tiene una naturaleza instintiva y hereditaria, como en otros animales (10).

(8) Estoy muy lejos de hacer «darwinismo social» o «social darwinismo» en el sentido de Willian Graham SUMNER y sus discípulos, ya que en modo alguno traslado los esquemas darwinianos a la sociedad. Además mis convicciones son profundamente democráticas a diferencia de éstos. Cfr. Ralf DAHRENDORF, *Sociedad y Sociología. La ilustración aplicada*, traducción de José Belloch Zimmerman, Madrid, Editorial Tecnos, 1966 (reimp. 1974), págs. 147 a 156, en donde trata el tema del darwinismo social. Vid. también Felipe GONZÁLEZ VICEN, *El darwinismo social: Espectro de una ideología*, en el «Anuario de Filosofía del Derecho», Nueva época, Madrid, 1984, tomo I, págs. 163-176. Pero si ha de quedar fuera de toda duda, que la conducta social, sea cuál fuere la especie animal que consideremos, es un salto en la evolución. Por ejemplo, está claramente demostrado que cualquier depredador, con excepción del hombre, falla más veces en su ataque a los bancos de sardinas por la dificultad de fijar su presa, que cuando lo realiza sobre un individuo solitario, en donde nada ni nadie distrae al depredador en su ataque.

(9) Nos cuenta Charles DARWIN en *El origen del hombre*, obra cit., en la pág. 130, que «es digno de observación que tan pronto como los progenitores del hombre adquirieron la sociabilidad, hecho que debió realizarse en un periodo muy anterior al principio de imitación, la razón y la experiencia hicieron crecer y modificar muchísimo las facultades intelectuales, de las que sólo restan huellas insignificantes en los animales inferiores». Así, pues, para el gran naturalista lo primero que se da es la sociabilidad. Ver también a Gyorgy MARKUS, *Marxismo y "Antropología"*, texto alemán de A. Vertes-Meller y F. Brody traducido al castellano por M. Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1974, págs. 9 y 27, en donde se sistematizan las ideas de MARX sobre el tema.

(10) Hace unos setenta millones de años, a principios del período «Cenozoico» se produce el gran desarrollo de los mamíferos, que multiplican el número de especies y formas. Aparecen los primeros prosimios en Europa y Asia. Más tarde, en Africa, los primeros monos antropomorfos, y por último, hace unos doce millones de años, los monos antropomorfos inmediatos del hombre. El hombre, reconocible como tal, por poseer una cultura, una industria, aparece en el Paleolítico Inferior hace dos millones y medio de años. Cfr. G. H. R. von KOENIGSWALD, *Historia del hombre*, 6.ª ed., trad. Javier Segovia Espiau, Madrid, Alianza

Durante más de cincuenta millones de años los prosimios, y luego los monos antropomorfos, han ido evolucionando hasta llegar a los antecedentes inmediatos del hombre. Estos han formado grupos sociales en nada diferentes a los formados por los antecesores inmediatos de los actuales monos antropomorfos. No es, por tanto, una sociabilidad distinta la que caracteriza a las sociedades humanas. Lo que verdaderamente las caracteriza es el propio hombre (11).

3) LA CONSECUENCIA DEL LENGUAJE, AUTENTICO SALTO DIFERENCIADOR EN LA EVOLUCION DEL HOMBRE

Es el hombre, como especie animal, el que no es comparable con ningún otro en la naturaleza, tal y como lo conocemos desde hace unos dos millones y medio de años (12). El hombre es el ser más perfeccionado de cuantas formas de vida se conocen. Es un proceso de continua evolución que dura ya más de mil millones de años. Una o varias de las especies de monos descienden de los árboles al suelo y progresivamente van adoptando la posición erecta, transformándose en un bípedo, lo que le deja las manos libres de la servidumbre del desplazamiento; esto, junto a la visión bifocal y al dedo opuesto de sus manos, propiciarán la fabricación de instrumentos (13). Además la misma posición

Editorial y C.I.L., 1984, págs. 21 y 51, en donde se relaciona, en sendas tablas, las formaciones geológicas y el desarrollo de los vertebrados.

(11) Recordemos las palabras de Baltasar GRACIÁN en *El Crítico*, 9.ª ed., al cuidado de P. Ismael Quiles, S. I., Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pág. 100: «Visto un león, están vistos todos y vista una oveja, todas; pero visto un hombre no está visto sino uno, y aún ese no bien conocido. Todos los tigres son crueles, las palomas sencillas y cada hombre de su naturaleza diferente. Las generosas águilas siempre engendran águilas generosas, mas los hombres famosos no engendran hijos grandes, como ni los pequeños, pequeños».

(12) «Como resto humano más antiguo, que queremos mencionar aquí provisionalmente, ha de valer nos un trozo de antebrazo que en 1965 B. Patterson, de la Universidad de Harvard, descubrió en Kanopoi, en Lake Rudolp, al norte de Kenia. El ensayo de potasio/argón arrojó una edad de 2,5 millones de años. Tras un análisis con ayuda de una computadora resulta ser su morfología más parecida a la de *homo* que a la de *australopithecus*. Otro hallazgo, que pertenece probablemente a este grupo, fue descubierto por Y. Coppens en las proximidades del lago Tchad en Africa Central, en 1960, y conocido con el nombre de *Tchadanthropus uxorius*... Así comienza a dibujarse lentamente bajo el grupo de los *Pithecanthropus* otro más primitivo, como era de esperar». Ver en G. H. R. von KOENIGSWALD, obr. cit., págs. 102 y 103.

(13) Cfr. Karl MARX, *El Capital*, 2.ª ed., traducción de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1959 (13.ª reimp., 1978), tomo I, pág. 132, en donde se dice: «El uso y la fabricación de medios de trabajo, aunque en germen se presenten ya en ciertas especies animales, caracterizan el (proceso de trabajo específicamente humano), razón por la cual Franklin define al hombre como *a toolmaking animal*, o sea, como un animal que fabrica instrumentos». Pues bien, Nicolás RAMIRO, en obra. cit., pág. 24, nota 7, afirma que: «Esta caracterización del hombre como animal que usa y construye instrumentos tradicionalmente se atribuye a Franklin sin otra documentación, al parecer, que un par de citas en sendos pasajes de Boswell... Leslie A. WHITE, en su *Ciencia de la Cultura (Un estudio sobre el hombre y la civilización)*, Buenos Aires, Paidós,

erecta favorece la ampliación del espacio interior del cráneo, que unido al progresivo deterioro de la musculatura maxilar, trae como consecuencia un crecimiento de los huesos de la cabeza con el consiguiente levantamiento de la frente. A su vez, el cerebro evoluciona aumentando no sólo su peso sino también su superficie externa, al arrugarse la corteza cerebral (circunvoluciones), que es donde reside el noventa por ciento de la actividad inteligente (14).

Es, pues, este ser, el que resulta verdaderamente diferente. Hay una característica, a la que normalmente no se alude, por ser imposible estudiarla en los restos fósiles y que constituye, a mi modesto entender, el hecho diferencial más importante entre el hombre y el resto de los monos antropomorfos. Es esta la «capacidad para comunicarse» mediante un lenguaje más o menos articulado (15). Esta capacidad se transmite genéticamente a sus descendientes, siendo su aparición muy anterior a esos dos millones y medio de años en los que están fechadas las primeras industrias del Paleolítico inferior.

4) EL COMPORTAMIENTO INSTINTIVO, UNA NECESIDAD NATURAL

Durante millones de años, muy probablemente, una especie de monos fue perfeccionando, en términos de evolución, su capacidad de comunicación interindividual, que indudablemente suponía una considerable mejora en su lucha por la supervivencia. Los hombres, o si se quiere, los monos-hombres, comienzan a comunicarse. Son capaces de hacer rudimentarias descripciones de su propia realidad, de su propia experiencia. Poco a poco, los que tienen la suerte de vivir muchos años, se convertirán, para el grupo, en la principal fuente de información

1964, pág. 57 y n., menciona que las muchas investigaciones efectuadas no ha llegado a descubrir esta frase en los escritos de Franklin». Si bien Marx no pone nota, Wenceslao Rocès, en el Apéndice Bibliográfico del tomo I, cita Benjamín FRANKLIN, *The Works*, Ed. Sparks, Boston, 1836.

(14) Cfr. Paulette MARQUER, *Las razas humanas*, 4.ª ed., traducción de Joaquín Puig de la Bellacasa, Madrid, Alianza Editorial y C.I.L., 1985, págs. 81 a 86, sobre la posición erecta, relación cráneo rostro; y págs. 100 a 109 sobre los problemas y teorías relativos a la hominización. También en G.H.R. von KOENIGSWALD, obra cit., pág. 57, se dan los valores medios del volumen de la masa encefálica del hombre y de los monos antropoides: hombre, 1.350-1.500; gorila, 350-685; orangután, 295-575; chimpacé, 320-480, en centímetros cúbicos. Sobre otras características, págs. 159 a 164.

(15) Cfr. F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1980, pág. 24, considera, siguiendo a Morgan, que «el principal producto de esa época es la elaboración de un lenguaje articulado, se refiere al estado salvaje, estadio inferior. Sobre el carácter hereditario, ver Maya PINES, *Los manipuladores del cerebro*, 4.ª ed., traducción de Natividad Sánchez Sainz-Trapaga, Madrid, Alianza Editorial y C.I.L., 1984, págs. 15 y 16, «De acuerdo con el lingüista Noam Chomsky, del Instituto Tecnológico de Massachusetts, el hombre, y solamente el hombre, nace con una competencia especial para el lenguaje». Ver también Francisco SECADAS y Gonzalo MUSITU, *Psicología evolutiva*, 1 año, Barcelona, Ed. CERC, 1982, págs. 115 a 142.

sobre las vivencias de estos hombres. Su conocimiento es vulgar (16), puramente experiencial, y durante una cantidad determinada de años no serán capaces de trascender a su propia experiencia. Cuando al fin la trascienden, dan cuenta, además de su propia experiencia, de las vivencias del grupo. Es el inicio de la memoria colectiva.

Pero lo cierto es que cuando los años se echan encima y las fuerzas van faltando, los ancianos se acercan, o son obligados a estar, con los niños y con la juventud más temprana. Aún es posible para ellos medirse en términos de igualdad física con los más jóvenes. Resulta un placer, o es el resultado del deterioro cerebral, recordar la propia vida, revivir las experiencias teniendo como mudos testigos a los niños (17). Estamos asistiendo al nacimiento de la tradición oral, al nacimiento de la cultura (18).

Estos grupos humanos se organizaban instintivamente, como lo habían venido haciendo hace millones de años (19). Las reglas de organización, o si se quiere, las pautas de conducta que cada individuo adopta para integrarse en el grupo, son obedecidas instintivamente, como las abejas o las hormigas, sin que medie ningún tipo de racionalidad consciente. Un buen día, uno o varios seres humanos al describir su propia experiencia incluyen, en la descripción, el comportamiento de los demás. Poco a poco, las descripciones se amplían incluyendo más individuos, generalizándose la descripción de los comportamientos y omitiendo los aspectos más concretos de cada individuo. El paso siguiente será hacer una descripción del comportamiento y organización del grupo en los términos de la propia experiencia vivida por el que

(16) Cfr. Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, *Introducción a la filosofía jurídica*, 2.^a ed., Madrid, E.D.P.S.A., 1960, pág. 115, en donde se destaca la importancia del 'saber empírico'.

(17) Charles DARWIN, señala la gran capacidad de imitación de los hombres salvajes y de los monos, obra cit., pág. 130. Aníbal PONCE *Educación y lucha de clases*, edición revisada y anotada por Héctor P. Agosti, Madrid, Akal editor, 1978, página 13, sobre la educación en las tribus primitivas.

(18) Daniel BELL, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, 2.^a ed., versión española de Néstor R. Mínguez, Madrid, Alianza Editorial, 1982, en la pág. 47 se dice: «La cultura, para una sociedad, un grupo o una persona, es un proceso continuo de sustentación de una identidad mediante la coherencia lograda por un consistente punto de vista estético, una concepción moral del yo y un estilo de vida que exhibe esas concepciones en los objetos que adornan nuestro hogar y a nosotros mismos, y en el gusto que expresa esos puntos de vista. La cultura es, por ende, el ámbito de la sensibilidad, la emoción y la índole moral, y el de la inteligencia, que trata de poner orden en esos sentimientos», ver también las págs. 23 y 25.

(19) J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, 2.^a ed., prólogo de Manuel Tuñón de Lara, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pág. 32: «La más antigua de todas las sociedades, y la única natural, es la familia, aun cuando los hijos no permanecen unidos al padre sino al tiempo que necesitan de él para conservarse. En cuanto esta necesidad cesa, el lazo natural se deshace. Una vez libres los hijos de la obediencia que deben al padre, y el padre de los cuidados que debe a los hijos recobran todos igualmente su independencia. Si continúan unidos luego, ya no lo es naturalmente, sino voluntariamente, y la familia misma no se mantiene sino por convención» Para F. ENGELS, obra cit. pág. 31, el tipo de organización es la «familia sindiásmica» de Morgan. Está muy claro que el hombre tardó en relacionar el acto sexual con la procreación.

hace la descripción (20). Estamos llegando a la actividad consciente, el hombre es ya capaz de describir lo que hace o lo que le ha sucedido y los que le escuchan son capaces de representarse dichas experiencias aunque no las hayan vivido. Los hombres se hacen conscientes de su propia realidad, de la de los demás, y como consecuencia son capaces de modificar su propio comportamiento puramente instintivo.

Esto convulsionará a los grupos humanos, que de vez en cuando se verán sorprendidos por la modificación voluntaria de la conducta de uno de sus miembros, que al actuar contra su propio instinto conturbará las bases en que se asienta el grupo. Muchos de estos grupos se disolverán y vivirán la amarga experiencia de las luchas desritualizadas, la guerra entre hermanos. Las ritualizadas las imponía el instinto para establecer la jerarquía en el grupo, como sucede con los grandes monos, los lobos, etc.

5) LA NATURALEZA MATERIAL DE LAS NECESIDADES NATURALES

La conducta instintiva constituye la regla necesaria para la existencia del grupo social. Sin ella, no sería hoy posible contemplar la febril actividad de una colmena, admirarnos de lo intrincado que es un hormiguero, o simplemente estudiar una manada de lobos. Son modos de comportamiento individual que hacen posible la existencia del grupo, y el grupo, no lo olvidemos, es la garantía de éxito en la lucha por la supervivencia, ya que si no, se habrían extinguido estos seres como tantos otros. Son, pues, estas pautas, estas reglas del comportamiento instintivo auténticas «necesidades naturales», al ser los «medios materiales indispensables para la auto-conservación de la vida humana» (21). Son claramente materiales, forman parte de la información genética con la que nace cada individuo de la especie, lo mismo que ocurre con la posesión y distribución del pelo, el número de patas, las alas, etc., es una característica que se hereda (ver nota 7).

(20) En efecto, la vinculación existente entre las formas de vida y el lenguaje, hace que en un primer período la descripción sólo fuera verdaderamente comprendida por los que convivieron con el que hace la descripción. Sobre la vinculación entre las «formas de vida» y el lenguaje, aunque no está usado en este mismo sentido, véase Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, en la pág. 136 se lee: «la influencia ejercida por el último Ludwig Wittgenstein quien, como es sabido, vinculó el lenguaje a las "formas de vida"; de ahí que las funciones del lenguaje no queden reducidas a la descripción, sino que existan tantas como posibles usos de los términos en los distintos contextos vitales o "juegos lingüísticos" (*language-games*)». L. WITTEGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, ed. a cargo de G.E.M. Anscombe, Blackwell, Oxford, 1976, pág. 11.

(21) Cfr. Antonio E. PÉREZ LUÑO obra cit., pág. 169, donde sintetiza muy acertadamente el pensamiento de Agnes HELLER, *Teoría de las necesidades en Marx*, traducción de J. F. Ivars, Barcelona, Península, 1978, págs. 26, 33 y 34, 48 y ss., 178 y ss.

6) LA PROGRESIVA TOMA DE CONSCIENCIA DE LAS NECESIDADES NATURALES

Estos elementos materiales han resultado tan indispensables para la conservación de la vida humana como el hecho mismo de comer. Ya hemos dicho *supra* que la formación de sociedades en ciertas especies animales es un paso importantísimo en la evolución. Las especies sociales terminaron por imponerse en la lucha por la supervivencia, frente a las especies hermanas, de la misma familia, que carecían del instinto social (22).

Pero la imparable evolución del hombre, le lleva a adquirir la consciencia de su propio comportamiento, y en consecuencia proyecta su racionalidad sobre la totalidad de estas «necesidades naturales». A la consciencia de la necesidad natural de comer, le conduce a darse cuenta de la existencia de unos períodos en los que el alimento es escaso, y de otros en los que éste es abundante. Comprueba cómo, obedeciendo al instinto, su grupo hace acopio de alimentos en los períodos abundantes, o bien se desplazan al llegar otra estación hacia otras tierras más feraces. Asimismo, son capaces de hacer descripciones de las pautas de comportamiento individual que permiten el funcionamiento del grupo. Cada individuo es testigo consciente de las lesivas consecuencias que, otro tipo de esporádicas conductas, tienen sobre el grupo. Todos ellos se identifican perfectamente con esas descripciones del comportamiento, forman parte de su experiencia vital, con independencia de quién sea el que las formula de viva voz, utilizando el lenguaje. Así comienzan a formar parte de la tradición oral, de la cultura de ese grupo. Este será el caldo de cultivo que propicie la aparición del Derecho, hijo de la necesidad y de la cultura del hombre.

7) LAS NECESIDADES NECESARIAS, UN PRODUCTO CULTURAL

Esas descripciones son recogidas primeramente por los más jóvenes, antes incluso de que su propia experiencia vital pueda contrastarlas. Adquieren, pues, las descripciones mismas, una existencia comple-

(22) Resulta esclarecedor el párrafo de Charles DARWIN, *El origen de las especies*, prólogo de Faustino Cordon, Ed. Bruguera, Libro Blanco, 1982, páginas 128-129: «Como las especies del mismo género suelen tener por lo común, aunque no, en modo alguno, constantemente, mucha semejanza en costumbres y constitución y siempre en estructura, la lucha, si entran en mutua competencia, será, en general más rigurosa entre ellas que entre especies de géneros distintos». Muy interesante es también la afirmación de G. H. R. von KOENIGSWALD, obra cit., págs. 136, cuando dice: «Aunque este Hombre de Neanderthal fue sustituido o incluso arrojado de las cuevas europeas por el *Homo Sapiens*, no aceptamos hoy en día que pudiese haber entre ambos una relación genética. El clásico Hombre de Neanderthal es, por tanto, una forma extinguida que en su época estuvo adaptada a condiciones extremas de vida en clima glacial». Quiere ello decir que el *Homo Sapiens* se impuso por sus mejores condiciones evolutivas, a pesar de que, por ejemplo, el de Neanderthal tuviese una capacidad craneana de 1.350-1.723 centímetros cúbicos, «que está en parte muy por encima del valor medio del europeo actual» (pág. 136).

tamente distinta en las mentes de los jóvenes. Una existencia, ajena a su experiencia, pero conformadora de su realidad. La descripción se convierte así en una realidad abstracta (23). Cuanto más tempranamente se recibe esta abstracción, más profundamente queda grabada en la mente del niño como una realidad materialmente existente (24). Estas descripciones podrán ser luego falsadas, en el sentido popperiano del término (25). Por la propia experiencia vital del niño o del hombre. Si se viesan confirmadas, crearan o en su caso reforzaran la aparición de la idea de «obligatoriedad», de «inexorabilidad» que el propio instinto, preexistente, propicia. Es decir, para poder falsar la descripción (la regla de conducta), el hombre ha tenido que luchar, que oponerse materialmente a su propio instinto. Esto lo consigue mediante la conciencia clara de cuales son sus inclinaciones, y por medio de la voluntad, actúa de una forma totalmente distinta. Por eso el confirmarse lo acertado de la regla, vale decir lo exacto de la descripción, el comportamiento instintivo se ve reforzado. Pero como el instinto es algo material, algo genético, el reforzamiento no es de tipo biológico, no hay ninguna modificación genética, esto sigue igual (26). El reforzamiento es de tipo intelectual, abstracto, apareciendo con ello la idea de «obligación», que al unirse con la regla de conducta que describe el comportamiento instintivo dan lugar a la «norma». A la que podemos definir como la «descripción de un comportamiento que resulta obli-

(23) G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, prólogo y nota biográfica Juan Garzón Bates, México, Dirección General de Publicaciones UNAM, 1975, pág. 59: «Individuos y pueblos no tienen aún personalidad, en cuanto no han alcanzado todavía a ese puro pensar y saber de sí mismo. El espíritu, que es en sí y para sí, se distingue del espíritu fenoménico, porque en la determinación misma en la que éste es sólo autoconciencia —conciencia de sí, pero sólo según la voluntad natural y las oposiciones aun externas de ella—; el Espíritu tiene como objeto y fin a sí mismos, como Yo abstracto, esto es, libre, y de esa manera es persona».

(24) FRANCISCO SECADAS y ESTANISLAO PASTOR, *Psicología evolutiva, 3 años*, Barcelona, Ediciones CERC, 1981, págs. 96-97, sobre la realidad: «El niño tiene la convicción de que todo lo que le sucede es real; sus sueños, sensaciones o imágenes disponen de una realidad objetiva que es compartida por otras personas. Y no sólo materializa de esta forma los variados productos de su imaginación e incluso de sus propios signos verbales, sino que tiende a "localizarlos", situando los símbolos, imágenes, etc., en lugares físicos. El niño de tres años, por ejemplo, admite que los sueños no son verdad pero cree que existen, y por ello los localiza en la oscuridad».

(25) Cfr. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, obra cit., págs. 146. También se podría hablar del «falsacionismo» de I. LAKATOS. *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, Madrid, Ed. Tecnos, 1974, págs. 128.

(26) Lo contrario sería el más puro «lamarckismo» y daría lugar a una variabilidad muy superior a la existente. Véase, aunque sólo sea para constatar la experiencia, lo que dice Gracián de los grandes hombres en la cita que de él hacemos en la nota 11. Faustino Cordón destaca, en el prólogo al *El origen de las especies*, citada, que el punto más débil de la teoría de Darwin está en no haber roto definitivamente con la teoría evolucionista de Lamarck. Por otro lado parece imponerse la tesis de que «el gran parecido entre las razas humanas actuales y el hecho de que todas puedan mezclarse y tener fructífera descendencia hace más probable que el desmembramiento geográfico de la actual humanidad se haya producido después del surgimiento del *Homo Sapiens*», en G.H.R. von KOENIGSWALD, obra cit., págs. 158-159.

gatorio» (27). Pues bien, esta «norma» es una realidad cultural, algo que se ha conformado y se expresa desde el mismo lenguaje. Por eso, al hacerse la descripción del comportamiento instintivo y de la idea de obligación, el lenguaje pone las palabras (los fonemas junto a los objetos que designan), la gramática. Todo conforma la expresión oral de la norma, y ésta es expresable y entendible desde, o con, ese mismo lenguaje.

Al mismo tiempo, la noche de los tiempos se abate sobre esas normas para hacer olvidar a la memoria colectiva su verdadero origen. Con ello, otras explicaciones, fundamentalmente de carácter mítico y religioso, se van imponiendo en su cultura. Para estas nuevas generaciones las normas existen desde siempre. Ya no responden, en la conciencia de los individuos, a situaciones que necesariamente se han de dar, por ser conocidas por la experiencia, las consecuencias lesivas de la conducta contraria, sino que por el contrario, las normas se transforman en situaciones que obligatoriamente se han de dar porque así lo quieren los dioses. Las consecuencias lesivas de la no obediencia pasan a ser interpretadas como castigos de los dioses, para a continuación terminar afirmando que: «las normas han sido impuestas por el capricho o la voluntad de los dioses "para que los hombres las cumplan"» (28). Todo ello dará lugar a la aparición de las normas jurídico-religiosas, de la costumbre jurídica fundamentalmente jurídico-pública. Es, pues, el resultado de una cultura, de una tradición de muchas generaciones de hombres, es decir, son las «necesidades necesarias» (29).

(27) Sigmund FREUD, *Tótem y Tabú*, 14.^a ed., traducción de Luis López-Ballesteros y de Torres, Madrid, Alianza Editorial y C.I.L., 1985, en las págs. 27 y 28 afirma lo siguiente: «Para nosotros, presenta el tabú dos significaciones opuestas: la de lo sagrado o consagrado y la de lo inquietante, peligroso, prohibido o impuro... El concepto de tabú entraña, pues, una idea de reserva y, en efecto, el tabú se manifiesta esencialmente en prohibiciones y restricciones. Nuestra expresión «temor sagrado» presentaría en muchas ocasiones un sentido coincidente con el de tabú. Las restricciones tabúes... no emanan de ningún mandamiento divino sino que extraen de sí mismas su autoridad... Las prohibiciones tabúes carecen de todo fundamento. Su origen es desconocido. Incomprensibles para nosotros, parecen naturales a aquellos que viven bajo su imperio». Sobre el concepto de norma, se ha producido un cambio de enfoque en la obra póstuma de Hans Kelsen, al darla el sentido de un acto de voluntad. Vid. Hans KELSEN, *Teoría generale delle norme*, edición a cargo de Mario G. Losano, trad. italiana de M. Torre, Turín, Einaudi, 1985, 471 págs. Véase también la recensión a esta obra realizada por Antonio E. PÉREZ LUÑO en curso de publicación por la «Revista de Estudios Políticos».

(28) Esto se ve muy claramente en los escritores griegos y romanos, por ejemplo cuando el piadoso Eneas recibe este vaticinio: «Hijo de una diosa, los más grandes auspicios me declaran patentemente que debes lanzarte al mar; así el rey de los dioses dispone tus hados y prepara tus futuros azares: tal es la orden que te señala», en VIRGILIO, *La Eneida*, prólogo de Enrique Rull, Madrid, S. A. de Promociones y Ediciones, 1985, pág. 81.

(29) Cfr. Antonio E. PÉREZ LUÑO, obra cit., págs. 169.

8) LOS PRIMEROS PRINCIPIOS O UNIVERSALES DE UNA CULTURA

Mas la evolución de las sociedades humanas no se hubiera producido a un ritmo tan acelerado si no fuera por lo extraordinario de la racionalidad del hombre. Esta capacidad se ve facilitada por el lenguaje, dándose entre ellos una relación biunívoca de dependencia. Tanto el uno como la otra se desarrollan y crecen en calidad y cantidad al mismo tiempo. El lenguaje permite el ejercicio de la racionalidad, de la reflexión; al tiempo, este ejercicio de la racionalidad requiere de un instrumento donde plasmarse secuencialmente, o si se quiere, donde concretarse en forma de expresión oral, para permitir el avance de la racionalidad, particularizando las generalizaciones de la reflexión. Con ello, el lenguaje aumenta en número de palabras, en la variedad de las formas gramaticales.

Pues bien, la racionalidad del hombre va extrayendo de todas las particularidades de su realidad, mediante el método inductivo, una serie de principios generales, de primeros principios, de universales. Nace con ello la filosofía, las ciencias, el conocimiento como actividad voluntariamente buscada por el hombre.

Este va ha ser el nuevo marco en donde se va a desarrollar nuestro análisis: la maduración de la racionalidad del hombre.

Cuando estos hombres, primitivos aún, proyectan su racionalidad sobre ese conjunto de particularidades, que todavía son las normas existentes en su propia cultura, producen una serie de «nuevas expresiones» distintas de las normas que les dieron su origen; de una parte más simples, de otra más complejas y distantes de la realidad.

Estas nuevas expresiones, que concretan de forma distinta —en términos de lenguaje— el comportamiento de los individuos de una determinada comunidad, entran a formar parte de la cultura de ese pueblo como sus primeros principios, como sus principios generales. Su contenido es el resultado final de haber sometido a un procedimiento de inducción a las necesidades naturales y a las necesidades necesarias, que en apretada síntesis se expresan en esos primeros principios. Es decir, la escenificación de una necesidad natural, verbigracia, la de que todos los integrantes del grupo puedan comer de las piezas de caza o de los frutos recolectados con el concurso de todos, sin exclusión de ninguno de los participantes, con independencia del orden y de la cantidad que coman. Ya que, en el supuesto contrario, el excluido luchará con alguno de sus hermanos, con el que cree más débil, por el alimento, en una pelea desritualizada con funestas consecuencias para alguno de los dos. O si no, el excluido dejará de participar con sus hermanos en la caza, debilitándose el grupo al perder uno de sus miembros y, el excluido, difícilmente, podrá sobrevivir fuera del grupo.

Esta necesidad natural, será expresada en reiteradas ocasiones, como el resultado de la experiencia del grupo, hasta que, como parte de la cultura, resultara conocida antes de haber sido experimentada, adop-

tando, entonces, la forma de norma, de necesidad necesaria que se expresaría del modo siguiente: los dioses quieren que todos los que participen en la caza puedan satisfacer sus necesidades en los productos logrados, moderen los más fuertes su necesidad y una vez satisfecha permitan a los otros satisfacer la suya en los restos, no acaparen todo para sí, pues en caso contrario todo el grupo será castigado.

Por último, y por inducción, tanto de las necesidades naturales como de las necesarias se obtienen los primeros principios, que del ejemplo podrían ser: el del reparto de los beneficios del trabajo conjunto (justicia distributiva), respeto al beneficio del trabajo (apropiación del trabajo), o en sentido negativo la prohibición de apropiarse del trabajo ajeno o de sus frutos.

En consecuencia, estos primeros principios son el resultado de la objetivación del aluvión de subjetividad que generaciones de individuos se han ido intercomunicando a través del lenguaje, imponiéndose con el transcurso del tiempo de entre sus preferencias, aquellas que son generalizables a todo el grupo.

Es fácilmente observable que estas «objetivaciones sociales generalizables» (30) expresan necesidades naturales y por lo tanto son más fácilmente generalizables a todo el grupo y, algunas de las necesidades necesarias, son generalizables a parte de un grupo durante un número determinado de generaciones, de tiempo, para irse ampliando su generalización, en otros casos su restricción, pero éstas no interesan, con el transcurrir de los tiempos.

Pues bien, estas objetivaciones sociales, que forman parte de una cultura, son las opciones axiológicas conscientes de los individuos pertenecientes a dicha cultura a cuya permanente realización aspiran. Su satisfacción generalizada implica la subida de otro peldaño en la escalera del progreso para ese grupo humano, que rápidamente objetivará nuevas opciones o primeros principios que deben ser satisfechos. En consecuencia, los primeros principios dependen del momento histórico y del grupo humano de que se trate, siendo sólo absolutamente generalizables para toda la humanidad, aquéllos que por sus características respondan a lo que hay en común o es igual en la cultura de los distintos grupos humanos, en lo que tienen de coincidente sus culturas.

De este modo no es necesario alcanzar «la utopía filosófica de una sociedad plenamente libre y democrática, que halla su plasmación concreta en la entera satisfacción de sus necesidades radicales» (31), para que se pueda concretar, al menos para cada momento histórico, los primeros principios que se hacen presentes en una cultura determinada. Y por hablar de algo más concreto, de nuestra propia cultura occidental judeo cristiana, en la que los primeros principios se transforman en las formas más simples e ideales del comportamiento debido en la sociedad utópica. Son la unidad de medida del propio comportamiento, al constituir la forma más perfecta que imaginarse pueda. En definitiva, son los valores de dicha cultura.

(30) *Ibídem*, pág. 171.

(31) *Ibídem*, 172.

Quiero apuntar, que el salto desde lo que simplemente es (necesidad natural), a lo que sencillamente puede o no puede ser (necesidad necesaria), y de aquí, a lo que 'debe ser' (necesidad radical), se debe, únicamente, al lenguaje y a la racionalidad del hombre.

9) EL SENTIMIENTO, LA RAZON Y EL CONCEPTO DE 'DEBER SER'

Por cuanto la racionalidad es capaz de apreciar la conformidad de un determinado primer principio con ella misma, es decir, al ser ésta ese primer principio, éste tiene necesariamente que realizarse, siendo entonces necesariamente obligatoria, 'debe ser' realizada. Este 'debe ser' generalmente adopta la forma de sentimiento (32) profundamente arraigado en los seres humanos de una cultura dada. Son dos los caminos por donde aflora este sentimiento: el primero, lo es también en el tiempo, el sentimiento del 'debe ser' se cultiva, fundamentalmente, desde las manifestaciones culturales de la moral y la religión. Está generalizado a todos los miembros del grupo, desde su más tierna infancia, aunque hay diferencias en cuanto a su intensidad. Aquí el concepto de 'debe ser', como ente de razón, está en un segundo plano y, muy mediatizado por el sentimiento, sólo puede pasar a un primer plano, si el individuo en cuestión tiene la voluntad y la oportunidad de cultivar su razón con la observación, la reflexión y el estudio. El segundo, es el sendero de las primeras formulaciones, de la génesis de los valores nuevos, es el de la 'autonomía ética'. Ya lo hemos descrito anteriormente: 'lo racional exige ser realizado porque ello forma parte de su ser racional', es decir, todo hombre que concibe en su mente una determinada conducta como la más racional que es capaz de pensar, concibe, al mismo tiempo, la idea de que dicha conducta 'debe ser' seguida o realizada. Este 'debe ser' refuerza indudablemente el sentimiento, pero se ve oscurecido por la fuerza del convencimiento, del concepto, de la racionalidad.

Es fácil deducir, por lo antes dicho, que el último camino no es recorrido por la totalidad de los integrantes del grupo. Sólo aquellos de sus miembros que tienen la inquietud y la voluntad en cultivar su razón, lo utilizarán. También son decisivos otros factores como las condiciones de vida, el grado de civilización, la oportunidad material.

(32) Manuel KANT define el sentimiento en la introducción a la metafísica de las costumbres, en los siguientes términos: «La capacidad de experimentar placer o desagrado con una representación recibe el nombre de sentimiento, porque ambos contienen lo meramente subjetivo respecto a nuestra representación, y ninguna relación con un objeto para el posible conocimiento del mismo, ni siquiera para un conocimiento de nuestro estado. Las sensaciones mismas, en efecto, como, por ejemplo, la sensación del rojo o de lo dulce, además de la cualidad que les confiere la naturaleza del sujeto, se hallan también, en tanto que conocimientos, referidas a un objeto, mientras que el placer o el desagrado provocados por lo rojo o lo dulce no expresan nada en absoluto del objeto, sino simplemente una relación con el sujeto», págs. 36 y 37, *Introducción a la teoría del Derecho*, introducción y traducción de Felipe González Vicén, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1954 (reimpr. 1978) (colección Cívitas).

Pues bien, siendo como es cierto, que la totalidad de los seres humanos nacen en una determinada cultura, y que durante muchos años (desde que vienen al mundo hasta la pubertad), no tienen otros valores que los de su cultura y clase social. En estos años, dichos valores tienen para cualquier individuo de esa edad, la característica de ser absolutos, permanentes, inmutables, etc. Es decir, al niño se le enseñan como si los antedichos valores estuvieran al margen de toda positividad, como si fueran algo que existe con independencia de los hombres. Se apela directamente a la sensibilidad para educar el sentimiento en los valores. No obstante, la racionalidad, no puede quedar nunca, del todo, al margen, ya que la mayor parte de la educación se hace a través del lenguaje. De este modo, en estas primeras etapas, tanto el concepto, como sobre todo el sentimiento del *Bien* y del *Mal*, quedan claramente perfilados, sin matices, sin sombras. A la sensibilidad, se llega a través del condicionamiento: el *Bien* produce placer, el *Mal* insatisfacción, dolor, en los seres que más quiere el niño, sus padres, que reaccionarán según sea lo más conveniente, gozo o tristeza, hasta lograr que el niño adquiriera el sentimiento del valor.

Una vez creado el sentimiento condicionado (del bien o de los valores), el descondicionarse resulta sumamente difícil. Algunos lo hacen, pero la inmensa mayoría mantienen prácticamente intacto su sentimiento. Por supuesto, todo sentimiento es una experiencia vivida susceptible de ser descrita, racionalizada y conceptuada a través del lenguaje. Y en tanto que es común, a la mayoría de los integrantes de una determinada cultura, crea en ellos la falsa imagen de algo preexistente, absoluto, objetivo. Algo que no depende de los hombres, de algo existente en sí y por sí. Desde luego, para esa mayoría no puede ser de otra forma, es imposible que manteniendo su condicionamiento concluyan de otro modo.

Por otro lado, la minoría que se descondiciona de los valores mayoritarios de esa cultura, lo hace al entrar en contacto con otras culturas, asimilando alguno de los valores de éstas. Lo normal es que se revisen cuidadosamente los valores en su racionalidad produciéndose entonces o bien su rechazo o bien su admisión. Pero ya, el valor no será absoluto, dependerá en parte de ese ser, de ese hombre, lo que equivale a decir que los valores dependen de los hombres.

10) LA FILOSOFÍA DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA: EL DERECHO NATURAL COMO VALOR

Desde una posición iusfilosófica que responda a los planteamientos de la Filosofía de la experiencia jurídica, la Filosofía del Derecho «posee una dimensión deontológica que representa la concreción histórica de la herencia iusnaturalista» (33), entendida como «un conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo inte-

(33) *Lecciones de filosofía del derecho*, Sevilla, Departamento de Filosofía del Derecho, 1982, pág. 111.

gran, así como las teorías que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos» (34). Así no resulta temerario afirmar que en el marco de la cultura occidental, los primeros principios, los valores de esta sociedad, se concretan, por lo que al Derecho se refiere en este moderno concepto de Derecho natural.

En efecto, a lo largo de todo el trabajo se ha pretendido dejar claramente señalado la estrechísima relación de dependencia entre el hombre y sus propias creaciones. El Derecho, como los valores, los primeros principios o los principios universales de una cultura tienen su origen y dependen del ser del hombre. De su racionalidad, de la riqueza de su lenguaje que hace posible tanto el discurso como la memoria histórica.

Pero no debemos olvidar que la humana condición depende de la madre Naturaleza, que en continua oposición al incremento de la 'entropía' (35), hizo que la casualidad (por ahora no disponemos de mejores explicaciones), condujese la evolución del hombre hacia la sociabilidad. Hacia la adopción de unas conductas que hacen posible la existencia del grupo humano.

Es un 'hecho' incontrovertible que el grupo humano no puede escapar a su ontología. Sus necesidades naturales son el origen y primer fundamento (dicho en sentido diacrónico) del Derecho del grupo, o lo que es lo mismo, de sus necesidades necesarias. De aquí, que el salto se deba también a la ontología del ser humano, cuando su racionalidad (en términos colectivos e históricos), se proyecte y por inducción llegue a concebir el 'Derecho justo', el 'Derecho de la sociedad ideal', es decir, en la cultura occidental el 'Derecho natural», que con palabras de Pérez Luño, «ha tenido como misión tradicional el servir de criterio inspirador y límite crítico-valorativo de todo el derecho existente» (36).

Como se puede observar, la Naturaleza proporciona el marco y algunas de las condiciones con las que se va a desarrollar el juego; luego, es el hombre y su historia el protagonista. Con ello queda bien sentido que estamos muy lejos de incurrir en la «falacia naturalista» (37), aunque siempre tengamos presente que las leyes descritas por las ciencias físicas afectan a toda la materia y energía existente en el Universo.

(34) *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, citado, pág. 137. Ver también Joaquín HERRERA FLORES, *A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales*, en «Revista de Estudios Políticos» (Nueva época), núm. 45, mayo-junio, 1985, páginas 177 a 212.

(35) Fue el físico alemán Rudolf J. E. Clausius, el que en 1850, formuló la segunda ley de la termodinámica como: el aumento constante del contenido de entropía del Universo. Ello quiere decir, que en el Universo, el caos y la desorganización aumentarán constantemente, hasta llegar a un máximo, en el que se alcanzaría el equilibrio. Así, la vida o toda organización de la materia reduce el caos existente, aumentando el desequilibrio yendo claramente en contra de esta ley. Cfr. Isaac ASIMOV, *Las amenazas de nuestro mundo*, trad. de M. Solanas, Barcelona, Plaza y Janés, 1980, págs. 32 y 33.

(36) *Ibidem*, *Lecciones de filosofía del derecho*, pág. 111.

(37) David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, 2.ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1981, vol. 2, págs. 689-690, donde advierte del cambio, imperceptible, de las cópulas (es) y (no es) a las de (debe) y (no debe), sin justificación.

III
NOTAS

La función de la Filosofía del Derecho como disciplina académica

Por NORBERTO ALVAREZ

Alcalá de Henares

La ligera hostilidad, como reacción de ciertos alumnos suspendidos en la materia que explico, junto a la incomprensión de que exijamos en la misma por parte del profesorado de otras disciplinas de la carrera, e incluso, por los mismos compañeros que imparten, en las distintas facultades, la disciplina que lleva tal nombre, me obligó a reflexionar en torno a la función que una disciplina así, con tal contenido, puede tener. La no aceptación de la materia por parte de la sociedad y el que los alumnos, en gran parte, se limiten a reconocer que la disciplina es amena, que se expone coherentemente y que resulta agradable su lectura, supuso para mí —profesor con exclusiva dedicación— un cierto motivo de enojo con la situación. Si yo estuviera, además, dedicado a la política —esperando ser ministro, o embajador, o director general—, si ejerciera la profesión, viendo así mi forma de realización personal a través del despacho, o si tuviera la ocasión, y falta de escrúpulos, de dar, más mal que bien, tres horas de clase semanales, dedicando el tiempo, básicamente, a actividades más lucrativas, no hubiera significado el caso ningún tipo de descontento. Pero me encuentro en la situación opuesta: me dedico en exclusiva a la docencia universitaria, y en una materia de discutible interés. La alternativa está bien clara: o enfocar la materia hacia temas cargados de utilidad, o dedicarse a otra cosa.

Con este objetivo, y reflexionando sobre los temas de la mal llamada *asignatura* de «Filosofía del Derecho», busqué el sentido social y, en consecuencia, académico, que la disciplina podría tener.

Lo busqué, primero, desde la disciplina académicamente estructurada, con sus partes, con sus clásicos temas. Me encontré con que los temas bizantinos de la antigua concepción del Derecho natural son sustituidos por otros más modernos, pero igualmente carentes de trascendencia práctica. Gran parte de los planteamientos kelsenianos o de Bobbio, etc...., tienen la misma trascendencia práctica —acaso con menos ingenio— que las discusiones de los clásicos, sobre si la Ley Eterna era producto de la voluntad divina o de la razón divina. Atraen más los planteamientos kelsenianos, porque la reacción contra el Dere-

cho Natural que representa despierta simpatía. Pero tan teórica resulta la concepción de la norma en Santo Tomás con en Kelsen, que la elabora después de que la norma está hecha; o el concepto de relación jurídica, que lo presenta pensando en eso que está vigente y que los jueces y las partes tienen en cuenta, al margen de las ideas de nuestros teóricos.

No desprecio esa actividad intelectual, encaminada a la elaboración en exclusiva de conceptos teóricos y sin utilidad; pero me permite criticar a quienes, con actitud sin duda prejuiciosa, prescinden de la Historia del Derecho Natural para centrarse en autores que, aunque más de moda, no son, ni más prácticos ni más agudos. Además, me resulta criticable la preocupación, en exclusiva, por la temática teórica, como si la Filosofía del Derecho careciera de dimensión práctica, cual es la referida, por ejemplo, a la transformación social.

La elaboración del concepto de Filosofía del Derecho como disciplina académica empieza en la función y acaba en el concepto. En otros términos, que al elaborar el concepto de dicha disciplina constituida por temas que explican aspectos del derecho no presentados por las disciplinas particulares —función— se tendrá en cuenta, ante todo, tal función para, en base a la misma, constituir la disciplina adecuada. Es lo que los clásicos de la filosofía, desde Aristóteles, al constatar ese carácter de elemento determinante del ser, en lo que aquí llamamos función, han denominado «Causa Final». Sobre el hilo conductor de las posibles funciones, elaboramos el concepto. En tal sentido observamos que el legislador, al dictar la norma, expresa ese deseo de protección de un interés; desde otra perspectiva, de un Derecho Natural. Así, castiga al homicida, protegiendo la vida humana; castiga el robo, protegiendo la propiedad privada; y, protegiendo este mismo interés, exige responsabilidad civil por demora en el pago de la deuda. Se diferencia, así, la norma, constituida por la disposición, del interés —quizá valor— protegido por la misma. La ciencia jurídica, en sus distintas partes, viene prescindiendo de la fundamentación de la norma, estudiando el sentido exclusivo de sus palabras. Y afirmamos que no es tener una visión completa del derecho lo que consiste meramente en el conocimiento del contenido de sus disposiciones, prescindiendo de la razón motivante de las mismas: el interés que protegen. En síntesis, un conocimiento plenario del derecho implica el estudio de la realidad «Derecho» en lo que es su contenido, pero, sobre todo, en lo que constituye su razón de ser: ¿Protege la norma un valor o simplemente un interés? ¿Ese interés lo es de clase, de toda la sociedad...? Preguntas como éstas están en la base de cualquier ordenamiento jurídico, y piden la respuesta del estudioso del mismo.

En principio podrían ocuparse las disciplinas particulares de la contestación a tales preguntas; pero la reiteración innecesaria pide la autonomía metodológica para tales planteamientos. En tal sentido la fundamentación de la propiedad privada como valor, afecta, por igual, al Derecho penal, en el que norma y penalista parten de que la propiedad es un valor como Derecho civil, administrativo, mercantil, etc.... En tal sentido, la normativa que regula la expropiación forzosa, sujeta a

la Administración a limitaciones no concebibles si no partiera el legislador de que la propiedad privada es un valor; normativa y estudio, que cae en el campo del Derecho administrativo. De igual modo, la normativa referida a la letra de cambio, que cae en el campo del Derecho mercantil, carecería de sentido si no se partiera de que el librador y el librado, al ser propietarios, son portadores de un interés que conviene defender.

Los ejemplos aducidos parten del valor «propiedad» para referirse a las distintas normativas enmarcables en las distintas partes del Derecho; pero los ejemplos se repiten con los distintos intereses —Derechos naturales, dirán algunos—, vida, libertades, etc..., en que podemos pensar. El carácter, sin embargo, de su referencia a las distintas partes del Derecho, hace, como se apuntó, necesario su estudio autonomizado, dejando el estudio de las formas específicas de protección de las mismas a las diversas disciplinas jurídicas.

Esta parte de la Filosofía del Derecho, que tradicionalmente se viene llamando «Axiología Jurídica», tiene como función, según vimos, el fundamento del Derecho desde los valores que protege. Es esencialmente crítica, según se ve. Pero yo entiendo que, al margen del carácter axiológico de sus juicios, es posible la formulación de juicios de interés, que justifiquen la existencia de tal parte, en una Filosofía del Derecho de inspiración positivista. Lo que fue un criterio de legitimidad, constituido por valores, se presentaría así como un criterio de valoración constituido por una determinada concepción del interés. Es aquí donde podemos enmarcar una concepción filosófico-jurídica de inspiración marxista-positivista, o positivista simplemente.

Es a este tipo de juicios —posibilidad de formular juicios, más que de valor, de interés— a lo que responde la denominación de «Positivismismo crítico» en la que Kelsen se enmarca. Pero el hecho de que el Derecho natural en el que los ordenamientos de determinada concepción se inspiran se encuentre consolidado motiva que el estudio de tales fundamentos carezca de interés. Durante el proceso de crecimiento capitalista determinados intereses, considerados valores —es el caso de la propiedad— no se discuten; el interés por su fundamento, tanto para conservadores, como para reformistas, es mínimo o nulo. Desde la primera perspectiva, porque la institución se encuentra consolidada; desde la segunda, porque la perspectiva de cambio apenas existe, perdiendo interés su tratamiento teórico.

K. Marx decía que una concepción social no aparece mientras no existan al menos ciertas posibilidades de implantación. ¿A donde se orientan, en estos casos de desarrollo económico del sistema, los estudios del Derecho?

A la temática con demanda social, a la resolución de problemas que la sociedad tiene planteados. Más que a la fundamentación de la propiedad, a la regulación precisa de la misma: letras, cheques, formas de indemnización, etc.... Más que a la sustitución de un Derecho natural, a la concreción precisa del mismo en un coherente Derecho positivo.

Con esta pésima perspectiva —y más por la inercia de la tradición que por el interés de los temas— la Filosofía del Derecho queda redu-

cida a la eterna monserga de si el derecho es esencialmente justo o no, de si es coactivo o coercible, de si la moral es, en cierto modo, coercible, o carece de cualquier forma de referencia a la fuerza. Temas todos de interés pero, exclusivamente, teóricos, que, ante la urgencia de remediar los problemas que la humanidad tiene delante —guerras, enfermedades, opresión social— hacen ver la disciplina como un divertimento.

Hasta aquí las cosas son así: Mantenemos, a menudo, discusiones bizantinas que no tienen más sentido que el escuchar cualquier sinfonía de Beethoven. Pero existe, en algunos momentos históricos, un vivo interés por la disciplina: son los momentos de cambio social. Y no me refiero tan sólo a los momentos de cambio de un modo de producción, sino también de transformación dentro del mismo. Recuérdese la difusión que, por su carácter práctico, tuvo en España la Teoría de los Derechos Humanos. En aquel momento, la crisis de valores del régimen anterior hacían necesario buscar nuevos valores en los que fundamentar el nuevo sistema. La concepción de los Derechos Humanos que la sustituye cumple así un papel práctico como lo cumple hoy en Chile, o en Guatemala— que aviva el interés por lo que es una parte —Axiología— de la Filosofía del Derecho.

¿Pero hay que esperar a momentos de transformación para que la disciplina tenga interés? Quizá esta razón ya baste para mantenerla como asignatura en el marco de las facultades de Derecho, dado que esos momentos de transformación llegarán y la teoría no se improvisa; esto es, que la ruptura con la teoría anterior dificultaría, en gran manera, su elaboración en la etapa siguiente.

Prefiero, sin embargo —por ser más inmediata su orientación práctica— que la explicación de lo que ha de ser una «Axiología Jurídica», se centre en valores de mayor actualidad: los temas del aborto, divorcio, libertad sexual, etc..., son valores nuevos que piden relevar otros. Resulta más práctico, y, así, de más interés, centrar la explicación en estos temas, que en la desaparición del Estado y del Derecho por ejemplo. Pero, además, resulta posible, desde su estudio, conectar con los grandes y universales problemas de la Filosofía y, en ella, de la Filosofía del Derecho. El análisis, por ejemplo, del aborto, divorcio, nuevas libertades sexuales, nos plantea el problema de su aparición aquí y ahora, y de su no existencia en otros momentos de la Historia. Lo que nos lleva, en su contestación, a planteamientos filosóficos como el del carácter dialéctico de la realidad y, en este caso, de las Ideologías, la vinculación de las mismas a una economía en continua evolución; y, así, toda una serie de problemas generales constitutivos de planteamientos filosóficos en el sentido estricto.

Me he referido aquí, siempre a título de ejemplo, y con el fin de presentar una axiología actualizada, a los temas del divorcio, el aborto, la libertad sexual. Podría referirme a otros muchos, como el derecho a la salud, al medio ambiente...; temas que responden a las exigencias de una sociedad capitalista avanzada. Los clásicos temas de los Derechos Humanos: derecho a la libertad de expresión, división de poderes, seguridad jurídica, en su versión original, sin los matices exigidos por

una adecuación a la sociedad moderna, sin dejar de tener interés deberían sustituirse por aquellos. Y esto en base a dos razones: primera, la iniciación del alumno en la Filosofía del Derecho exige orientarle hacia temas que suponen la innovación del sistema vigente. La concepción de los Derechos del Hombre clásica la refleja ya la Ley: hay libertades formales, división de poderes, seguridad jurídica; al menos con el nivel de exigencia con que la teoría los explica. Ahora conviene presentar, en las Facultades una teoría crítica de aquella que supone también un paso a lograr en el próximo sistema o en la próxima legislación.

Pero, además del contenido ideológico innovador que nuestra disciplina puede transmitir, el sentido crítico que debe, a su vez, comunicar, no se logra desde la explicación de esquemas conservadores, reflejados en la legalidad. En otros términos, si algo de verdad resulta apreciable de la Filosofía del Derecho, es la educación del jurista para la crítica de la ley; lo cual, aparte de un método lógico-racional, supone una disposición —actitud emocional— para ello. Una formación filosófica de contenido conservador dispone al alumno, más que a criticar la ley, a fundamentarla ideológicamente; una educación filosófica basada en criterios innovadores, que niega legitimidad a la ley, incluso al sistema, dispone al alumno, futuro jurista, para la crítica al sistema.

Pero al jurista, que le plantea problemas, como acabamos de ver, lo que debe ser el contenido de la ley —la conducta que debe existir en consonancia con la defensa de un interés— se le plantea, a su vez, el problema de cuál ha de ser el soporte, y los medios, para hacer realidad estas conductas. Conceptos como el de ley, relación jurídica, derecho, persona, piden ese estudio autonomizado que constituye otra parte de la Filosofía del Derecho.

Se plantea algún problema en relación con esto, el referente a la posible confusión con lo que es la Teoría General del Derecho positivista, saber eminentemente inductivo sin otra base de elaboración conceptual que el Derecho. Tal reflexión intelectual no la considero filosófica, los conceptos generales que resultan subsumibles en la Filosofía del Derecho son trascendentales, pero también críticos. En otros términos, trascendentales por su generalidad; y críticos, porque responden, no a una inducción fotográfica de la realidad normativa, sino a una reelaboración, desde la perspectiva de lo que es su fin, y los medios de que dispone el Derecho. En conclusión: mientras que la Teoría General del Derecho se pregunta por lo que el Derecho es, la Filosofía del Derecho indaga en lo que el Derecho debe ser.

Pero el carácter totalizador de la disciplina —con las limitaciones propias de su reducido objeto— no queda reducido a los aspectos de estudio del Derecho que vimos hasta aquí. Al estudioso del derecho —también al estudiante— se le presentan problemas en relación con la certeza de aquello que cree saber.

Se infiere de esto la necesidad para el jurista de un estudio introductorio a los diferentes métodos de estudio del Derecho. La evidente similitud entre esta forma de estudio y las vistas nos lleva a situarla en la Filosofía del Derecho. En otros términos, que se dan en esta

parte, el carácter trascendental y crítico de su forma de estudio. Trascendental, en cuanto sus juicios epistemológicos no se reducen a las formas de estudio de disciplinas concretas sino que son como el método general orientador de formas de estudio más determinadas, enmarcables en las partes de la llamada Ciencia Jurídica. Y crítico, en tanto y en cuanto permite valorar formas de estudio más concretas del Derecho. Tal valoración no se hace desde criterios éticos o de interés, sino de coherencia; no tomando como referencia el interés, sino la verdad.

Nos sorprende el problema de cómo es posible afirmar que sólo una parte de la disciplina se ocupa del método. Cualquier afirmación, científica o filosófica, tiene una función orientadora de los juicios más concretos; y, en consecuencia, del método. Pensemos en la tesis de que «el derecho es manifestación de la voluntad - interés de la clase dominante», juicio de realidad referido a cualquier sociedad, pero juicio constitutivo de método, en la medida en que sirve de criterio orientador al sociólogo: Por ejemplo, si hago un estudio sociológico del Derecho en España, parto ya de que existen conexiones importantes del Derecho con la voluntad - interés de la clase dominante. Partiendo de tal aserción general, observo las conexiones concretas, en España, entre el Derecho y la clase dominante española: el principio general ha servido de método en la investigación más concreta. El mismo sentido metodológico se puede encontrar en el común de los juicios que forman las otras dos partes —Teoría y Axiología— de la Filosofía del Derecho.

¿Qué justifica, entonces, llamar sólo a una parte de la disciplina «Metodología Jurídica»? Si bien el conjunto de los juicios pueden servir de criterio orientador hacia juicios más concretos, lo específico de los estrictamente metodológicos lo constituye su referencia directa a la actividad —juicio— intelectual. Mientras que aquéllos están referidos a ésta, sólo, indirectamente (el juicio «Clase dominante» se refiere directamente a la realidad sociológica, aunque indirectamente orienta la actividad intelectual), el juicio de que «estudiar la realidad sociológica, supone vivirla» para inductivamente elaborar sus leyes, es un juicio directamente referido a la actividad intelectual, aunque, indirectamente, referido a la realidad sociológica, dado que de ella se puede decir que es estudiable de tal manera.

De lo visto, hasta el momento, se desprende que la Filosofía del Derecho tiene siempre una función crítica, ya de fundamentación, ya de búsqueda de criterios que permitan construir un mejor Derecho y una mejor forma de estudiarlo.

Situados aquí y ahora, imaginando una Filosofía del Derecho de contenido innovador, el juicio en torno a su función será distinto, formulado por un conservador o por un progresista. El segundo admitirá, como funciones de aquélla, lo que hasta aquí hemos apuntado. El primero considerará conveniente sustituir su carácter crítico por la descripción histórica, la retención de conceptos de Sto. Tomás o de Kelsen, pero siempre anodinos, y nunca lesivos, para las actuales estructuras. Una disciplina, pues, básicamente crítica, en las Facultades

de Derecho, resulta contraria al interés de la clase dominante. Resulta siempre más práctico que quienes tengan un sentimiento cristiano expliquen la filosofía tradicional católica y que la progresía laica, que no gusta de estos temas, se distraiga, en su afición al laicismo, con la Teoría Pura del Derecho o temáticas similares, pero igualmente inútiles. Tal es la presentación ideológica de nuestra disciplina, que tendría un reverso ideal y revolucionario, si los grandes problemas de la Jurisprudencia que están en su esencia se supieran conectar con las exigencias histórico-concretas de la lucha de clases. Con tal contenido muchos universitarios que, en caso contrario se dedicarían al estudio de la misma, no lo hacen. Este desprestigio concuerda con el interés de la clase dominante y se formula en el juicio ideológico: «La Filosofía carece de interés», afirmación, como digo, ideológica que forma parte de lo que es, en su conjunto, la Ideología del modo de producción.

En lógica concordancia con las dificultades presentadas a las disciplinas filosóficas de la carrera, y con su lamentable forma de estudio, notamos también la misma forma de estudio deficiente en las disciplinas restantes tocadas por el mismo defecto: la función ideológica. Al alumno, que debe aprender las palabras solemnes del legislador identificado con la Verdad, sólo muy rara vez se le estimula a la crítica, incluso técnica. Al culminar los estudios con una oposición, el aprendizaje memorístico y acrítico se acentúa: No ya el contenido, sino la misma forma de las leyes y de los textos que interpretan fielmente la legislación, serán repetidos por el opositor.

Este sistema inhumano al que ni sus mismos protagonistas justifican, no es sólo fruto del capricho de un cuerpo de profesionales que reduce, así, el ingreso de aspirantes en el mismo, constituye la técnica adecuada de forjar un espíritu de fidelidad a la Ley —y con ello al sistema que refleja— de los funcionarios que habrán de aplicarla. El sistema, por ejemplo, no necesita jueces críticos —a veces muy perjudiciales— sino jueces fieles a la Ley. ¿Cómo forjar esta actitud de fidelidad a la Ley? Ante todo, haciéndoles conocer su contenido, pero también su exacta forma gramatical —número exacto del artículo, términos exactos de redacción y estructura gramatical, etc....— Esto, que comunmente se ve como carente de sentido, contribuye a anular el sentido crítico del universitario, adiestrándole al más absoluto respeto a la legalidad vigente, que es lo que necesita el sistema de sus funcionarios para poder mantenerse.

Desde esta perspectiva, pues —y conecto con lo dicho anteriormente— una filosofía actual y crítica de los fundamentos del Derecho (Axiología y Teoría Crítica del Derecho), y de su estudio (Metodología) podría ser perjudicial para el sistema y la clase dominante. Resulta preferible mantener un programa que contente, en ocasiones, con Santo Tomás; en ocasiones, con Kelsen; manteniéndonos a todos ajenos a tan peligrosa crítica.

Yo por mi parte, procuro en mi enseñanza de la disciplina orientar al alumno hacia posiciones críticas de la sociedad en que vive. Crítico, en el doble sentido, de conocedor de un método, pero también —y de

modo fundamental— en el de con una actitud de prudente contestación ante la inconveniencia social. En el logro de esta doble orientación, procuro que el alumno se ejercite en la crítica de instituciones actuales, teniendo como método de análisis —no es el único posible— el Materialismo histórico; teniendo como objetivo en el curso, fundamentalmente, la motivación, que el alumno vea —mejor sienta— el valor indescriptible de saber criticar, y comience —para otros es un final— la reflexión crítica sobre el Derecho, para la que el curso de Filosofía, en la carrera, es sólo un comienzo.

Moral, derecho y libertad

Paz

Por Dr. LUCIANO BARCIA MARTIN

Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Razón del título.—II. Moral y Derecho.—III. Moral y Libertad: a) Libertad psicológica. b) Moral y Libertad social y civil. c) Moral y Libertad moral.—IV. Derecho y Libertad.—Conclusión

Muchos de los conflictos sociales, muchas de las guerras son debidas a motivos de orden ideológico. Junto a los conflictos originados por intereses, afán de poder, búsqueda de riquezas, ambición y soberbia de los poderosos, existen otros motivados por defensa de ideales, que ha creado la enemistad entre los hombres, a los que ha llevado al empleo de la violencia, de la fuerza armada.

La confusión entre los conceptos de moral y derecho, la falta de distinción entre obligaciones morales y jurídicas, la indeterminación de facultades basadas en los derechos de la conciencia y las relacionadas con la convivencia social han sido causa de tensiones y luchas no sólo entre los individuos, sino también entre los grupos sociales.

Son muy diversas las teorías que pretenden explicar las relaciones entre lo moral y lo jurídico (1). Es necesario profundizar más, con el deseo de fomentar principios que conduzcan a una mejor convivencia, al fomento de la paz y de la armonía, que son tan necesarias para la Humanidad.

1. RAZON DEL TITULO

Las relaciones entre Moral y Derecho tienen puntos de contacto con la idea y realización de la libertad. La Filosofía del Derecho ha prestado atención a la mutua interrelación Moral-Derecho vislumbrando la presencia de la libertad del hombre.

El profesor Luño Peña afirma del orden jurídico que por medio de él «el hombre puede cumplir libremente el orden moral... dentro

(1) Cfr. Gregorio PECES BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983, págs. 137 ss.

de la esfera social en que vive. Al delimitar las respectivas esferas *de libertad...* el orden jurídico se nos presenta como *medio* para el cumplimiento del orden moral» (2). Al referirse a Cristian Thomasio como autor de *Fundamenta iuris Naturae et Gentium* dice que escribió «con el propósito de reivindicar frente al Estado la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento» (3).

El profesor López Calera recoge tal interpretación sobre la intención de Thomasio que «se ha dicho... estrictamente política... de poner freno al Estado y reivindicar ciertas esferas de la libertad individual (4).

Recaséns Siches observa que la moral, si bien da normas de conducta a la voluntad, sin embargo no la cohibe, la deja en libertad, que es condición propia del cumplimiento de una norma moral; por lo contrario, «el derecho no se detiene respetuoso ante la voluntad del sujeto, sino que alienta el propósito de encadenarla, si esto es menester, para que el comportamiento debido se produzca» (5).

Prescindiendo, por la limitación impuesta a las presentes reflexiones, de otros filósofos conocidos (6), cabe afirmar que en el pensamiento de Kant y de su discípulo Fichte aparece la libertad en la línea que distingue o separa Moral y Derecho (7).

Mas, aun cuando la idea de libertad aparece en las reflexiones filosóficas que contemplan la Moral y el Derecho, sin embargo tales reflexiones no se centran de una manera directa en la idea de la libertad o no sacan todas las consecuencias que este planteamiento lleva consigo. Es necesario seguir reflexionando. Tal voluntad es la que preside el presente trabajo.

El seguimiento de la propia conciencia, unido al respeto que se merecen los derechos de los otros en razón a la legítima libertad que les es propia, deben contribuir a la concordia entre los hombre, a la Paz, que sería el resultado final de la recta convivencia.

II. MORAL Y DERECHO

«El problema de las relaciones entre Moral y Derecho tiene una larga tradición histórica, de la que no se han derivado soluciones definitivas. Calificaciones clásicas del problema como "Cabo de las tem-

(2) Enrique LUÑO PEÑA, *Derecho Natural*, Ed. La Hormiga de Oro, 4.^a ed., Barcelona, 1961, pág. 86.

(3) E. LUÑO PEÑA, *Ib.*, pág. 372.

(4) Nicolás María LÓPEZ CALERA, *Derecho Natural*, Universidad a Distancia, Madrid, 1978, pág. 48.

(5) Luis RECASÉNS SICHES, *Vida humana, Sociedad y Derecho*, Edit. Porrúa, México, 1952, pág. 175.

(6) Puede verse una relación, limitada, en la obra citada del profesor PECES BARBA, págs. 137 ss.

(7) Para KANT, el Derecho es «el conjunto de condiciones bajo las cuales la libertad de uno puede conciliarse con la libertad de los demás conforme a una ley general de libertad».

FICHTE afirma: «tengo que limitar mi libertad ante la idea de la posibilidad de la libertad de los demás, a condición de que los otros hagan lo mismo». Son frases conocidas de estos autores.

pestades", "Cabo de los naufragios" manifiestan claramente las dificultades que entraña su respuesta» (8). ¿Cuál es el campo de la Moral y cuál el campo de lo jurídico? ¿Hasta dónde llega o puede llegar la regulación jurídica de la acción propia del hombre? ¿La norma jurídica puede tener la misma extensión de la norma moral? ¿Hasta qué punto pueden ser distintas e independientes?

Las dificultades para dar una respuesta satisfactoria tienen múltiple origen. Derivan del concepto que se tenga sobre la naturaleza y fin del hombre (9), sobre su libertad y por consiguiente sobre su actuar como medio de lograr la plenitud de su ser; de la confusión entre usos y costumbres sociales con la religión, lo moral y lo jurídico; de la no separación entre razón y revelación sobrenatural; de la pretensión de atribuir al Estado un poder absoluto capaz de ordenar las manifestaciones de la vida del hombre, incluido el pensamiento; de la pretensión habida aun en el campo católico de que los Estados sean instrumentos directos de la acción de la Iglesia para la salvación eterna de los hombres; de los variados conceptos acerca de la justicia.

No sólo en las etapas más antiguas de la Humanidad, sino también en la Roma precristiana encontramos identificación de las esferas religiosa y política, así como de los correspondientes órganos de poder; en el año 12 antes de Cristo, Octavio Augusto asumió el título de Pontífice Máximo incorporado a su dignidad imperial. Las persecuciones de los cristianos dentro del imperio romano son debidas en parte al deseo de los emperadores de ser tenidos y adorados como dioses, origen de toda moral y de todo derecho. Las guerras religiosas pueden haber tenido como origen el deseo de los poderosos de encarnar dentro de las prerrogativas de su poder la dimensión religiosa de la vida humana. La Reforma luterana llevó a los príncipes seculares a proclamar el principio «cuius regio eius religio», a lo que respondieron los príncipes católicos, el Emperador Carlos y el Rey Felipe II asumiendo como deber propio de su investidura laica la defensa de los ideales del catolicismo...

La confusión entre lo religioso y lo jurídico, entre lo temporal y lo espiritual se observó también entre lo moral y lo jurídico.

Son dignos de todo interés los estudios que se hagan acerca de las teorías que se fijan en las relaciones entre Moral y Derecho. No se ha agotado la investigación, incluso sobre el pensamiento de Thomasio, del que se dice que afirmó en demasía la distinción y separación de aquellos campos, apartándose del pensamiento filosófico más común hasta su tiempo.

La limitación del trabajo no impide que recoja algunas palabras de Santo Tomás acerca de la Justicia y de la Moral, sobre las cuales puede decirse lo que el profesor Peces Barba afirma de la relación Derecho y Poder que «era difícil plantear en la Edad Media... tal como la vemos hoy» (10), pero que siguen siendo luminosas y acordes con

(8) Nicolás M.^a LÓPEZ CALERA, ob. cit. pág. 45.

(9) Cfr. Luciano BARCIA MARTÍN, *La dignidad de la persona humana*, en «Persona y Derecho», Rev. de la Universidad de Navarra, 1975 (2), 441 ss.

(10) Ob. cit. pág. 30.

las enseñanzas del Concilio Vaticano II acerca de la libertad religiosa. «La razón de la justicia, nos dice el Aquinate, es aquella por la que se mantienen la sociedad de los hombres entre sí y la comunidad de vida. Luego la justicia se da sólo sobre las cosas que se refieren a otro» (11). «Y por lo tanto, como la justicia se ordena a otro, no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino solamente las acciones y cosas exteriores, conforme a cierta razón especial del objeto, esto es, en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro» (12). «La materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa que por ella usamos, es proporcionada a otra persona a la que somos ordenados por la justicia. Ahora bien, llámase suyo —de cada persona— lo que se debe según igualdad de proporción y, por consiguiente, el acto propio de la justicia no es otro que dar a cada uno lo suyo» (13). A las palabras con las que Santo Tomás se refiere a la justicia, cuyo objeto es el derecho, hemos de unir otras, válidas para conocer su pensamiento sobre las relaciones Moral-Derecho. «Cuantas cosas pueden ser rectificadas por la razón son materia de la virtud moral, que se define por la recta razón, como expone Aristóteles. Pueden, pues, ser rectificadas por la razón tanto las pasiones interiores de alma como las acciones y cosas exteriores que están al servicio del hombre. Pero en las acciones y cosas exteriores, por las que los hombres pueden comunicarse entre sí, se considera el orden de un hombre a otro; en cambio en las pasiones interiores se considera la rectificación del hombre en sí mismo» (14). Expone su doctrina el Aquinate no como simple jurista sino como teólogo, incorporándola al sistema general de su teología moral. Por eso ha enfocado la consideración del derecho desde la justicia que es una de las virtudes cardinales o principales sobre que descansa y gira todo el orden moral, aquella que regula la actividad social del hombre. El derecho, como la justicia, es a la vez ley ética; el derecho natural, porque forma parte esencial de la ley natural y divina; el derecho positivo, porque deriva su fuerza obligatoria del derecho natural. Los derechos subjetivos son facultades morales basadas en la ley justa que otorgan poderes morales e imponen a otros obligaciones también morales. El deber jurídico es a la vez deber ético, que tiene en la ley moral la fuente y fundamento de su obligatoriedad; lo debido a los otros es debido en relación con el fin último y la propia conciencia (15).

El campo de lo moral, por consiguiente, no se identifica con el campo de lo justo, siendo éste más limitado que aquél, dentro del cual está enmarcado. El ejercicio de la libertad individual y social es también diverso en ambos campos.

(11) STO. TOMÁS, *S. Th.*, 2.^a 2.^{ae} q. 58, ad 2 sed contra.

(12) *Ibíd.*, q. 58, Resp.

(13) *Ibíd.*, q. 58, a. 11, Resp.

(14) *Ibíd.*, q. 58, ad. 4.

(15) Cfr. FR. TEÓFILO URDANOZ, *Introducción a la Cuestión 58*, de la

III. MORAL Y LIBERTAD

Entiendo por *Moral*, de una parte, el conjunto de normas que regulan la actividad total del hombre en orden al logro de su perfección espiritual. En otro sentido, se entiende por *Moral* la conducta humana en cuanto por medio de ella construye aquella perfección. Encontramos criterios muy diversos acerca de su contenido en razón a las varias concepciones que existen acerca de la naturaleza y fin del hombre. Para mí, de conformidad con la doctrina católica, el hombre, compuesto de alma y cuerpo, es un ser creado por Dios, elevado a un orden sobrenatural y unido con la divinidad por múltiples lazos de dependencia, destinado a la consecución de un fin sobrenatural a cuya consecución ha de dirigir toda su actividad. Esta actividad ha de ser: a) *psicológica*, y b) *social o civilmente libre*, no c) *moralmente libre*.

a) *Libertad psicológica*

Libertad psicológica es el dominio de los propios actos, la posibilidad de determinarse internamente tanto a la elección del fin supremo de la vida, como a la elección de los medios o actos propios de la actividad concreta. La libertad psicológica deriva de la misma naturaleza racional del hombre, que es capaz de decidirse por sí mismo y de ser dueño del propio comportamiento. En el complejo psicológico de motivaciones, de influencias externas e internas sobre la actuación del hombre, ha de hacerse posible a éste la facultad de hacer la última elección. La libertad psicológica es punto de partida y condición necesaria para el desarrollo humano. A través de la acción siempre difícil y condicionada, muchas veces traicionada y desoída de la libertad de elección, el hombre construye su vida hacia la libertad de autonomía. «La libertad de elección es un rasgo humano que emerge, en última instancia, respecto a toda una serie de elementos físicos, biológicos y psicológicos que configuran, en su totalidad, al ser humano» (16).

La presencia de la libertad psicológica dice relación con el aspecto moral en doble vertiente. En primer lugar con relación a la persona poseedora de la libertad, a la cual no es lícito un comportamiento que le lleve a la privación de las facultades que por naturaleza posee y debe ejercitar: la memoria, el entendimiento y la voluntad. Al hombre no corresponde una libertad moral de disposición sobre su libertad psicológica; obra contra los principios propios de la ética quien adopta actitudes o realiza actos que le lleven, sin causa justificada, a la privación, lesión o disminución de su facultad de autodeterminación (17). En segundo lugar, la libertad psicológica está relacionada con terceras personas y con la sociedad, con el Estado y sus órganos de poder, a través del campo de lo jurídico: el derecho a la propia personalidad y

(16) Gregorio PECES BARBA, ob. cit., pág. 60.

(17) Cfr. Francisco PUY MUÑOZ, *Derechos humanos*, vol. 3.º, *Derechos civiles*, Imp. Paredes, Santiago de Compostela, 1983, págs. 23 ss.

libertad psicológica de que son titulares todos los hombres exige de los demás un respeto sagrado, como debido a bienes, los más íntimos, del hombre. Cualquier atentado a dicha libertad es contrario a derecho y, en la misma medida, contrario a la moral. Las posibilidades de atacar la dignidad humana por este flanco, el uso de procedimientos que podemos calificar como *torturas*, ha conocido un avance espectacular en nuestro tiempo (18).

b) *Moral y Libertad social o civil*

Con esta expresión —libertad social o civil— me refiero y afirmo la existencia de un campo de la vida humana, en el cual el hombre goza de autonomía ante los demás hombres, considerados éstos de manera individual y privada, o enmarcados en una sociedad de carácter civil (Estado) o religioso (Iglesia). El ámbito de libertad de actuación, también externa, no tiene otros límites que los determinados y fijados por el derecho de los otros.

Las personas individualmente consideradas han de respetar la libertad de acción de los demás, en todos los ámbitos en los que se manifieste esta acción. Al individuo corresponde respetar la libertad de creencias, de pensamiento, de expresión, de conciencia, de movimiento... de los demás; tales libertades son proclamadas en las declaraciones de derechos, en los pactos internacionales, en las Constituciones. Ambito especialmente digno de respeto es el religioso. Sólo pueden impedir los particulares el ejercicio de la libertad ajena, cuando éste se oponga al ejercicio de los propios derechos. Las leyes de los Estados regulan el ejercicio de la legítima defensa, cuando concurren ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra el de agresión ilegítima «de la persona o bienes, propios o ajenos» (19).

La sociedad civil, el Estado y sus órganos de poder deben respetar la libertad de las personas tanto físicas como morales, con las cuales entran en contacto, sin excluir las que viven dentro de sus fronteras, en su territorio y sometidas a su soberanía. El poder de ordenación de la actividad social al bien común, propio del Estado, no es tan absoluto que no pueda hablarse de derechos humanos, de libertades fundamentales que ha de respetar, de actuaciones y determinaciones de los individuos y grupos sociales que ha de reconocer y promover. Los límites al ejercicio de estos derechos no pueden ser otros que los exigidos por la recta convivencia, por el derecho de los demás. Lo que se afirma de los Estados, cabe afirmarlo, en las debidas proporciones de la Sociedad internacional.

Las declaraciones de derechos, los pactos internacionales se manifiestan en este sentido.

A la libertad social o civil se refiere el Concilio Vaticano II en su Declaración *Dignitatis Humanae*, proclamando la Libertad Religiosa.

(18) Cfr. Fco. Puy Muñoz, loc. cit., pág. 31.

(19) Cfr. art. 8 del Código penal español, Reforma por Ley 8/83 de 25 de junio.

Afirma el Concilio que «la única verdadera religión se verificó en la Iglesia Católica» (20); también declara que «la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa... (que) consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar en contra de su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado o en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos»; el fundamento de ello es la dignidad de la persona humana (21). De esta dignidad de la persona humana habla frecuentemente el Pontífice reinante, como hace en la Encíclica *Redemptor Hominis* y lo hizo en el discurso dirigido al Cuerpo Diplomático reunido en la Nunciatura Apostólica de Madrid el día 2 de noviembre de 1982: «Los derechos del poder civil no pueden ser entendidos de otro modo más que en base al respeto de los derechos objetivos e inviolables del hombre...» (22).

El disfrute de la libertad social, en el aspecto religioso, supone, por una parte, que el Estado no impida las manifestaciones religiosas; por otra parte, implica que el Estado no imponga obligaciones de carácter religioso, no legisle cual si estuviera dotado de poderes con este contenido. La historia y la experiencia nos ofrecen múltiples actuaciones del poder civil atentatorias del derecho a profesar en libertad y respeto hacia los demás una determinada religión. Mas también los Estados, los detentadores del poder, han lesionado la libertad civil de carácter religioso imponiendo como civiles deberes que son de orden estrictamente religioso (23). Con carácter general se lesionaba la libertad social religiosa, cada vez que el poder estatal asumía como propio, hacía ley del Estado como tal el ordenamiento jurídico de la Iglesia. Claro es que las demás confesiones religiosas en Occidente han ido más lejos en la violación del derecho a la libertad religiosa de sus súbditos.

El reconocimiento de la libertad civil en el orden religioso es compatible con la confesionalidad religiosa de los Estados.

De las tensiones —faltas de paz— derivadas de la violación de este derecho nos ofrece pruebas abundantes la historia.

La voluntad de la Iglesia de respetar la libertad civil de los hombres se manifiesta en la citada declaración *Dignitates Humanae* y se refleja en disposiciones del Código de Derecho canónico vigente. Esta práctica es consecuencia de la libertad del acto de fe enseñada por Cristo. La historia, sin embargo, nos puede ofrecer actuaciones de eclesiásticos que no hayan respetado la libertad: Tal menoscabo supuso en grado proporcional una contribución a las tensiones y falta de libertad entre los hombres.

(20) Declaración «Dignitatis Humanae», núm. 1.

(21) *Ibid.*, núm. 2.

(22) Cfr. Mensaje de Juan Pablo II a España, BAC popular, 1982, pág. 66.

(23) Cfr. al respecto Luciano BARCIA MARTÍN, *Matrimonio y Libertad civil en materia religiosa*, Universidad de Santiago, 1976.

c) *Moral y Libertad moral*

Libertad moral es la liberación, carencia o no existencia de normas directivas de la conducta humana en orden a su perfección espiritual. Supone la negación de toda ética en la consideración del hombre ante sí mismo, ante los demás y ante el Ser Supremo.

Desde mis convicciones católicas no es congruente aceptar la libertad moral, que no promueve la convivencia ni el bien común, ni trae consigo los bienes de la justicia y de la paz, la cual «proviene de la fidelidad de los hombres hacia Dios y hacia su Santa Voluntad» (24).

Ello no obstante, a quien proclame la libertad moral ha de reconocerse la libertad civil y por consiguiente la facultad de obrar conforme a su conciencia, con los límites que al ejercicio de la libertad impone el derecho de los demás.

IV. DERECHO Y LIBERTAD

Entre la variada gama de conceptos con que se manifiesta la idea de Derecho tengo presente aquella que contempla el Derecho como objeto de la justicia, cual aparece no sólo en Santo Tomás, sino en formas de expresarse de gran parte del pueblo y de la Filosofía. Y Justicia es la virtud, hábito constante y perpetuo de dar a cada uno lo suyo. El Derecho y la Justicia tienen relaciones con la libertad humana, psicológica, social o civil y moral.

Ante la libertad psicológica el Derecho tiene una respuesta: Hay que dar a cada uno lo suyo, hay que respetar la libertad psicológica del hombre. El respeto debido a tal libertad es exigible de los particulares y de los grupos sociales. El respeto debido a la libertad psicológica es el respeto debido a la dignidad del hombre.

Ante la libertad moral el Derecho responderá dando al hombre lo que es suyo: la facultad de decidir. No corresponde al Derecho dilucidar si la conciencia moral (la religiosa incluida) de un ciudadano es ordenada, si se ajusta o no a un orden establecido, es conforme o disconforme con la voluntad divina: al derecho corresponde aceptar *al hombre*, respetar su dignidad, aun supuesto el error de su conciencia. Sujeto de derechos no son el error o la verdad, sino el hombre: Este adquirirá o no la perfección espiritual en virtud de la elección responsable que haga del bien o del mal. Pero *suya* es la elección y a cada uno ha de darse lo suyo. El ejercicio y la manifestación de la llamada libertad moral tiene sus límites en el derecho y libertad de los demás.

También *la libertad civil* está basada en el derecho del hombre cuya es la dignidad. Mas la libertad de actuación externa no es ilimitada, tiene su campo delimitado por la libertad de los demás, que es *lo suyo* de los otros. Y aquí entra el Derecho; «la vida humana afectada por el Derecho es la vida humana social» (25). El Derecho determina lo

(24) JUAN PABLO II, Carta al Secretario General de las Naciones Unidas, en *Insegnamenti*, 1978, pág. 252.

(25) Gregorio PECES BARBA, loc. cit., pág. 61.

suyo de los individuos y de las sociedades (civiles y religiosas) y no es lícito, por ser antijurídico, traspasar los límites de lo *suyo*. El Derecho se detiene y limita la libertad: a) Ante *lo suo de las personas físicas*, que ha de ser respetado por todos: Condición objetivamente necesaria para la paz. b) Ante *lo suo del poder social* a') *Del Estado*, en el ejercicio legítimo del Poder que les es propio. La diversidad de teorías acerca del Estado afecta al concepto sobre su fin y sus poderes. No cabe admitir un poder ilimitado del poder político. Debe defenderse un Estado de Derecho respetuoso con los Derechos Humanos (26). Pero el Estado posee un poder al que en justicia se ha de obedecer, con subordinación al bien común propio de la sociedad civil. b') *De la Iglesia*. Podría hablarse de otras sociedades religiosas, que reúnan las condiciones exigidas por el Derecho, vida, social, y por el respeto debido a la libertad de los otros. Hablo solamente de la Iglesia Católica, no en razón a mis convicciones católicas, sino en razón a la posición relevante de la Iglesia en España por razón de la historia y de la validez social. También a esta sociedad corresponde *lo suo*, que delimita el campo de libertad de todos, incluida la libertad del poder político. c') *De las Uniones de Estados, Sociedad de Naciones, O.N.U.*

¿Quién duda de que el respeto debido a las sociedades, el dar lo *suyo* a los poderes que le son propios, contribuye de manera positiva a la paz?

CONCLUSION

Siendo la actividad jurídica actividad propiamente humana es a la vez que hacer moral, en virtud del cual el hombre se relaciona con la perfección moral. El Derecho es una parte de la Moral. El orden moral objetivo es común a todos los hombres; proviene fundamentalmente de Dios. Pero del orden moral subjetivamente aceptado es responsable cada hombre en el ámbito de la propia conciencia, conciencia que no puede aplicar a los demás: El recto orden moral, incluida la práctica de la verdadera religión, impone a todos el respeto a la legítima libertad de los otros, individuos y sociedades. Y este será un camino para la paz.

Cuanto se haga para delimitar y distinguir los campos de la Ordenación Moral y de la Jurídica, para la defensa de los Derechos Humanos (defensa al fin del Derecho como tal), contribuirá eficazmente a la defensa de las legítimas libertades del hombre y con ello a la defensa de la paz.

(26) El prof. D. Joaquín RUIZ JIMÉNEZ ha presentado en los últimos días una obra titulada «Estado de Derecho y Derechos Humanos».

La filosofía española de los siglos XVI y XVII y el proceso emancipador hispanoamericano: la figura de Francisco Suárez

Por JOSE LUIS MIRETE NAVARRO

Murcia

INTRODUCCION

El objeto de esta ponencia es ambicioso de por sí, debido a lo que se intenta demostrar, pero hay que tener en cuenta que en un Congreso Internacional de Filosofía jurídico-política, es necesario realizar una labor de síntesis, un esfuerzo intelectual, para reducir las ideas y el material, por falta de espacio y tiempo.

Nuestra intencionalidad es doble, en primer lugar exponer la doctrina de la filosofía política tradicional española de los siglos XVI y XVII, pero como el objetivo sería extensísimo, nos contentaremos con resaltar una serie de puntos claves como son el origen del poder, la idea del pacto social y el derecho de resistencia, en concreto, en Francisco Suárez, máximo exponente de nuestro pensamiento tradicional de los citados siglos. En segundo lugar, intentar proyectar este pensamiento en el proceso emancipador de la América española. Nos contentaríamos con aprobar una serie de datos, que sean lo suficientemente reveladores, para demostrar que la emancipación de Hispanoamérica tiene un sustrato ideológico y filosófico-político, que difiere, en parte, de los hechos revolucionarios que acaecieron en América del Norte y en otros países europeos. Estas afirmaciones no quieren ser de una rotundidad que no queramos ver las aportaciones de otras corrientes ideológicas y filosóficas, como la liberal, socioanalista y constitucionalista, que también influyen en el proceso emancipador, pero en un segundo grado.

I

La problemática del origen del poder, la idea del pacto y el derecho de resistencia frente al poder injusto, la desarrolla Francisco Suárez, preferentemente, en sus tratados «De legibus» y «Defensio fidei». Estas ideas tienen sus antecedentes en el pensamiento tomista y son recogidas por la Escolástica española de los siglos XVI y XVII.

Vitoria, Suárez y Mariana hablan de «majestad», en determinadas ocasiones para representar el oficio del príncipe, mientras que el pensamiento europeo califica de «soberanía» este poder o facultad, que no proviene de la comunidad, sino que se encuentra fundamentalmente en el propio oficio del rey: «Solutus a legibus». Estamos apuntando las diferencias entre el pensamiento europeo, en concreto de Maquiavelo y Bodino, con respecto al concepto de soberanía, que no llegó a calar en nuestros tratadistas, al menos hasta el siglo XVII, y no de una forma clara (1).

El siglo XVII supone para el pensamiento filosófico-político español una etapa de decaimiento, donde la filosofía se convierte prácticamente en ética, en guía de conductas para el Príncipe, presuponiendo un mayor reforzamiento de su autoridad, lo que llevará a muchos de nuestros escritores, como es el caso de Saavedra Fajardo, a aceptar un determinado proceso de cristianización de la razón de Estado (2).

Al hacer excesivo hincapié Francisco Suárez en la idea de la transmisión del poder, se le ha calificado de voluntarista, sin enmarcarlo dentro de la corriente tradicional tomista que supone siempre al querer rectificado por la luz de la razón. Sin embargo, este hacer resalta el papel de la voluntad en su doctrina política, justificando su concepción pacticia del Estado, dentro de la línea específica del pacto declarativo, no constitutivo, como sería el caso de los contractualistas T. Hobbes y J. J. Rousseau.

F. Suárez afirma que la sociedad civil no se origina por el hecho de ser creado el primer hombre, se requiere el acuerdo voluntario de los miembros de la sociedad civil (3). El mismo define a la comunidad perfecta para distinguirla de otras agrupaciones como que se constituye mediante la voluntad expresa o tácita de los que se unen por un vínculo social para ayudarse mutuamente a la consecución del Bien Común (4).

(1) Para una mayor comprensión del tema existe un tratado de Luis SÁNCHEZ AGESTA, *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959. Vid. págs. 386 y ss.

(2) «La escolástica española del XVII comprendía la necesidad del Estado Moderno. Se veía la urgencia de un poder fuerte y absoluto y a su justificación se prestaron las doctrinas europeas de Maquiavelo y Bodino». José Luis MIRETE NAVARRO, *Antimaquiavelismo y Teoría del Estado en la España moderna*, «Filosofía, Sociedad e Incomunicación», Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1983, pág. 286.

(3) «La comunidad no empezó por la creación de Adán o por su voluntad. La comunidad se junta por medio del consentimiento y voluntad de los individuos». F. SUÁREZ, *De Legibus*, Lib. III, cap. II,1. La edición empleada es la del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

(4) «De otro modo se ha de considerar la multitud de los hombres en cuanto

La idea del pacto social es una constante en las obras importantes de F. Suárez, de igual modo, en la «*Defensio Fidei*», nos dice acerca de la constitución de la sociedad: «En segundo lugar esto lo confirma magníficamente el parecer de S. Agustín que dice: este pacto general de la sociedad humana obedecer a sus reyes por estas palabras da a entender que la autoridad real y la obediencia que se le debe tienen su base en un pacto de la sociedad humana, y que, en consecuencia, no son de institución inmediata de Dios, pues todo pacto humano se contrae por voluntad humana» (5).

Una vez constituida la comunidad perfecta en virtud del pacto, al instante emana de ella el poder político como una propiedad natural necesaria para su autoconservación y defensa. Por eso es una comunidad libre que tiene la facultad de gobernarse a sí misma. Como nos dice José María Rocafull: «Pero a Suárez no le intimidan estos temores que siente Jacobo I; piensa él que el pueblo está tan obligado como el Rey por el pacto que con él ha hecho, y no puede racabar para sí la autoridad que ya cedió, mientras el príncipe se atenga en su gobierno a las condiciones del pacto y a las normas de justicia» (6). El autor de las presentes líneas se refiere a la polémica mantenida por F. Suárez frente a Jacobo I de Inglaterra, acerca del derecho divino de los reyes y a la constitución de la sociedad.

A las ideas anteriores, F. Suárez les antepone algo que las diferencia del mero pacto constitutivo rusioniano, que el autor de la naturaleza y el poder es Dios: «Así propuestas y distinguidas las cosas, sin la menor ambigüedad y de una manera evidente, puede afirmarse que la autoridad política viene inmediatamente de Dios y que sin embargo, a los reyes y corporaciones soberanas se la ha entregado inmediatamente no Dios, sino los hombres» (7). No ha de entenderse que el poder político se ha creado, únicamente, por el acuerdo voluntario de los hombres. Por el contrario, aquél procede de Dios, como autor de todo lo creado, el cual lo infunde en la comunidad como algo connatural a ella, que brota de su esencia al ser creada la naturaleza. Los hombres sólo disponen la materia constituyendo el cuerpo político que es sujeto del poder. De lo que resulta que por derecho divino y natural el sujeto primario del poder político es la comunidad perfecta, y no un individuo o grupo determinado.

Por otra parte, la comunidad puede retener el poder, por sí misma, y ejercerlo directamente a una o varias personas según las exigencias de la recta razón y del bien común. Ambas cosas son postuladas por el Derecho natural en función de las circunstancias (8). Este pacto po-

especial voluntad o común consentimiento se congregan en un cuerpo político por un vínculo de sociedad, para ayudarse mutuamente en orden a un fin político». F. SUÁREZ, *De Legibus*, Lib. III, cap. II, 4.

(5) F. SUÁREZ, *Defensio Fidei*, Lib. III, cap. II, 11 Edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, vol. II.

(6) José María GALLEGOS ROCAFULL, *La doctrina política del padre F. Suárez*, Editorial Jus, México, 1948, pág. 77.

(7) F. SUÁREZ, *Defensio Fidei*, Lib. III, cap. II, 4.

(8) «El poder es dado en conformidad con la naturaleza racional. Pero la

lítico recibe su validez del Derecho natural, según la norma «pacta sunt servanda». En él, se fundan las diversas formas de gobierno constituidas por decisión popular en el mismo acto de traslación, por lo que, desde ese momento, pertenecen ya al Derecho positivo (9).

Hay que tener en cuenta, que aún después de haberse celebrado el pacto de traslación del poder, el pueblo conserva siempre el mismo en potencia o habitualmente, pudiendo volver a ejercerlo actualmente en algunos casos por el propio Derecho positivo, en virtud del pacto, o por Derecho natural. En este sentido, F. Suárez es más radicalmente democrático que otros pensadores como Vitoria o Belarmino, pues como nos dice José Llinares: «Según el teólogo granadino, la democracia directa tiene un cierto primado de Derecho natural entre las formas de gobierno, ya que antes de cualquier determinación positiva, el poder permanece indiferenciado en todo el cuerpo político» (10). Es una tesis fundada en principios racionales para aclarar una cuestión netamente jurídica: La titularidad legítima del poder (11). Las diferencias con Rousseau son evidentes por lo que respecta al grado de retención de las parcelas de poder que sigue conservando la comunidad: «El pueblo nunca transmite su poder sin retenerlo en hábito para poder usar de él en ciertos casos» (12).

Las doctrinas anteriores de F. Suárez nos permiten adentrarnos en la naturaleza del poder del Estado y sus límites, tema esgrimido a comienzos del XIX en Hispanoamérica, para llevar a cabo el proceso emancipador. Esta fundamentación filosófico-política es la que imprime el carácter hispánico al proceso revolucionario, diferenciándolo de otros posibles fundamentos racionalistas y liberales. Según nuestro autor, el Estado tiene ciertos límites, que son, sobre todo, de índole jurídico-moral, de aquí que surja el problema cuando el poder del Estado traspasa sus límites: ¿Quién está moralmente autorizado a levantarse contra él y a recurrir a la fuerza? El problema se centra en la idea de traslación del poder del pueblo a los gobernantes, cuando éstos se separan del Bien Común del Estado en su modo de gobernar, el pueblo tiene la obligación moral de resistirse a sus dictados, e incluso derrocarles y matarles. Nos estamos refiriendo a la doctrina netamente hispánica del derecho de resistencia.

F. Suárez, como doctrina general, nos dice lo siguiente: «Por tanto, si un rey legítimo gobierna tiránicamente y el reino no tiene ningún otro medio de defensa que expulsar y deponer al rey, el Estado en pleno, con el acuerdo público y común de las ciudades y de los próceres podrá deponer al rey: Lo primero en virtud del Derecho natural,

razón natural dice que no es conveniente a la naturaleza mantener ese poder inmutable en toda la comunidad». F. SUÁREZ, *De Legibus*, Lib. III, CIII, 8.

(9) «Porque en estos casos y otros semejantes, ni basta la designación de la persona ni es separable de la donación o contrato, para que tenga el efecto de conferir el poder». F. SUÁREZ, *Defensio Fidei*, Lib. III, CII, 17.

(10) José A. LLINARES, *Pacto y Estado*, Publicaciones de la Institución Aquiniana, Madrid, 1963, pág. 148.

(11) «La perfecta comunidad política por Derecho natural tiene en sí misma el poder», *Defensio Fidei*, Lib. III, cap. II, 12.

(12) F. SUÁREZ, *Defensio Fidei*, Lib. III, cap. III, 3.

por el cual es lícito rechazar la fuerza con la fuerza; y lo segundo, porque en el primer pacto con que el Estado transfirió su poder al rey, siempre se entiende que quedó exceptuado este caso, necesario para la propia conservación del Estado» (13). De igual modo, en otro famoso texto de la «Defensio Fidei» nos dice: «en cambio, al rey o a cualquier agrupación soberana temporal pudo concederse en un principio un poder mayor o menor, y, después, en el correr del tiempo, quien tenga autoridad para ello podrá cambiarlo o limitarlo según convenga para el Bien Común (14).

Vamos a especificar sucintamente las distintas modalidades del derecho de resistencia, en concreto en el pensamiento de F. Suárez, para aplicarlas al proceso emancipador hispano-americanos: En las obras citadas con anterioridad trata nuestro autor la problemática del tirano y sus distintos aspectos. En primer lugar, se centra en la figura del tirano sin título o usurpador, que en modo alguno es soberano, sino enemigo del Estado. En este caso, cada una de las partes del Estado puede oponerle resistencia e incluso matarle, teniendo en cuenta una serie de condiciones legitimadoras para tal fin. Ante esta situación siempre está justificado el derecho de resistencia activa. En segundo lugar, la figura del tirano por ejercicio: es el tirano en sentido ético, aquella persona que abusa del poder legítimamente conseguido. En este caso, habrá que distinguir y matizar entre dos modalidades de resistencia: la resistencia pasiva y la resistencia activa. Intentaremos destacar algunos de estos supuestos en las distintas etapas del proceso revolucionario hispanoamericano.

II

La independencia hispanoamericana fue un suceso irreversible que antes o después hubiese acaecido. Sin embargo, circunstancias histórico-políticas surgidas en España en 1808, con la invasión napoleónica, más todo el proceso político español que discurre entre 1810 y 1826, aceleraron los acontecimientos. El imperio español se edificó durante siglos en base a un sistema construido sobre la idea del consentimiento, teniendo en cuenta la doctrina suareciana acerca del pacto.

En términos generales: «no había inclinación en cambiar las cosas, y las ideas de independencia política y de gobierno republicano fueron tomadas en consideración por muy pocos individuos» (15). Habrían existido numerosas oportunidades para Hispanoamérica si hubiese habido un auténtico deseo por la independencia política, ya que las fuerzas armadas españolas no podían controlar tan extenso territorio. Fueron las reformas borbónicas, sobre todo en la época de Carlos III, las que comenzaron a socabar la unidad con un excesivo centralismo (16).

(13) *Ibíd.*, Lib. VI, cap. IV, 15.

(14) *Ibíd.* Lib. III, cap. III, 13.

(15) GRAHAM, Richard, *La independencia en la América Latina*, Ed. Knoof., N. York, 1972, págs. 43 y ss.

(16) Como afirma Octavio PAZ: «Las reformas emprendidas por la dinastía borbónica, especialmente Carlos III, mejoraron la economía y lograron mayor

El nuevo Estado que se intentó implantar en América, derivado del Despotismo Ilustrado, chocó con la concepción medieval y escolástica de nuestros territorios, donde se seguía sustentando la lealtad al Estado patrimonial. La consecuencia fue la persistencia del citado pensamiento en base a dos ideales esenciales: la obligación del rey de gobernar con justicia y de acuerdo al Bien Común y, en caso de no ser así, al convertirse en tirano, podría derrocarsele. Además, si el príncipe estuviese ausente por cualquier motivo, el poder retornaría al pueblo, fuente de toda soberanía (17). Como nos dice Rodríguez Varela, experto constitucionalista, la revolución hispanoamericana encontró sus más autorizadas fuentes en el pensamiento tradicional español: «En el largo período histórico que precede a la Declaración de Independencia... dos fueron los aportes doctrinarios que contribuyeron a forjar la idea emancipadora. El primero de ellos tuvo sus más autorizados expositores en los autores neoescolásticos agrupados en la denominada Escuela Española de los siglos XVI y XVII» (18).

La revolución en la América española no fue resultado del fenómeno económico y social que ciertos pensadores pueden sustentar, aunque las corrientes del utilitarismo inglés de Bentham no estuviesen totalmente descartadas.. Esta es la opinión de Andrés Belaúnde al expresar que: «la propaganda para la independencia (libre comercio) que ofrecían los ingleses era un factor mucho menos decisivo que el carácter intrínsecamente hispánico que rehúsa la libertad por razones materiales» (19). De igual modo, la influencia de la Ilustración en la Independencia americana ha sido exagerada aún más que las tesis anteriormente citadas. La Ilustración atentó contra la concepción patrimonial del Estado que seguía en vigor; además, tuvo menor importancia que en la propia Península, y sus raíces no eran tan profundas como para llevar a cabo semejantes acontecimientos (20).

Teniendo en cuenta las ideas aportadas debemos afirmar que una de las causas principales del proceso emancipador fue la filosofía política española, en concreto la de F. Suárez. A mitad del siglo XVIII el pensamiento suareciano resurge con todo su vigor en la América española, hasta tal punto que la Universidad de Córdoba, en 1730, decidió que las doctrinas de F. Suárez fueran enseñadas con exclusión

eficiencia en las transacciones comerciales pero hicieron más patentes la centralización de las funciones administrativas, convirtiendo a la nueva España en una auténtica colonia». Citado por Carlos STOEZTER, *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pág. 261.

(17) KONETZKE, Richard, *La condición legal de los criollos y las causas de la independencia*, Sevilla, 1950, págs. 29 y 30.

(18) Alberto RODRÍGUEZ VARELA, *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, Eudeba, Buenos Aires, 1967, páginas 103 y 104.

(19) Andrés BELAÚNDE, «Discurso» pronunciado en el primer Congreso Hispano Americano de Historia, *Causas y caracteres de la Independencia Hispano Americana*, Madrid, 1953, págs. 35-37.

(20) Carlos STOEZTER, *El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, vol. I, págs. 89 y 90.

de cualquier otra (21). El influjo de las teorías de Suárez se refleja especialmente cuando se tratan teorías políticas sobre el origen del poder civil, como lo prueban documentos de la época. El sacerdote José Francisco Echenique a fines del XVIII escandalizó al gobernador del Río de la Plata cuando afirmó en una conferencia que el poder de los reyes estaba subordinado al de los pueblos (22). Estas doctrinas, en vísperas de la independencia hispanoamericana, fueron una de las causas decisivas para la expulsión de los jesuitas en 1767, por considerarlas subversivas. Estos argumentos nos llevan a la convicción de una afinidad ideológica existente entre los partidarios de la independencia y el pensamiento de los jesuitas expulsados.

La misma idea es compartida por el profesor de Teoría del Estado Manuel Fraga, el cual desarrolla posiciones similares, al diferenciar distintos procesos revolucionarios: «esto explica la diferencia del proceso constitucional en Hispanoamérica y en Norteamérica que siempre ha preocupado a los historiadores. La verdad es que tanto la Historia como la Sociología, deben darnos una respuesta» (23). Teniendo en cuenta la tesis que estamos sustentando, fueron los acontecimientos políticos de la Península los que condujeron a la aplicación de las teorías contractualistas suarecianas de acuerdo con el carácter individualista e idealista hispánico.

Dos fueron los sucesos históricos en donde la aplicación de las doctrinas sobre el poder político y la idea del pacto en Suárez se manifiestan de una manera evidente en el proceso emancipador hispanoamericano:

En primer lugar: Napoleón obligó a los dos reyes españoles a abdicar y puso a su hermano José en el trono. El pueblo español, no queriendo traicionar a los legítimos reyes y admitir a un soberano extranjero sin ser consultado, se negó a reconocer los acuerdos de Bayona. La resistencia recibió el apoyo de los cabildos, que eran el instrumento de libertad en Hispanoamérica. Con la abdicación del rey legítimo se aplicó la teoría del «pactum translationis»; la autoridad civil volvió inmediatamente al pueblo que había designado a sus soberanos. Desde este momento no existía una monarquía legítima hasta tanto no volviese el Rey. Esta fue la proclamación de las Juntas que se establecieron tanto en España como en Hispanoamérica. La Suprema Junta Central y la posterior Regencia, exigieron la lealtad y obediencia de las diferentes partes del imperio español, dentro de un espíritu y tradición liberal.

Tanto los españoles peninsulares como americanos, comenzaron a aplicar las doctrinas de F. Suárez acerca del tirano en la posesión del título, o también denominado tirano usurpador, poniendo en práctica el derecho de resistencia frente al poder injusto, ante una situación de vacío de poder. F. Suárez nos dice en la «Defensio Fidei»: «Comunemente se hace diferencia entre estas dos clases de tiranos y se afirma

(21) *Ibíd.* pág. 73.

(22) *Ibíd.*, pág. 75.

(23) M. FRAGA, *Sociedad política y gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 5.

que al que es tirano en la posesión del título, puede darle muerte cualquier persona particular legitimada que sea miembro del Estado que sufre la tiranía, si no tiene otro medio de librar al Estado de esta tiranía» (24). De igual modo, en el «De Legibus» emplea la doctrina de la guerra como medio de defensa frente al tirano usurpador: «Puede cualquier ciudadano liberarse asimismo y liberar al Estado del yugo del tirano. Y la razón es que el tirano es un agresor y hace una guerra injusta contra el Estado y contra los individuos que lo componen. Y así, todos tienen derecho a defenderse» (25). Los españoles de ambos hemisferios estaban de acuerdo que el régimen de José Bonaparte no representaba al Gobierno legítimo y que, por consiguiente, era un usurpador del poder político. Las consecuencias fueron la aplicación del derecho de resistencia, lo que significó el inicio del proceso revolucionario hispanoamericano.

Esta opinión se encuentra avalada por teóricos argentinos, como Ambrosio Romero Carranza, el cual, analizando el proceso de independencia de su país, nos dice: «No hubo en ese día una insurrección de puro carácter nacionalista como lo afirman unos; ni un simple cambio de gobernantes sin intención de romper con la Madre Patria, como lo sostienen otros. Ni tampoco tuvo el movimiento de mayo un carácter de revolución social. La clave de cuanto sucedió ese día se encuentra en gran parte, en el «ius resistendi» que todo criollo conocía. No se quiso caer bajo la opresión del emperador francés, ni de un gobierno español al que consideraba opresivo» (26). Las Juntas que surgieron del seno de los cabildos, depositarios del poder político estando el trono vacante en el año 1808, llevaron gradual y lógicamente a la constitución de repúblicas independientes, en un tiempo no muy lejano.

El segundo de los acontecimientos que aceleró el proceso separatista de las provincias americanas fue la reacción absolutista (1814-1820) de Fernando VII aboliendo la Constitución liberal 1812, prometiendo, sin embargo, que convocaría un nuevo proceso constituyente (27). La reacción absolutista no pudo ser bien asumida por amplios círculos de jóvenes hispanoamericanos, que aún manteniendo posiciones cercanas a la filosofía escolástica, suponían una versión liberal

(24) Francisco SUÁREZ, *Defensio Fidei*, Lib. IV, cap. IV, 7.

(25) Francisco SUÁREZ, *De Legibus*, Lib. III, cap. X, 7.

(26) Ambrosio ROMERO CARRANZA, *El derecho de resistencia a la opresión*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, pág. 76.

(27) «El Rey, al abolir por el Decreto de 4 de mayo de 1814 la Constitución y toda la obra legislativa de las Cortes de Cádiz, prometiendo, en cambio, reunir otras Cortes a las que habrían de concurrir con los diputados de la Península los de los territorios ultramarinos, pareció abrir una última solución de concordia al problema separatista, pero se olvidó la promesa y se restableció el gobierno absoluto con toda clase de abusos; no era de esperar que el cuadro que presentaba España convidase a volver a ponerse bajo su dominación. Y para que nada faltase se persiguió a algunos diputados venidos de las provincias de ultramar». Ciriaco PÉREZ BUSTAMANTE, *Martínez de la Rosa y la Independencia de la América española*, en «Estudios sobre la emancipación de Hispanoamérica», Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963, págs. 21 y 22.

de la misma (la suareciana), con bastantes influencias del liberalismo europeo. La propia Constitución de Cádiz de 1812 se encontraba impregnada de esta doble composición ideológica que acabamos de resaltar: la filosofía tradicional proporcionaba un realismo moderado asumido en Inglaterra J. Locke, a través Hooker, mientras que el liberalismo rusioniano proporciona a las dosis de optimismo y exaltación de los derechos individuales absolutos.

A estas premisas filosóficas-políticas habría que añadir algún hecho histórico significativo como el Decreto de 25 de marzo de 1810, dado por las Cortes españolas reunidas en Sevilla, donde se proclamaba la igualdad de los españoles de ambos hemisferios, hecho que nuestros liberales olvidaron prontamente. Ante esta situación, el proceso revolucionario que en un principio fue de facto, se convirtió en un hecho latente e irreversible. El pensamiento de F. Suárez también fue utilizado en este segundo momento. La figura fue la del gobernante legítimo que, abusando del poder concedido por el pueblo, se convierte en tirano: «por la misma razón, si el rey su legítimo poder lo convirtiera en tiranía abusando de él en manifiesta ruina del Estado, el pueblo podría hacer uso de su poder natural de propia defensa, pues de éste nunca se privó» (28). Los hispanoamericanos vieron, con la instalación del absolutismo, como la soberanía popular representada por la Constitución de Cádiz de 1812, era quebrantada sistemáticamente, ante lo cual el pacto del pueblo con el rey quedaba roto de forma definitiva (29).

De nuevo el testimonio de Romero Carranza nos servirá como apoyatura de nuestra posición al insistir en la importancia del pensamiento de F. Suárez en el proceso revolucionario hispanoamericano: «no olvidemos que muchos argentinos bien conocían los fundamentos de este derecho (Derecho de resistencia): Los habían estudiado en la Universidad de Córdoba cuando aprendieron las enseñanzas neoescolásticas de F. Suárez: Suárez fue el filósofo de la emancipación hispanoamericana quien dio a los hombres que la planearon y ejecutaron la fórmula filosófico-jurídica con la que habían de abrir: y en efecto, abrieron fácil brecha en el vetusto torreón de la dominación hispánica» (30).

A pesar de las escasas fuentes acerca del tema, y de la falta material de espacio hemos intentado proporcionar una serie de datos para que otros investigadores puedan profundizar en un tema que, a pesar de su antigüedad, tiene plena vigencia en la actualidad, sirviendo para afianzar el carácter netamente hispánico del pensamiento de las naciones latinoamericanas.

(28) Francisco SUÁREZ, *Defensio Fidei*, Lib. III, cap. III, 3.

(29) Se puede ver la influencia de las ideas de Suárez en esta fase de la independencia hispanoamericana consultando en texto citado de Carlos STOEZTER, *Las raíces escolásticas...*, págs. 415 y ss.

(30) Ambrosio ROMERO CARRANZA, *El derecho de resistencia...*, op. cit., pág. 81.

The first part of the book is devoted to a general introduction to the theory of the firm. It begins with a discussion of the basic concepts of the firm, such as the firm as a collection of individuals, the firm as a collection of resources, and the firm as a collection of activities. It then discusses the firm's objectives, its structure, and its behavior.

The second part of the book is devoted to a detailed analysis of the firm's production process. It begins with a discussion of the firm's production function, which relates the firm's inputs to its outputs. It then discusses the firm's cost function, which relates the firm's inputs to its costs.

The third part of the book is devoted to a detailed analysis of the firm's financing process. It begins with a discussion of the firm's capital structure, which relates the firm's debt to its equity. It then discusses the firm's financing decisions, such as the firm's choice of financing instruments and the firm's choice of financing terms.

The fourth part of the book is devoted to a detailed analysis of the firm's distribution process. It begins with a discussion of the firm's distribution function, which relates the firm's outputs to its distribution. It then discusses the firm's distribution decisions, such as the firm's choice of distribution instruments and the firm's choice of distribution terms.

The fifth part of the book is devoted to a detailed analysis of the firm's investment process. It begins with a discussion of the firm's investment function, which relates the firm's investments to its growth. It then discusses the firm's investment decisions, such as the firm's choice of investment instruments and the firm's choice of investment terms.

The sixth part of the book is devoted to a detailed analysis of the firm's risk process. It begins with a discussion of the firm's risk function, which relates the firm's risk to its return. It then discusses the firm's risk decisions, such as the firm's choice of risk instruments and the firm's choice of risk terms.

The seventh part of the book is devoted to a detailed analysis of the firm's innovation process. It begins with a discussion of the firm's innovation function, which relates the firm's innovation to its growth. It then discusses the firm's innovation decisions, such as the firm's choice of innovation instruments and the firm's choice of innovation terms.

The eighth part of the book is devoted to a detailed analysis of the firm's exit process. It begins with a discussion of the firm's exit function, which relates the firm's exit to its return. It then discusses the firm's exit decisions, such as the firm's choice of exit instruments and the firm's choice of exit terms.

Nota sobre el Darwinismo social

(En torno al concepto de progreso)

Por MONTSE NEBRERA

Barcelona

«He sido un testarudo, he perseguido un simulacro de orden, cuando debía saber muy bien que no existe orden en el mundo.»

El nombre de la rosa; U. Eco

INTRODUCCION

Hace dos años y en estas mismas páginas, el profesor González Vicén caracterizaba el darwinismo social como «doctrina típica de una clase social agresiva y explotadora que trata de presentar sus propias contradicciones históricas y su dominación implacable como manifestación de una ley universal» (1).

Sus palabras dibujaban en poco espacio tres elementos fundamentales de este fenómeno ideológico que tiene su origen, con distintos matices y grados (2), en las sociedades occidentales de la segunda mitad del siglo XIX:

a) Alertaba, por una parte, sobre la dificultad de concretar rigurosamente los estratos de la burguesía que llevaron a cabo la manipulación de la obra de Darwin. Al respecto, el socialdarwinismo sólo se estudiará aquí como fenómeno de carácter conservador, sin entrar en la consideración empírica de los distintos niveles de utilización.

b) Por otra parte y, a pesar del obstáculo que supone el primer elemento señalado, González Vicén caracterizaba el darwinismo social como fenómeno exclusivamente conservador. Ello le aparta de concep-

(1) Felipe GONZÁLEZ VICÉN, *El darwinismo social: Espectro de una ideología*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», nueva época, núm. 1, Madrid, 1984, pág. 163.

(2) Desde diferentes perspectivas se observa el problema en Richard HOFSTADTER, *Socialdarwinism in American Thought*, Boston, 1955; y en R. C. BANISTER, «*The survival of the fittest is our doctrine, history or histrionics?*», en «Journal of History of Ideas», vol. XXI, julio-sept., New York, 1970. Sobre la recepción del darwinismo en los distintos países vid. *The Comparative Reception of Darwinism*, ed. de Thomas F. GLICK, Univ. of Texas Press, Texas, 1972.

ciones tradicionales que hablan de «darwinismo social de izquierdas» (3) y que pretenden situar en un plano previo y neutral la biologización de la historia como instrumento ideológico utilizable desde perspectivas teóricas tan dispares como el individualismo liberal o el socialismo. En tal sentido, se intentará estudiar aquí la significación del declive de las tesis fijistas en el ámbito de la ciencia frente al evolucionismo de Charles Darwin y de algunos de sus predecesores.

c) Un tercer elemento aportado por el profesor González Vicén se refiere al contenido mismo del darwinismo social como fenómeno enmarcable en otro más amplio: el del reduccionismo biológico. Sobre este punto se intentará analizar el socialdarwinismo como transposición de lo biológico a lo social, como manipulación ideológica de un descubrimiento científico (la selección natural).

A partir de esos elementos, se pretende esclarecer algunos de los resortes fundamentales en la construcción del pensamiento socialdarwinista, sobre todo en lo que respecta al concepto de progreso (y su relación con el de orden) y a la asimilación de elementos de tradiciones anteriores para su configuración. La ilustración se lleva a cabo de forma genérica pero también se introducen elementos comparativos con la obra de Herbert Spencer, como autor ubicable en los orígenes del darwinismo social, aunque no sea el único punto de partida de dicho movimiento.

I. EL DECLIVE DEL FIJISMO

Las tres cosmogonías que, a mediados del siglo XIX y desde hacía algunos decenios, se disputaban la autoridad en la explicación del origen y desarrollo del mundo (hombre incluido), jugaban su lucha en dos frentes de oposición distintos.

El creacionismo o fijismo era la tesis única e incuestionable hasta mediados del siglo XIX. Pero esa concepción del mundo como una realidad fija e inmutable desde su creación (divina) se oponía, entre otras cosas, a la innegable evidencia de cambios en la corteza terrestre. La investigación geológica se convirtió así en uno de los baluartes de las nuevas ideas, es decir, del evolucionismo anterior al de carácter biológico, más conocido.

(3) Se contempla la posibilidad de un «darwinismo social de izquierdas» en muchos autores (M. O. Beckner, H. Widmer, D. Núñez, etc.), pero la expresión es acuñada de ese modo por Eusebio FERNÁNDEZ, en *Sociología y Darwinismo*, en «Sistema», Madrid, 1974. Respecto a los autores más destacados dentro del darwinismo social, puede verse, entre otros, el escueto análisis de N. TIMASCHEFF, *La teoría sociológica*, F.C.E., México, 1961, págs. 83 y ss.

(4) El uniformismo tuvo en Georges Lyell y en sus *Principles of Geology* a su principal representante, a pesar de que pueden encontrarse predecesores al mismo en la obra de los vulcanistas (Hutton, por ejemplo, en el siglo XVIII); para quienes la evolución en las formas geológicas se debe a la acción conjunta de fenómenos meteorológicos y calor interno de la tierra. Para el estudio de la situación de la geología en la época inmediatamente anterior a la publicación en 1859 de *El origen de las especies*, vid. la obra de M. RUSE, *La revolución darwinista*, Alianza, Madrid, 1983, págs. 59 y ss.

El evolucionismo no era, sin embargo, homogéneo: para los llamados «catastrofistas» (Cuvier es su principal representante), sólo a través de cataclismos se han producido las modificaciones que conocemos científicamente, y el diluvio universal, el último hasta la fecha, se halla incluso recogido en el «Génesis» bíblico. Para los uniformistas, por el contrario, la evolución se produce de forma lenta y gradual, casi imperceptible en la mayoría de los casos (4). Este último es el verdadero arranque del evolucionismo en el sentido actual.

En los dos enfrentamientos (creacionismo-evolucionismo, catastrofismo-uniformismo), se observa que los supuestos teológicos conforman el marco teórico del pensamiento científico (5). De ahí que, aunque en el plano del estudio geológico la polémica no había sido demasiado aguda, en el biológico, la posibilidad del más mínimo cambio en la especie humana constituyese un enorme choque para quienes consideraban la verdad bíblica en su sentido literal.

Darwin publicó *El origen de las especies* en 1859. Su recepción en la comunidad científica supuso la dejación reticente y paulatina, pero definitiva, del fijismo como teoría explicativa de la existencia del mundo. Ahora bien, el evolucionismo no tiene su origen en Darwin, ni siquiera en el plano puramente biológico: antes que él, su abuelo, Erasmo Darwin, Lamarck y otros autores habían hablado ya de transformaciones en las especies animales. Sin embargo, es Darwin el que introduce el mecanismo de selección natural como núcleo explicativo de su teoría de la evolución (6).

La recepción de la teoría de Darwin fue polémica en muy diverso grado según los países. Poniendo dos ejemplos contrapuestos, cabe observar las diferencias entre España y la propia Inglaterra de Darwin.

Como señala T. F. Glick (7), la recepción de Darwin en España fue bastante más problemática que en el resto de Europa, sobre todo porque la realidad científica española distaba mucho de poseer un nivel mínimamente aceptable: en general, no se consideraba la ciencia como un factor productivo. Esa ciencia era, por supuesto, la joven ciencia

(5) Vid. al respecto la extensa documentación aportada por Jesús AZCONA en su monografía *Antropología biosocial*, en «Cuadernos de Antropología Anthropolos», núm. 1, Barcelona, 1982. En el mismo sentido, J. D. BERNAL, en *Historia social de la ciencia*, Península, Barcelona, 1964, apunta que *El origen de las especies* «creó una controversia áspera y prolongada (que)... se ocupó de cuestiones teológicas o políticas, más que de problemas de naturaleza puramente científica» (pág. 248).

(6) No es este el lugar para debatir la trascendencia que debe darse a la selección natural como elemento explicativo de la evolución. La teoría de Darwin (desarrollada, según señala él mismo, a partir de la observación empírica y de la inspiración que le produjo la lectura del *Ensayo sobre el principio de la población*, publicado por T. R. Malthus en 1798) es resumida por su autor del siguiente modo: la evolución se produce porque «en los cuerpos vivos las variaciones causan ligeras modificaciones, las sucesivas generaciones las modifican hasta el infinito y la selección natural escoge con infalible destreza cada mejora» (citado en Benjamín FARRINGTON, *El evolucionismo*, Laia, Barcelona, 1973, pág. 50). Este sentido concreto es el que debe conectarse con la argumentación socialdarwinista.

(7) T. F. GLICK, *El darwinismo en España en la segunda mitad del siglo XIX*, en «Anthropolos», núm. 16-17, Barcelona, 1982.

de la naturaleza que no respondía «al mecanismo general de interacción entre ciencia e industria» (8), básico en la estructura de la revolución industrial. Aún más: en general y como regla, el fomento de la investigación científica de cualquier tipo como medio de crear riqueza propia del país fue siempre desorganizado y muy pobre.

A lo anterior cabe añadir dos datos concretos: por una parte que la polémica sobre Darwin se dio en España incluso con anterioridad a la recepción material de sus obras. Por otra, y según apunta el profesor Florit (9), se produjo la paradoja de que, asimilada la terminología y el esquema argumentativo darwinianos, incluso los mismos detractores de la teoría no podían prescindir de aquéllos en sus críticas.

Estos dos rasgos ilustran la falta de rigor de la ciencia natural española del siglo XIX y permiten comprender que, aun existiendo declarados darwinistas entre los científicos liberales (10), la historia natural continuara practicándose de forma predarwiniana, y que se produjera la emigración de la teoría evolucionista desde las cátedras de historia natural a las de medicina (11).

Darwin encontró en la Inglaterra que vio aparecer *El origen de las especies* un aclimatado marco receptor. La comunidad científica inglesa (y, en general, la europea) conocía a Darwin (12), el cual, pese a ser blanco de polémicas y tener adversarios importantes, también contaba con el apoyo de hombres que no sólo eran famosos por su producción científica, sino que además constituían auténticos prototipos de la sociedad victoriana de su tiempo: puritanos, antifeministas, poderosos. Ese respaldo personal se unía al contexto de profesionalización de la ciencia inglesa, permitiendo una gran difusión de la nueva teoría.

Ni que decir tiene que la adopción del nuevo «paradigma» no fue fácil, ni siquiera para el propio Darwin. La violenta controversia que se desencadenó a partir de la publicación de *El origen de las especies*

(8) Palabras citadas por Diego NÚÑEZ en *Darwinismo en España*, Castalia, Madrid, 1977 y que recoge de la obra de J. D. BERNAL, *Ciencia e industria en el siglo XIX* (pág. 15).

(9) JOSÉ FLORIT CAPELLA, *La introducción del darwinismo en España*, en «Anthropos», núm. 16-17, Barcelona, 1982. En particular, véase el discurso de Letamendi en el Ateneo de Barcelona (luego publicado en la revista anarquista «Acracia»), discurso en el que este político liberal criticaba la teoría de la selección natural con terminología y método expositivo darwinistas.

(10) Entre otros destacan en Valencia: Pere Casanova, Serrano Cañete, Amalio Gimeno; en Barcelona, P. Estasén; en Santiago, González de Linares, y en Granada, Rafael García y Álvarez. Desde la Medicina, la Anatomía, la Física, etc., todos ellos levantaron su voz en defensa de las nuevas teorías.

(11) T. F. GLICK (vid. nota 7) explica ese doble movimiento en base a dos razones: una sociopolítica (sobre los médicos se ejercía una presión menor) y una pedagógica (la anatomía ya no podía seguir explicándose sin un esquema evolucionista).

(12) Respecto a la posición de Darwin en la comunidad científica de su tiempo, son opuestas las posturas de R. HOFSTADTER en su libro ya citado (*Socialdarwinism in American Thought*) y la de James Allen ROGERS en su *Darwinism and Socialdarwinism*, en «Journal of History of Ideas», vol. XXXIII, abril, New York, 1972. Rogers critica a Hofstadter por conceder este último a Darwin, una autoridad que todavía no podía tener, dada su escasa actividad científica pública.

consiguió, sin embargo, atemperar un escándalo aún mayor, el de aplicar el esquema al origen y desarrollo del hombre: en 1871 y tras plantearse las mismas dudas que en 1859 había tenido respecto a la publicación de su obra capital, Darwin decide asumir integralmente su descubrimiento: *El origen del hombre* es la consecuencia esperada de antemano y, al igual que doce años atrás, Darwin divide las opiniones en todos los campos, en un debate que se prolongará incluso a los primeros años de este siglo (13).

A pesar de las dificultades que la teoría encontró en cualquier caso para su aceptación, un dato queda claro con la diferente recepción sufrida por la obra de Darwin: el condicionamiento que de la misma se produce como consecuencia de las relaciones de producción existentes en cada coordinada espacio-temporal y de la mutua implicación de esas relaciones con los núcleos de poder más o menos perceptibles en el tejido social.

II. LA TRANSPOSICION DE LO BIOLÓGICO A LO SOCIAL

A) *El reduccionismo decimonónico*

Quintanilla define el reduccionismo como «una teoría epistemológica, correspondiente a una ontología monista, que postula la reducción estricta de todos los niveles integrantes de la realidad, a uno solo, y, por consiguiente, de todas las ciencias a una» (14).

El reduccionismo decimonónico es eminentemente biológico. El darwinismo social es el reduccionismo biológico por excelencia, y de ese biologismo habla Quintanilla como de «una de las armas ideológicas más utilizadas por las clases dominantes (...) para intentar legitimar una estructura social que es presentada como un 'estado' natural, o como una estructura 'orgánica' en 'evolución gradual' en la que deberían regir los principios de una democracia 'orgánica' (15). La idea conecta perfectamente con la ofrecida por G. Lukács en *El asalto a la razón*: cuando se dedica a establecer las conexiones entre el darwinismo social, el racismo precedente y el fascismo subsiguiente, Lukács afirma que el biologismo ha dado siempre en la historia del pensamiento concepciones reaccionarias del mundo, al servicio de tendencias sociales también reaccionarias, que se sirven de conceptos y métodos «pseudobiológicos» en su lucha contra el progreso (16).

El biologismo es sólo una de las posibles formas de reduccionismo. Esto último permite observar desde el mismo prisma la filosofía que se generó en torno a la teoría copernicana y la que se produce en el

(13) *La revolución darwinista*, op. cit., págs. 36-58. Vid. también Charles DARWIN, *Recuerdos del desarrollo de mis ideas y carácter*, N. Arte Thor, Barcelona, 1983, fund., pág. 146.

(14) M. A. QUINTANILLA, *Diccionario de filosofía contemporánea*, Salamanca, 1976, pág. 49.

(15) *Diccionario...*, op. cit., pág. 50.

(16) G. LUKÁCS, *El asalto a la razón* (la trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler), Grijalbo, Barcelona-México, 1968, págs. 538 y ss.

siglo XIX a raíz de la publicación de *El origen de las especies*. El determinismo como anhelo metafísico tiene en la astronomía galileana y en la ciencia natural de Darwin, una «supuesta» constatación empírica. Ciertamente, ambos descubrimientos marcan no sólo el inicio de la perspectiva científica de sus respectivos campos de investigación, sino también la utilización filosófica e ideológica de sus consecuencias. En el discurso socialdarwinista se dan empero algunos elementos coadyuvantes que vale la pena reseñar.

Los estratos sociales hegemónicos en la primera mitad del siglo XIX habían encontrado en la cosmovisión hegeliana un óptimo apoyo a su identidad histórica, a través de la interpretación del momento presente como culminación de la historia (17). Pero, a medida que la conflictividad social iba haciendo mella en su confianza, la segunda mitad del siglo vio, con matizaciones según la estructura social de cada país concreto, cómo los detentadores del poder volvían sus ojos hacia la ciencia natural. Biologizando la historia, consiguen su objetivo principal en el ámbito ideológico: hacerla desaparecer. La única historia que existe (ahí está el reduccionismo) es la biológica, con lo que el hombre no ha sufrido cambios (históricos) desde su aparición como ser social, es decir, como hombre. No caben los cambios y, de este modo, la pretensión revolucionaria queda inutilizada por anti-natural (18).

Antes de pasar al estudio de la influencia ejercida en el darwinismo social por ideólogos anteriores a Darwin, hay que puntualizar que es en gran medida cuestionable la tradicional conexión que autores como Diego Núñez o Carlos Moya realizan entre el reduccionismo biológico socialdarwinista y el positivismo comtiano (19). La identificación puede venir dada por la confusión previa entre la metodología que se utiliza (si es que puede hablarse en puridad de método socialdarwinista) y

(17) Realizado el estudio del despliegue del Espíritu objetivo desde las civilizaciones más antiguas hasta el proceso de la unificación alemana, HEGEL finaliza la *Filosofía de la historia* afirmando que «hasta aquí ha llegado la conciencia». Las reticencias del propio autor a presentar explícitamente alternativas de futuro y la necesidad de sus lectores de justificar su posición histórica como momento último de un proceso determinado de antemano, hicieron de lo que no constituía más que el despliegue racional de la idea hegeliana, el momento definitivo de la historia concreta de Europa, manteniéndose firme la argumentación hasta los primeros conflictos obreros (G. W. F. HEGEL, *Filosofía de la historia*, Zeus, Barcelona, 1970, pág. 473).

(18) Ese es el principal sentido en el que cabe hablar de integración entre darwinismo social y organicismo: un universo en el que cada parte, cada órgano, cumple su función específica y determinada es un universo imposibilitado para experimentar provechosamente los cambios que puedan sobrevenir: cualquier ruptura es perniciosa, atenta contra la misma naturaleza del *organismo* y, por tanto, contra su *evolución* propia y característica. En esta dirección se elabora el artículo de Bernat MUNIESA, *Capitalisme, societat i darwinisme*, en «L'Avenç», núm. 48, Barcelona, 1982. En él se describe el organicismo como una dimensión perfectamente compatible con el esquema de competencia que domina en la argumentación socialdarwinista.

(19) Diego NÚÑEZ, en *Darwinismo en España*, op. cit. Por su parte, la asunción implícita de los mismos postulados por Carlos MOYA puede verse en «El positivismo y los orígenes de la sociología» en la obra conjunta *Teoría y sociedad*, Ariel, Barcelona, 1970.

los postulados que se defienden. Hay que recordar que el darwinismo social no tiene la pretensión de explicar científicamente ámbitos sociológicos del conocimiento, sino tan sólo la de utilizar paradigmas biológicos como medio para dar solidez aparente a sus tesis sociopolíticas. Ese es el sentido de la observación realizada por Manuel Sacristán respecto de otras explicaciones biológicas de la realidad, como la actual sociobiología (20). Sacristán señalaba que entre los sociobiólogos se observa una clara tendencia a la tradición especulativa («especulación metapositiva» en sus propias palabras) y a las «grandes generalizaciones constructivas». Afirmaba también, y ya concretamente respecto al darwinismo social, que su éxito consistió en que «fue capaz de seguir dando su nombre a conceptos y tesis que no tenían ya casi nada que ver con sus posiciones iniciales» (21).

B) *El malthusianismo y las leyes de pobres*

T. R. Malthus publicó en 1798 el *Ensayo sobre el principio de la población*. Su incidencia en el pensamiento occidental del siglo XIX fue muy grande: su concepto de *lucha por la existencia* influyó no sólo en biólogos como Darwin o Wallace (22) y en geólogos como G. Lyell (23), sino también en filósofos como H. Spencer con el reconocimiento explícito de la mayor parte de ellos (24). La influencia, aun cuando enorme por constituir punto de partida de los esquemas argumentativos de todos estos autores, no se extiende a la valoración (pesimista en Malthus y no en Darwin, Wallace y Spencer) de ese estado competitivo. Sólo el pesimismo lyelliano apura el de Malthus.

En el Prefacio a la primera edición de su obra, Malthus recuerda que la primera intención al escribirla fue polemizar con las posturas ilustradas y especialmente con las ideas de progreso y perfectibilidad humanas, defendidas por Godwin y por Condorcet. Se trataba de luchar

(20) Fundamentalmente, E. O. WILSON, *Sociobiología. La nueva síntesis*, Omega, Barcelona, 1980.

(21) Manuel SACRISTÁN LUZÓN, *La relación entre la sociedad y la naturaleza en la filosofía de las ciencias sociales*, en «Mientras tanto», Barcelona, 1981, pág. 26.

(22) Alfred Wallace descubrió al mismo tiempo que Darwin e independientemente de éste, el principio de selección natural, pero la popularización del mismo y la terminología utilizada a partir de entonces es exclusivamente darwiniana. Respecto al tema del doble descubrimiento, puede verse el estudio de Marvin HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica*, Siglo XXI, Madrid, 1979, págs. 105-106.

(23) Epistemólogos como Kuhn consideran que la revolución científica del siglo XIX debe centrarse sobre Lyell y no sobre Darwin. En 1830 los *Principles of Geology* supusieron el rotundo cambio en la observación de la corteza terrestre. Se constataba científicamente su consideración como algo susceptible de cambios. La lectura de los *Principles* por Darwin (quien consideraba a Lyell el mayor científico de la época) constituye un importante paso hacia la elaboración de su teoría. En esta línea de primar el papel de Lyell frente a otras influencias como la malthusiana, está por ejemplo J. A. SCHUMPETER, *Historia del análisis económico*, Ariel, Barcelona, 1971.

(24) Charles DARWIN en *El origen de las especies*, Edaf, Barcelona, 1983, pág. 103. Alfred WALLACE en *My life* (cit. en *El desarrollo de la teoría antropológica*, op. cit., pág. 106) y Spencer en artículos como *The poor laws* y *A theory of population* que datan de los años treinta del pasado siglo.

contra el sentido optimista que adquiere el concepto de *progreso* una vez separado del más general de *evolución* (25). Su pretensión era por tanto más ideológica que científica y, sin embargo, su *Ensayo* es considerado en la historia del pensamiento desde una perspectiva predominantemente demográfica y no política.

Malthus presenta como incuestionable la necesidad de que «la población se reduzca al nivel de los medios de producción» (26). Pero el problema es cómo conseguir la nivelación, porque es ese desequilibrio el que hace imposible la perfectibilidad humana, desequilibrio que puede expresarse según la siguiente ecuación: «la población, si no encuentra obstáculos, aumenta en progresión geométrica. Los alimentos tan sólo aumentan en progresión aritmética» (27). En esas circunstancias, no cabe hablar de progreso. La lucha permanente del hombre con el medio y con los demás hombres le condena a la infelicidad, a la miseria.

Con esa premisa inicial se desarrolla su argumentación. Dentro de la misma reviste particular interés su consideración de las llamadas *leyes de pobres*, expresión que en la época significaba aquellas medidas legislativas encaminadas a aliviar la situación del indigente desde una postura protectora y paternalista. Es en este campo donde con mayor claridad se reflejan las ideas de competencia y selección que después recogió el darwinismo social.

De las leyes de pobres dice Malthus que «tienden a empeorar la situación en dos formas (...). En primer lugar, tienden evidentemente a aumentar la población sin incrementar las subsistencias (...). En segundo lugar (...), reduce las raciones de los miembros más hacendosos y merecedores, obligando de esta manera a algunos a sacrificar su independencia» (28). Talcott Parsons realiza un escueto y agudo análisis de esa aportación malthusiana al darwinismo, afirmando que sobre esta consideración de las leyes de pobres y sobre el sentido de la ecuación expuesta con anterioridad, recae todo el peso del movimiento ideológico posterior. La razón es que «la principal tendencia de la línea malthusiana de pensamiento consistía en oponerse al positivismo racionalista de Godwin con la otra alternativa del sistema positivista radical, el antiintelectualismo positivista, como puede llamársele» (29).

Con Parsons puede entenderse que la línea biologista del reduccionismo, que va desarrollándose con fuerza a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX tiene sus inicios en la obra de Malthus y que en esos términos se realiza durante esta época toda la interpretación de la acción humana. Parsons tiene en cuenta la militancia utilitarista de

(25) «Progreso» se entiende aquí en el sentido simple de evolución para «mejorar».

(26) T. R. MALTHUS, *Ensayo sobre el principio de la población*, Sarpe, Barcelona, 1984, pág. 24.

(27) *Ensayo...*, op. cit., pág. 33.

(28) *Ensayo...*, op. cit., pág. 75.

(29) Talcott PARSONS, *La estructura de la acción social*, Guadarrama, Madrid, 1968, pág. 160.

Malthus (30), afirmada en su defensa del fijismo (31). Entiende, sin embargo, que se encuentra ya en el mismo Malthus el inicio del derrumbamiento del utilitarismo: la biologización supone la desaparición de los aspectos normativos del sistema utilitario, eclipsándose como consecuencia el orden como problema racionalista clásico. Y, en efecto, de la lectura del *Ensayo sobre el principio de la población* se desprende esa naturalización de los problemas sociales que luego caracterizó al socialdarwinismo y que constituye en definitiva su justificación. En ese sentido, el orden natural no constituye orden, pues se halla falto de intencionalidad en su organización. Desaparece como problema (32).

En *La sociología di Malthus*, Guido Maggioni habla de la exacerbación que sufrieron las ideas de Malthus a partir de 1803 respecto a los efectos demográficos de las leyes de pobres, a las que en la edición de ese año acusa de haber provocado mayores males de los que evitó. Los argumentos no hacen tan sólo referencia, según señala Maggioni, al exceso de población (como ya se hacía en las anteriores ediciones), sino también al peligro que suponen para una serie de instituciones que considera imprescindibles para el mantenimiento de la seguridad dentro del marco social. Maggioni bosqueja con trazos hobbesianos la figura de Malthus, diciendo: «las leyes son muy peligrosas para el orden social ya que son contrarias a la ley de la propiedad, sobre la que debe fundarse toda sociedad civil: sin ley de la propiedad no hay más que anarquía y su consecuencia, el despotismo» (33). En definitiva, el derecho del pobre a ser asistido no es un derecho natural, pero sí es natural la ley de la población. El individualismo filosófico y político del siglo XIX tiene así en Malthus un fiel, representativo y precoz exponente, pero al mismo tiempo se ha iniciado la naturalización del orden social, es decir, de la ideología de la que participa el propio autor y con la cual priva de sentido el mismo concepto de orden (34).

En realidad, la propensión a interpretar el mundo en términos de una constante lucha no es nueva. Pero, según la tesis engelsiana que

(30) Vid., fundamentalmente, las págs. 78 y ss. de su *Ensayo...*, op. cit.

(31) La maximización de la felicidad en el esquema utilitario se opone a una consideración del hombre como ser susceptible de evolución y, por tanto, inscrito en un proceso natural único. La contradicción se daría por la necesidad de instrumentos normativos en el seno del orden utilitario: la prescripción utilitarista es intencional y humana, en tanto que el evolucionismo rezuma determinación o, cuando menos, ausencia de voluntarismo.

(32) Esa naturalización puede verse ya en los postulados a partir de los cuales lleva a cabo la argumentación de su ecuación demográfica. Los postulados son dos: a) «que el alimento es necesario a la existencia del hombre», y b) «que la pasión entre los sexos es necesaria y se mantendrá prácticamente en su estado actual» (pág. 32).

(33) Guido MAGGIONI, *La sociología di Malthus*, Giuffré, Milano, 1976, página 221.

(34) El utilitarismo propone una axiología basada en la ponderación de la mayor felicidad para la mayoría, y en ese sentido queda establecida como orden social necesario. La analogía socialdarwinista entre mundo animal y mundo humano y el establecimiento de las leyes de aquél como únicas aplicables a éste destruyen la concepción utilitarista de orden.

comenta el profesor González Vicén, una concepción hobbesiana de la sociedad, aunada a la «teoría económico-burguesa liberal y al malthusianismo constituyen los elementos que se intenta encontrar en la naturaleza como ley para luego justificar con esa «ley natural» esos elementos ideológicos que le han servido de base para su construcción y la estructura social que sustentan y reproducen (35). Esa es la aportación genérica del socialdarwinismo. Su caracterización puede realizarse desde la perspectiva engelsiana sin que por ello deba entenderse reducida a mero historicismo: la observación actual del fenómeno descubre la misma trama que ya fue intuida por Engels hace un siglo (36).

III. REVISION DEL CONCEPTO DE PROGRESO EN EL ESQUEMA SOCIALDARWINISTA

A) *La idea de progreso en el capitalismo industrial*

En su estudio sobre la idea contemporánea de progreso, John Bury (37) señala tres momentos conceptuales más o menos observables en el desarrollo de la misma: un primer estadio que finaliza con la revolución francesa y que se caracterizaría por la falta de conciencia sobre su trascendencia: la idea está ahí, se da como un presupuesto y no es objeto de estudio. En una segunda etapa, una vez asimilada la importancia del tema, filósofos e historiadores se dedicaron a intentar establecer una ley que definiera el proceso seguido por dicha idea en su desarrollo histórico, intento que configurará uno de los factores del nacimiento de la sociología (38). 1859 y *El origen de las especies* supusieron el inicio de la tercera fase en la historia de la idea de progreso. En ese ámbito debe cuestionarse la tradicional caracterización del darwinismo social como un fenómeno ideológico de índole optimista, es decir, sustentado en la consideración del mundo como tendente al progreso indefinido.

Bury analoga el efecto producido por *El origen de las especies* en 1859 al que en su momento causó el descubrimiento en el siglo XVI de que la Tierra no era el centro del Universo. Galileo expulsó al hombre del centro del cosmos como Darwin lo hizo después respecto del centro de la tierra. No debe olvidarse, sin embargo, la «carga teórica de los hechos» (39), que la nueva filosofía de la ciencia viene señalando

(35) *El darwinismo social: Espectro...*, op. cit., pág. 176.

(36) Vid. F. ENGELS, *La dialéctica de la naturaleza*, OME 36, Barcelona, Buenos Aires, Méjico, 1979, págs. 265 y 313 y ss. Vid. también la carta de Engels a Lavrov de 12-17/11/1875, recogida en *Cartas sobre El Capital de Marx y Engels*, Ed. de Materials, Barcelona, 1967 y el Prefacio de 1883 al *Manifiesto Comunista*, entre otros escritos.

(37) John BURY, *La idea de progreso*, Alianza, Madrid, 1971, págs. 299 y ss.

(38) Se alude concretamente a Comte y a su división del desarrollo histórico en tres estadios: teológico, metafísico y positivo. Pero también alcanza este tipo de argumentación a todo el movimiento idealista y a su presentación evolutiva del cosmos, a pesar de que, en su mayoría, los filósofos idealistas no subsumieran toda la realidad a la determinación de una sola ley.

(39) Vid., por ejemplo, N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento*, Alianza, Madrid, 1972.

como uno de los factores fundamentales a tener en cuenta en el estudio de la producción científica: difícilmente puede hablarse de revolución científica sin tener al mismo tiempo presente la «revolución» paralela en terrenos como la economía (a través de su modo de producción y de las fuerzas y relaciones operantes en el mismo) o la política (en cuanto a las decisiones de poder sobre determinados conflictos sociales) y la interacción entre esos y otros niveles de la realidad.

Progreso y evolución no son dos términos equivalentes. Bury habla de la evolución como de una «concepción neutral, científica, compatible tanto con el optimismo como con el pesimismo» (40). El progreso por el contrario, implica una valoración positiva del movimiento evolutivo: la variación se produce para mejorar. De ahí que se entienda que Darwin constituye un enorme avance en el diseño de una idea concreta y fundamentada de progreso, es decir, en el propósito de establecer una ley general de desarrollo. El mismo J. Bury, Marvin Harris (41), o Michael Ruse (42) coinciden en citar las últimas frases de *El origen de las especies* como muestra de esa actitud de Darwin: «Como todas las formas orgánicas vivientes son los descendientes directos de los que vivieron mucho tiempo antes de la época cámbrica, podemos estar seguros de que jamás se ha interrumpido ni una sola vez la sucesión ordinaria por generación, y de que ningún cataclismo ha desolado el mundo entero (...). Y como la selección natural obra solamente por y para el bien de cada ser, todos los bienes corporales tenderán a progresar hacia la perfección» (43).

Sin embargo, debe matizarse la aseveración de que la obra de Darwin se halla totalmente imbuida por esa concepción optimista de la evolución. El progreso, referido fundamentalmente a los aspectos humanos de aquélla, no es asumido en *El origen del hombre* como tesis única (44) y tanto en este libro como en *El origen de las especies* pueden hallarse numerosos momentos en los que Darwin duda de la positividad permanente del desarrollo evolutivo y, por tanto (y sobre todo), del desarrollo evolutivo histórico (45).

Se suele presentar el darwinismo social como una ideología basada

(40) *La idea de progreso*, op. cit. pág. 300.

(41) *El desarrollo de la teoría antropológica*, op. cit., pág. 101.

(42) *La revolución darwinista*, op. cit.

(43) *El origen de las especies*, op. cit., pág. 479.

(44) A pesar de significar su definitiva toma de postura respecto a la inclusión del hombre en la cadena evolutiva, *El origen del hombre* (Edaf, Madrid, 1982), supone asumir la duda sobre la necesidad del progreso en la evolución. Su opción optimista es más voluntarista y anímica que rigurosa y fundada. Así dice: «Crear que el hombre se presentó en el mundo ya civilizado y que después se sumergió en la más completa degradación en tantos países es formar una idea bastante pobre de la naturaleza humana. Más verdadero y *consolador* es creer que el progreso ha sido mucho más general que el retroceso y que es cierto que el hombre, a pasos ciertos y a veces *interrumpidos*, se ha ido elevando desde la condición inferior en que nacía hasta el grado más alto que hasta ahora ha alcanzado en sabiduría, moral y religión» (pág. 146). (El subrayado es de la que transcribe).

(45) Inmediatamente antes de aclarar el sentido de la expresión «lucha por la existencia», Darwin dice: «la selección natural (...) es una fuerza tan incon-

en la fe ciega en el progreso (46), y ciertamente su justificación en la detentación del poder se hallaba basada en la biología: lo que constituía la culminación de la historia en la interpretación que se había realizado de las tesis de Hegel era visto ahora como el estadio propiciado por la evolución. Ello significaba, entre otras cosas, que el sentido de la lucha por la existencia y de la competencia, consideradas ambas beneficiosas, tenían, por esa misma benignidad general, un carácter permanente. El progreso posible no es histórico, sino tan sólo referido a las cualidades mismas de los detentadores del poder. Y ello porque la historia ha desaparecido desde el momento en que se produce su biologización (47). Es necesario, por tanto, cuestionar qué se entiende por progreso en el discurso biologista del darwinismo social.

Una cierta excepción a esta perspectiva del progreso en el esquema socialdarwinista es Herbert Spencer, cuya filosofía puede incluirse en el movimiento ideológico, pero que mantiene a lo largo de su producción una visión optimista del desarrollo evolutivo (48). Su dibujo del progreso se diferencia sin embargo del realizado por los teóricos del siglo XVIII. Bury resume la contraposición del siguiente modo: «Una cosa es deducirla (la perfectibilidad) de una psicología abstracta que mantiene que la naturaleza humana es irresistiblemente plástica en las manos del legislador y del educador, y otra defender que la naturaleza humana está sujeta a leyes generales de cambio y que el proceso por

mensurablemente superior a los esfuerzos del hombre como las obras de la naturaleza lo son a las del arte» (*Origen de las especies*, op. cit., pág. 102). De ahí que pueda preguntarse por qué «de dos razas salvajes, una ha ascendido más que otra en la escala de la civilización». (pág. 232), lo que implica plantearse la posibilidad de un sentido inverso, regresivo, en el proceso evolutivo.

(46) Esta es, por ejemplo, la tesis de Eusebio FERNÁNDEZ, que en *Sociología y darwinismo*, op. cit., esgrime como apoyo a su argumento unas palabras de Caro Baroja que no interpretamos en el mismo sentido: «El evolucionismo tiene un lado de fe. Fe en la humanidad». Es cierto, pero tal vez sea más acertado pensar que se trata de un sentimiento eufórico, propio de la ingente producción científica, euforia que no tiñe precisamente los postulados socialdarwinista. El mismo T. H. Huxley, radical darwinista, mantenía una postura ambigua al respecto, al señalar que el progreso humano no consiste en «imitar el proceso cósmico, y mucho menos en escapar de él, sino en combatirlo» (citado en Stephen F. MASON, *Historia de las ciencias*, 4, Alianza, Madrid, 1986, pág. 45). En cualquier caso, la ahistorización a la que todos ellos someten el desarrollo del hombre hace imposible sostener que el progreso humano llegue más allá del propio período histórico en que vivieron.

(47) Hans WIDMER (en *El darwinismo social. Su valor como prueba de la ideologización de la conciencia*, en «Sistema», Madrid 1977), ofrece como solución estudiar el darwinismo social en su desarrollo desde las posiciones optimistas propias de la primera etapa del capitalismo industrial hasta el pesimismo de la crisis liberal de finales de siglo, fase en la que el único elemento darwinista con verdadera permanencia es la lucha por la existencia, en tanto que la armonía englobadora, el sentido gradual y lentísimo de los posibles cambios (cuyo origen remonta a Leibniz) desaparece.

(48) Vid., por ejemplo, *Social Statics*, Williams and Norgate, London, 1902, pág. 31, donde se recoge su famosa afirmación: «El progreso, por tanto, no es un accidente, sino una necesidad», en la que se aúna determinismo y optimismo cósmico.

el que ésta, lenta pero continuamente, tiende a adaptarse más y más a las condiciones de la vida social —al adquirir los niños por herencia los caracteres y aptitudes de sus padres— se dirige a una armonía última» (49).

Planteado el modo en que se adopta la idea de progreso en el darwinismo social, hay que analizar los elementos que intervienen en su configuración.

B) *La negación del progreso en el contexto del darwinismo social*

El darwinismo social tiene su origen y desarrollo en las sociedades occidentales de la segunda mitad del siglo XIX. La filosofía de ese período recibe influencias muy diversas, pero respecto de ese movimiento ideológico y sobre todo en lo que hace referencia a su concepción del progreso, es necesario analizar dos corrientes concretas: el papel jugado por el positivismo de la tradición comtiana y la recuperación de valores medievalistas como el concepto de comunidad.

Se trata de dos factores fuertemente ligados a pesar de que, en principio, puedan parecer contrapuestos. Su estudio conjunto se comprende mejor desde la perspectiva del período como marco temporal para el nacimiento de la sociología como disciplina.

a) *Sobre Comte y la sociología*

Tradicionalmente se sitúa el origen de la sociología a partir del momento en que, rota la legitimidad social del antiguo régimen, el vacío axiológico y normativo pasa a ser ocupado por el creciente conflicto entre una burguesía pujante y poderosa y un cada vez más organizado proletariado industrial, por la oposición entre la tradición y el modernismo (50). El arma inicialmente utilizada por los detentadores del poder en ese conflicto es el positivismo, como forma de enfrentarse a las concepciones metafísicas y teológicas anteriores, y también a la dialéctica revolucionaria.

Pueden criticarse los resabios teológico-metafísicos y el reformismo social que se descubren en Comte (51), pero, observando el momento de aparición de dichas tesis, se trataba entonces de una ruptura deci-

(49) *La idea de progreso*, op. cit., págs. 304-305.

(50) Robert NISBET, *La formación del pensamiento sociológico*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969, pág. 19. Sin embargo, otras perspectivas más innovadoras como las de Zietlin y Marsal, sitúan su nacimiento conceptual en el iluminismo, aunque su estatuto científico se configure con el positivismo como momento legitimador.

(51) Aspectos complementarios del señalado aquí son estudiados por Carlos MOYA en *El positivismo y los orígenes de la sociología*, recogido en «Teoría y sociedad», Ariel, Barcelona, 1970. También Marvin HARRIS en *El desarrollo de la teoría antropológica*, Siglo XXI, Madrid, 1979, examina el papel de Comte en el desarrollo del positivismo, atribuyéndole una mayor carga de idealismo superior a la que normalmente se le asigna.

siva con el orden anterior, que incluso daba un giro radical a la concepción individualista propia del siglo de las luces. Ese giro se produjo a través del origen claramente moral de algunos de los postulados asumidos, que no lo son tanto del positivismo como del siglo XIX. Según señala Nisbet refiriéndose a ese momento, «cada vez son más numerosos los campos del pensamiento donde el individualismo racionalista (...) es asediado por teorías que se apoyan en la reafirmación de la tradición» (52).

El evolucionismo comtiano (plasmado en su ley de los tres estadios) es distinto del sustentado por los darwinistas sociales, fundamentalmente por Spencer. Comte concebía un progreso acelerable mediante la acción política basada en el conocimiento positivo (53). Su «religión positivista» tenía esa finalidad y a su fundamentación se hallaba dirigida la estructuración de la historia en tres estadios, la jerarquización de las ciencias e incluso el organicismo del que también se vio imbuido por los descubrimientos científicos aunque no le afectaran tan directamente como a Spencer, unos años posterior a él.

Spencer asume la concepción comtiana de la filosofía como conocimiento cuyo método es el propio de las ciencias y cuyos objetivos son, con los de éstas, limitados a lo «real». Por otra parte, considerar la experiencia como origen de todo conocimiento es un punto en el que ambos coinciden con muchas otras tradiciones filosóficas. Pero el determinismo de la concepción spenceriana y del socialdarwinismo en general supone la divergencia definitiva y fundamental entre ese movimiento y el positivismo comtiano. Las consecuencias sociopolíticas son importantes, ya que el gobierno (ni Spencer ni Comte distinguen realmente gobierno y estado) es valorado por Comte como factor necesario para el desarrollo histórico, mientras Spencer habla de la intervención estatal como un mal a erradicar paulatinamente (54).

Por otra parte, el mismo Spencer publicó en 1864 un artículo titulado «Razones para disentir de la filosofía del Sr. Comte», cuyo objetivo era oponerse a ser considerado «secuaz de Comte» (55). En él puede encontrarse algunos datos referentes a la relación entre ambos.

La confusión entre la obra de los dos autores se daba, según Spencer, por dos motivos fundamentales: la tendencia de la «oposición teológica» a «pensar en el partido científico antagonista bajo el título de positivista» (56) y la existencia entre los propios comtistas, de

(52) Robert NISBET, *La formación del pensamiento sociológico*, op. cit., p. 28.

(53) Por ejemplo, y sobre todo en *Système de politique positive*, Anthropos, París, 1970. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que con ello preparaba una idea de *telesis social* desarrollada por un evolucionista posterior, Lester Ward, quien reconoció su deuda con Comte en tal sentido.

(54) Otto GAUP, *Spencer*, Madrid, Revista de Occidente, 1930, págs. 106-107.

(55) Se trata en realidad de la contestación a un lector de ambos que intentó analogar sus respectivas aportaciones y se encontró con la más decidida repulsa en aquél que, a la sazón, debía jugar el papel de discípulo. El artículo está recogido en *De las leyes en general*, La España Moderna, Madrid, s. f. Vid. también Judah RUMMEY, *La sociología de Spencer*, F.C.E., México, 1944, págs. 44 y ss. Rumney también distancia la obra de Comte y Spencer.

(56) *De las leyes en general*, op. cit., pág. 173.

atribuir a la influencia de su maestro cualquier doctrina semejante a la suya en algún aspecto. Pero el mismo autor señala todas las diferencias insalvables que, a su juicio, se dan entre su obra y la de Comte, diferencias que van desde las más formales (configuración de estadios evolutivos, modos de filosofar, jerarquía de ciencias) a las de índole propiamente filosófica (concepción humana, idea de causa, objeto de la religión o ideal de gobierno).

Lo cierto es que los objetivos de sus respectivos sistemas filosóficos y de las corrientes que cada uno de ellos representa se hallan en caminos diferentes, cuando menos en lo que respecta a la probabilidad de enlazar comtismo y darwinismo social: el sentido intervencionista que caracteriza la acción política preconizada por Comte se opone al individualismo político que alienta la obra de Spencer y que sirve de base a la producción socialdarwinista posterior (57). En lo que atañe a ésta, la relación entre Comte y Spencer se establece en torno al concepto de comunidad, por la adopción directa del medievalismo en el primero y por la asimilación contradictoria de valores antiindividualistas (de resabio moral) en el esquema socialdarwinista de Spencer (58). Pero, en cualquier caso, las raíces de esa coincidencia han de buscarse en un momento anterior y distinto del positivismo.

Parsons define la nueva postura desde la perspectiva del orden y su desaparición como elemento a considerar por el darwinismo social: si los fines que los hombres pretenden conseguir no importan porque las condiciones del medio son decisivas, fines y racionalidad desaparecen y con ellos el problema del orden que resultaba central para filosofías de sesgo utilitarista. La eliminación se soluciona afirmando que carece de sentido hablar de orden, pues el único orden que interesa al sociólogo es el orden de los hechos, y ese orden no es más que el estado de guerra, ahora llamado «lucha por la existencia» y antítesis del orden social utilitario (59). Se trataba, en definitiva, de racionalizar lo irracional.

(57) *Social Statics* (1851) supone la avanzadilla en ese alegato contra la intervención estatal pero su individualismo se exagera en *El hombre contra el Estado*, que en 1884 recoge la teoría política de un Spencer maduro que ya ha revisado su esquema metafísico inicial.

(58) En las primeras fases de la construcción del esquema spenceriano, la argumentación sobre la idea de progreso se realiza todavía exclusivamente con expresiones metafísicas. Su germen es, como señala Otto GAUP (*Spencer*, op. cit., pág. 82), una idea que Coleridge había tomado de Schelling: la tendencia a la individualización en la que Spencer diferencia dos procesos, uno de tránsito de lo homogéneo a lo heterogéneo y otro de integración (la tendencia a la mutua dependencia entre las partes que se van diferenciando en el todo homogéneo inicial). Vid. la obra de SPENCER, *Social Statics*, op. cit., pág. 251, donde el autor reconoce explícitamente su deuda con estos dos autores idealistas. A pesar de que dicho proceso tiene como punto de avance la lucha por la existencia y la supervivencia del mejor dotado, se encuentran en Spencer afirmaciones como esta: «No es tanto que una vida social que transcurre en ocupaciones pacíficas sea moralizadora, como que una vida social que se desenvuelve en la guerra es, positivamente, desmoralizadora» (*Principios de Sociología* (1876), citado en Judah RUMNEY, *La sociología de Spencer*, op. cit., pág. 150).

(59) *La estructura de la acción social*, op. cit., pág. 163.

b) *Una alusión a la «otra» cosmología*

Una vez introducidas algunas matizaciones en el concepto de progreso comunmente aplicado al socialdarwinismo, se hace necesario apuntar la medida en que el fenómeno disiente de la filosofía liberal y entronca con tradiciones anteriores a ésta.

Ya se ha apuntado cómo la disidencia con el positivismo comtiano, en la medida en que ésta se da, sugiere la mirada atrás de un movimiento ideológico que pretende justificar al mismo tiempo la competencia y la armonía, la lucha en el marco social y la necesidad de que el cambio en la misma devenga lentísimo e incluso inexistente. Aunar ambos caracteres es el objetivo y en su consecución el discurso socialdarwinista biologizante, legitimador de la naturalización del momento histórico en que se desarrolla, se reviste de medievalismo fundamentalmente a través del concepto de «comunidad». Este, junto a los de «devenir» y «evolucionismo», es central en el romanticismo filosófico y, en general, también para el idealismo postkantiano que antecede al auge positivista y que se revuelve contra el mismo en el último tercio del siglo XIX.

El romanticismo filosófico patentiza una huida del presente (60) ante la eliminación por el positivismo del factor mágico que los románticos afirmaban escondido en la vida. En esa huida se produjo la recuperación de lo medieval como el período histórico que mayor acercamiento anímico podía producirles. La influencia se entiende tan intensa que R. Nisbet afirma que lo medieval suministró al siglo XIX «casi tanto clima espiritual y temas como el pensamiento clásico lo había hecho al Renacimiento» (61).

Lo cierto es que se dan ciertas coincidencias importantes entre algunos rasgos del darwinismo social y esa recuperación de lo medieval realizada a través del concepto de comunidad. Pero eso no es todo: los científicos románticos buscan un «organon», una clave universal aplicable a todas las ciencias. De ahí que, más o menos guiados por Herder (62), adopten una noción dinámica de fuerza, sustituyendo el concepto spinoziano de sustancia por el leibniziano de energía, en una equiparación que enlaza sus aspiraciones filosóficas con cuestiones cien-

(60) Además del carácter que tradicionalmente se le atribuye como sustento del idealismo, existe en el romanticismo otra faceta a considerar: Arnold Hauser recuerda cómo en Carlyle «la exigencia de una intervención del Estado era... lo mismo el signo de tendencias antiliberales y autoritarias que la expresión de un sentimiento humanitario y altruista, y en su queja de la atomización de la sociedad se expresaba tanto el deseo de comunidad como la nostalgia de una guía al que amara y temiera». (Vid. *Historia social del arte*, III, Guadarrama, Barcelona, 1982, op. cit., pág. 129).

(61) *La formación del pensamiento sociológico*, op. cit., pág. 29.

(62) Entre 1784 y 1791 aparece la obra de HERDER, *Ideen zur Philosophie der Menschengeschichte*, en la cual se teatraliza la vida del universo como un organismo vivo que actúa produciendo en sí diferenciación de partes constitutivas de organismos autónomos cada vez más perfectos. La cadena culmina en el hombre, pues el universo se dirige a la creación del espíritu (recogido de J. M. BERMUDO, *La filosofía moderna y su proyección contemporánea*, Barcanova, Barcelona, 1983, pág. 216).

tífico-prácticas (63). Tampoco es casual que Werner, maestro de Novalis (puntal romántico indiscutible) estuviese inmerso en la discusión entre vulcanistas y neptunistas (las dos escuelas que atribuían la formación del mundo a la acción de fuego y agua, respectivamente): aunque él se encontrase entre estos últimos, todos ellos buscaban una ley de formación, rectora del mundo sensible. También los socialdarwinistas buscan (y pretenden haber descubierto) esa ley (64). Por otra parte, en Boader y Shubert, discípulos de Werner, se dan también afirmaciones que poco distan de otras de Spencer: que la religión deba convertirse en ciencia y la ciencia en religión (65), o que la naturaleza deba entenderse como un espíritu hecho visible y la naturaleza como el espíritu invisible (66). Como señala Arnold Hauser, el romanticismo lega una especie de «misticismo histórico», es decir, esa idea de que «los fenómenos históricos no son sino funciones, manifestaciones y encarnaciones de principios independientes», cofigurando una concepción que no sólo implica la abstracción en el proceso histórico, sino que al tiempo hace de ésta una esfera regida por poderes anónimos, al más puro estilo del Incognoscible spenceriano (67), de los cuales los fenómenos no son más que manifestación imperfecta.

(63) Tal es el caso de la termodinámica que, junto al evolucionismo, constituye el descubrimiento científico fundamental del siglo XIX. Si bien parece muy arriesgado afirmar su influencia en la obra de autores casi contemporáneos a su formulación (vid. Stephen F. MASON, *Historia de las ciencias*, 4, Alianza, Madrid, 1986, págs. 142 y ss.), lo cierto es que nociones como la conservación de la energía y la tendencia creciente de la entropía (cantidad de calor dividida por la temperatura) supusieron a la larga cuestionar muy seriamente el esquema mecanicista anterior. A pesar de todo, no se constata en el socialdarwinismo la necesidad de asimilar el descubrimiento mientras que el concepto de selección natural había sido «felizmente» adoptado. Tal vez ello se deba a la propia ahistorización que pretende justificar el darwinismo social, ya que la termodinámica consigue precisamente lo contrario: dotar al paso del tiempo de un sentido físico y una dirección que no tenía en el esquema newtoniano.

(64) En línea con el pensamiento de Boader, Spencer preconiza la fusión de «ambas formas de acercamiento a la realidad», a través de la aceptación por ciencia y religión de la existencia de una potencia incognoscible que rige a ambas. (Vid. las primeras páginas de *Los primeros principios*, Prometeo, Valencia, s. f.).

(65) Esta vez son las últimas páginas de *Los primeros principios* de una identificación engañosamente ecléctica entre materia y espíritu, ecuación en la que se adivina la influencia de Hegel y del idealismo en general. Vid. también su artículo «La evolución según Martineau» recogido en el compendio *El organismo social*, La España Moderna, Madrid, s. d. pág. 244.

(66) A él se refiere todo el volumen primero de *Los primeros principios*, op. cit. Spencer pretende contraponer al mundo de lo cognoscible uno incognoscible de cuya existencia no se conoce por la experiencia, sino que se impone a ésta y la fundamenta. En una postura evolucionista nata Spencer afirma como conclusión a esa dualidad: «Si, pues, la vida en todas sus manifestaciones, incluso la inteligencia en sus formas más sublimes consiste en adaptaciones continuas de las relaciones internas a las relaciones externas, resulta evidente el carácter esencial y necesariamente relativo de todo conocimiento» (pág. 67).

(67) Sobre la consideración del romanticismo filosófico como elemento interpretativo de la argumentación socialdarwinista resulta de gran utilidad el interesante artículo de J. Vicéns SANTAFÉ y Pompeu CASANOVAS, «Hipòtesi per a la comprensió del darwinismo social», recogido en *Ciència*, 1982. Estos autores retoman una línea explicativa del fenómeno prácticamente abandonada desde los estudiosos que fueron contemporáneos al mismo Spencer. (Vid., por ejemplo, la

Otro dato que acerca la ideología social darwinista al movimiento romántico es la común recepción de las tesis de Von Baër en su esquema conceptual (68). En el caso de Spencer es totalmente explícito (69), pero el mismo Herder tiene, como es sabido, una concepción del cosmos como organismo vivo en el que la continua diferenciación hacia las formas más sublimes del espíritu es elemento determinante.

Si esta influencia de romanticismo del siglo XIX es obvia en la metafísica spenceriana, mayor importancia reviste la ejercida por el propio y mencionado Herder en la obra de socialdarwinistas posteriores, netamente encuadrados en la vertiente racista del movimiento y entre los que se encuentran Gumpłowicz, Ratzenhofer y Woltmann (70). Adelantándose a lo que luego serán las tesis centrales de estos autores, Herder afirma, por ejemplo, que la humanidad se especializa en razas al prolongarse la jerarquía del universo en el hombre en el sentido de privilegiar la raza europea, y en particular la alemana, como la más adecuada para culminar la tarea de acercamiento a lo absoluto (71).

Pero junto a estos elementos particulares, debe resaltarse uno de índole general que hace referencia a la orientación misma del socialdarwinismo. La necesidad de compatibilizar armonía y competencia hace inteligible el recurso al medievalismo implícito en el valor de la comunidad.

La recuperación de lo medieval no sólo afectó a políticos de talante conservador, sino en general a toda la sociología decimonónica, frente a la opinión que sobre la Edad Media habían sustentado los iluministas, para los cuales la barbarie medieval se extendía desde la caída

Historia de la Filosofía de Alfred FOUILLEE, La España Moderna, Madrid, s. f., o la obra de Otto GAUP, ya citada, *Spencer*). Respecto al concepto de incognoscible spenceriano, se ha indicado su significado en la nota anterior.

(68) Con von Baër, nacido en 1792 y descubridor en 1827 del huevo de los mamíferos, se inicia la correcta interpretación del desarrollo embriológico. El dato, fundamentalmente asumido por geólogos, biólogos y filósofos, fue su afirmación de que ese desarrollo se producía bajo la forma de un progresivo paso de lo homogéneo a lo heterogéneo. (Vid. Jean ROSTAND, *Introducción a la historia de la biología*, Edicions 62, Barcelona, 1979)

(69) En su *Autobiographie* (Felix Alcan, París, 1907), Spencer recuerda que, cuando le pidieron que reseñase los *Principios de Biología*, de W. B. Carpenter, «tropecé con la fórmula de Von Baër que expresa el curso del desarrollo a través del que pasa cada animal y cada planta: el cambio de lo homogéneo a lo heterogéneo...», esta frase de Von Baër, expresión de la ley del desarrollo individual, llamó mi atención sobre el hecho de que la ley que preside las etapas ascendentes de cada organismo individual es la misma que preside los grados ascendentes de los organismos de cualquier tipo» (pág. 258).

(70) Los darwinistas sociales mencionados se distinguen por plantear la lucha por la existencia, no en términos de lucha entre los individuos de una misma especie (ya sean los individuos considerados como singularidades o como grupos), sino en términos de lucha de razas. LUKACS hace de estos autores el puente tendible entre el racismo clásico (Gobineau) y el moderno (Chamberlain). Vid. *El asalto a la razón*, op. cit., págs. 538 y ss

(71) En *Ideen zur Philosophie der Menschengeschichte* (1784-1791). La relación entre la obra de Herder y el racismo alemán del siglo XX ha sido estudiado por R. G. COLLINGWOOD, en *Idea de la historia*, F.C.E., México, pág. 98. Tal vez el puente lo constituye el racismo que tiñó el socialdarwinismo en las postrimerías del siglo XIX.

de Roma hasta la instauración del racionalismo. En el siglo XIX, la valoración de la Edad Media fue distinta: la filosofía de este período ofrece líneas absolutas y junto a concepciones de índole netamente liberal (con valores como competencia, trabajo, civilización urbana e industrial) la escala de valores propia de la cosmología romántica, con connotaciones mucho más religiosas, se orientan a la realización del propio individuo dentro de la comunidad. Al estudio de esta última dedica R. Nisbet un capítulo de su estudio sobre la formación del pensamiento sociológico. En él resalta cómo Coleridge hizo de la visión de la comunidad «la base esencial del ataque contra el racionalismo utilitario, el individualismo religioso y el industrialismo del 'laissez-faire' y cómo Hegel deja entrever la influencia de la idea de comunidad en su *Filosofía del Derecho*, a través de su crítica al individualismo de los derechos naturales, de la soberanía directa, del igualitarismo y del contrato, basándose para ello en un tipo de sociedad concéntrica como la medieval, al componerse igual que ésta de diversas esferas asociativas interrelacionadas (72).

A pesar del papel del elemento medievalista en la comprensión del esquema argumentativo socialdarwinista, no se debe exagerar la importancia de cualquiera de las tradiciones que convergen en éste. Sin embargo, Nisbet afirma que la idea de comunidad juega en el siglo XIX un papel similar al que tuvo el contrato en el racionalismo del siglo anterior: el contrato era entonces la máxima expresión de racionalidad y eticidad, como la comunidad es en el siglo XIX la imagen de la buena sociedad, señala Nisbet, refiriéndose a un concepto de comunidad que va más allá de la sociedad misma, porque abarca «todas las formas de relación caracterizadas por un alto grado de intimidad personal, profundidad emocional, compromiso moral, cohesión social y continuidad en el tiempo» (73) y se refiere al hombre entendido como totalidad. Pero, aunque ello pueda aceptarse en parte, no se debe olvidar la aportación de la doctrina jurídica (único aspecto renovador de la corriente positivista decimonónica) que se apoya en este siglo en el recién inaugurado proceso de codificación. Este, con una fecha y un texto concretos (1804 y el «Code civil» francés) consolidaba el contractualismo derivado de las revoluciones americana y francesa, no abandonado por la práctica industrial propia del capitalismo urbano del siglo en cuestión.

A ello debe añadirse el carácter socialdarwinista de algunas elaboraciones jurídicas decimonónicas: el positivismo de Cesare Lombroso, por ejemplo, se vio fuertemente influido por la obra de Darwin y de Spencer. De este último recoge una forma de exposición que le permite afirmar los factores externos e internos al hombre que determinan su inclinación criminal, del mismo modo que Spencer lo hacía con los caracteres humanos en general. A lo largo de su obra realiza, además, frecuentes alusiones explícitas o tácitas a la cosmología spenceriana (74).

El resultado es, por tanto, bastante menos claro de lo que tradi-

(72) *La formación del pensamiento sociológico*, op. cit. págs. 71 y ss.

(73) *La formación del pensamiento sociológico*, op. cit., págs. 80-81.

(74) Vid., por ejemplo, *Le crime politique*, Félix Alcan, París, 1892.

cionalmente se ha presentado. Es evidente que hasta el siglo XIX la filosofía describe al hombre como un individuo que posee libertad natural, que ha escogido vivir en sociedad también de forma libre, pero que se siente centro en cuanto que es hombre (75). La irrupción de corrientes filosóficas irracionales y los nuevos descubrimientos biológicos desvirtúan esa imagen tradicional del hombre, pero no por ello se deshace la concepción individualista liberal. El darwinismo social puede cumplir una tarea ejemplificativa del intento de fusionar elementos tan contradictorios. Las dificultades para llevarlo a cabo se plasman en la obra de socialdarwinistas posteriores que, bajo el influjo del evolucionismo de Spencer y también del positivismo, adoptan posturas en todo el espectro político, desde las más conservadoras (los mismos racistas) hasta algunas de claro matiz progresista. Este último es el caso de Edward A. Ross, que intentó explícitamente compaginar los valores de la nueva sociedad industrial con las virtudes que había idealizado de la sociedad rural en la que creció, al tiempo que apoyaba la configuración social del organicismo spenceriano eliminando sus resabios biológicos (76).

CONCLUSIONES

«La idea de una armonía económica más allá de la competencia fue (...) popularizada por Spencer y Darwin, en el sentido de que todo el Universo estaba gobernado por la ley de la supervivencia del mejor y que la selección natural no era sólo una teoría de la evolución sino del progreso» (77).

Estas palabras de Ebenstein pueden servir de contrapunto a las tesis mantenidas aquí. El darwinismo social como utilización ideológica de la teoría científica de Darwin se ha entendido tradicionalmente desde esa perspectiva, confundiendo ciencia e ideología y basando esta última en la adopción de los conceptos decimonónicos de progreso y de orden. A través del diálogo que se ha intentado establecer entre darwinismo y darwinismo social (distinguiendo radicalmente ambos) la pretensión última consistía en poner de manifiesto la duda en cuanto a que esos dos conceptos (progreso y orden) sean de aplicación al esquema socialdarwinista: dada la dificultad de relacionar unívocamente la mejora en la adaptación al ambiente con la complejidad de estructura que normalmente se produce como consecuencia, «la identificación del progreso con el mero aumento de complejidad, credo aparente de mu-

(75) La culminación de ese planteamiento anterior es, sin duda, la inversión epistemológica realizada por Kant. En cuanto a Spencer, vid., fundamentalmente, sus *Principles of Sociology* publicados en 1920 y en los que se recogen los elementos principales de su teoría respecto a este tema.

(76) *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid, 1974, págs. 406 y ss.

(77) W. EBENSTEIN, *Los grandes pensadores políticos*, Rev. de Occidente, Madrid, 1965, pág. 770. Entre otras cosas, este autor comete el error de analogar la obra de Darwin (de carácter científico) a la de los socialdarwinistas, los cuales utilizaron el esquema darwinista como marco de su justificación ideológica.

chos biólogos, es una noción que no resulta desprovista de dificultades lógicas» (78). Si existe una intención de dar sesgo optimista a la evolución, el objetivo se frustra desde la misma analogía inicial entre mundo animal y mundo humano. Y la irracionalidad (metodológica, de base) del planteamiento diríase encadenada a la de las tradiciones que recoge, tal vez sin demasiada conciencia. Porque la segunda cuestión que se ha intentado entrelazar con la anterior es la contradicción que se plantea el socialdarwinismo cuando intenta compaginar la armonía cósmica con la justificación de la competencia social como motor de la evolución del hombre. La «solución» (sólo parcial) parece hallarse en una concepción de la evolución humana que apunta únicamente a los aspectos referidos a las condiciones de ejercicio del control social por los estratos sociales hegemónicos.

(78) L. W. HULL, *Historia y filosofía de la ciencia*, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 361.

Góngora y el Derecho

(A propósito de la **Fábula de Píramo y Tisbe**)

Por ANTONIO PEREZ LASHERAS

Zaragoza

Con el presente trabajo pretendemos analizar la influencia del lenguaje forense en uno de los poemas más trascendentales e importantes del gran vate cordobés, la *Fábula de Píramo y Tisbe*, de don Luis de Góngora. Para ello, hemos tratado de ir siguiendo las apariciones de metáforas de fuente jurídica en esta composición, explicando su sentido en el conjunto de la composición y configurando la lectura entre líneas que todas estas apariciones de términos perteneciente al Derecho nos ofrecen. Hemos querido, al mismo tiempo, apoyarnos en otros ejemplos de la obra de don Luis, para demostrar que no se trata de un caso único, aunque sí, seguramente, del más extremado.

Por otra parte, hemos tratado de averiguar el porqué Góngora tenía tan mala consideración de los personajes que impartían la Justicia en su tiempo, adentrándonos para ello en la vida y avatares del cordobés y justificándolo con una breve antología de sus versos.

Creo conveniente, antes de nada, situar el tema del poema objeto de nuestro estudio. Con la *Fábula de Píramo y Tisbe*, Góngora se propone contarnos una historia archiconocida: aquella que narra los amores trágicos de dos jóvenes babilonios, que, enamorados ya desde niños, son separados por sus respectivos padres y tienen que mantener sus relaciones a través de un agujero que separa sus casas vecinas. Más adelante, Píramo convence a su amada para consumir su amor, citándola para ello junto a una fuente a las afueras de la ciudad de Babilonia. Llega primero Tisbe, oye el rugido de un león, huye «perdiendo en la fuga el manto»; el león —recién alimentado— bebe en la fuente, ve el manto, lo ensangrienta, lo desgarrá y se retira al monte. Cuando llega Píramo y ve el cendal de su Tisbe, creyéndola devorada por una fiera, se suicida. Sale la joven de su escondite, ve a su amado muerto e, inmolándose a los dioses y recordando que a partir de ese momento el moral —árbol que los cobija— cambiará el color de su fruto en memoria de sus desdichados amores, se mata también, poniendo de esta forma fin a la trágica historia.

En síntesis, esta es la historia que se representará en el arte occidental con la misma asiduidad que otros temas de origen mitológico.

En la Literatura, la primera versión de este tema se encuentra en las *Metamorfosis* de Ovidio y será tratado frecuentemente por muchos autores europeos (aparece ya en Alfonso X el Sabio, en Boccacio, Dante, Teophile de Viau, Cristóbal de Castillejo, Montemayor, Cervantes, Bernardo Tasso, Shakespeare, Marino, Tirso de Molina, La Fontaine y otros muchos escritores de todos los siglos y tendencias). Del mismo modo, famosos y menos conocidos pintores se sintieron atraídos por estos personajes que ofrecían en sus trágicas muertes un paradigma de lealtad en el sentimiento amoroso. Así lo sintieron Poussin, Rembrandt, Liemans y otros desde que apareciera en uno de los murales de la destruida ciudad de Pompeya y, sobre todo, desde que, por su fama, se difundiera el tema en forma de emblema o se representara en multitud de traducciones de la fuente original (los llamados *Ovidios moralizados* medievales), que determinaron ya cuáles iban a ser los atributos de esta historia (es decir, qué elementos iban a ser imprescindibles para que cualquier receptor culto pudiera identificar la escena; en este caso son la fuente, el león, el sepulcro de la reina Nino, el acto de la muerte de Tisbe lanzándose sobre la espada que sobresale del pecho de Píramo, etc.).

Cualquier lector atento podrá conectar el esquema narrativo de esta historia con el de otras muy similares que, normalmente, derivan de ella, como la de Romeo y Julieta o la de los Amantes de Teruel. En realidad, se trata de la representación de un amor que culmina con la muerte de los dos amantes y, por lo tanto, además de presentar una historia de innumerables facultades trágicas, su ejemplo será el de la fidelidad en el amor, que va más allá de la propia muerte o que es capaz de sacrificar la vida por el amado si ello es preciso.

Sin embargo, dos grandes autores, dos genios del arte universal, distantes en el espacio y en su concepción del mundo, Shakespeare y Góngora, quisieron subvertir la imagen ejemplar de estos personajes tratando de reducir al absurdo una historia que ya nada les decía; al menos, nada con lo que pudieran sentirse identificados.

Shakespeare, en *El sueño de una noche de verano*, hace que la historia sea representada por unos aldeanos que, pretendiendo representar fielmente el efecto trágico, mueven a la risa a cuantos contemplan la representación.

En el caso de Góngora, Píramo y Tisbe aparecen como dos desgraciados, inocentes e inconscientes, que deciden matarse por algo por lo que no merece la pena morir. Por eso, el tratamiento de don Luis con respecto al tema es burlesco y corrosivo, llegando a lo chabacano y a lo soez.

La *Fábula de Píramo y Tisbe* de Góngora, compuesta en 1618, supone la culminación de la poética del cordobés (1561-1627). A una tremenda dificultad de tipo léxico y sintáctico —no inferior a la de las *Soledades* o el *Polifemo* (1613)— el poeta añade otra mayor —no existente en las obras señaladas— derivada de la gran cantidad de niveles interpretativos que operan en el poema, superponiéndose e imbricándose contextualmente de forma admirable en este romance de 508 versos.

El hecho de que Góngora se proponga narrar una historia ya conocida de sus lectores le permite desentenderse, en cierto modo, del seguimiento lineal de los acontecimientos para distanciarse de todo posible sentimentalismo trágico o compasivo hacia sus personajes. Por eso el poema será inapelable: los amores narrados no pueden representar sino la estupidez humana, la sinrazón y la estulticia de quienes deciden que la vida puede regalarse en aras de un mal entendido sentido heroico, y menos por algo tan baladí cual es el amor humano.

Necesita el poeta para establecer este alejamiento del tema desviar las expectativas del lector e impedir que éste se pueda identificar con el objeto de la narración. De esta manera, acude a la acumulación de lecturas soterradas, mediante la inclusión de diferentes agrupaciones léxicas y significativas que nos desorienten en el discurrir lógico de los acontecimientos y nos hagan olvidar, aunque sea mínimamente, la interpretación trágica ligada hasta ese momento a la historia que se nos cuenta.

Uno de los campos semánticos de mayor efectividad en la *Fábula de Píramo y Tisbe* lo constituye el formado por el lenguaje metafórico de fuente jurídica, del que dice Alicia Galaz Vivar:

La arbitraria introducción de metáforas que tienen su fuente en el Derecho, corresponde a una tendencia del poeta y que contribuye a una de sus finalidades estéticas: la arcanidad del lenguaje metafórico (1).

En puridad, el recurso es más sutil. El amor, expresado en términos jurídicos, cobra un indudable acento cómico que actuará siempre en favor de lo grotesco y en detrimento de las posibilidades trágicas de la historia. Pocos métodos irónicos son más efectivos que la desproporción visible entre lo expresado y la expresión. De todos los términos usados por Góngora en el poema, son especialmente interesantes los que están colocados en lo que, en una estructura dramática ortodoxa, poseerían una cierta relevancia. Por ejemplo, los frustrados deseos amorosos de los jóvenes a través de la grieta están expresados así:

¡... lo atentado
lo revocaron por nulo!

(vv. 263-264)

De este uso metafórico del lenguaje forense, ya se dio perfecta cuenta Cristóbal Salazar Mardones, quien (en 1636) comentó:

Vsa de la palabra atentado en la significación jurídica y forense para lo qual es necessario advertir breuemente, que todo aquello que el Iuez del qual se apeló, huere pronunciado mientras está pendiente la apelación, es atentado, y como tal es nulo, y se reuoca en derecho (...).

(1) Alicia GALAZ-VIVAR, «Análisis estilístico de la *Fábula de Píramo y Tisbe*, de don Luis de Góngora y Argote», en *Memoria de Egresados*, Santiago de Chile (1958), II, pág. 311a.

... Y la razón de decir en esta parte, es porque mediante la apelación, queda suspendida la jurisdicción del juez que pronunció la sentencia (2).

La utilización metafórica del campo léxico de significación forense es un recurso incluido con bastante frecuencia en la poesía gongorina. Así, en la versión primitiva de las *Soledades*, encontramos el siguiente verso:

revocando sus mismos autos

para expresar que «el río cada vez (...) cambiaba de dirección» (3). El hecho de que Góngora suprimiera esta metáfora se debe a la crítica

(2) Cristóbal SALAZAR MARDONES, *Ilustración y defensa de la «Fábula de Piramo y Tisbe»*, compuesta por don Luis de Góngora y Argote..., Madrid, Imprenta Real, 1636, Fol. 108r-v.

(3) Robert JAMMES, «Elementos burlescos en las *Soledades* de Góngora», en *Edad de Oro*, II, Madrid (1983), pág. 107. Vide D. Alonso (ed.), *Las Soledades*, Madrid, Cruz y Raya, 1935, vv. 204-205 (reed. en Madrid, Alianza Editorial, 1982), y E. J. GATES, *The metaphors of Luis de Góngora*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1933, pág. 94.

Sobre cómo trata Góngora a los administradores de la Justicia, ha escrito el profesor JAMMES algunas páginas en sus *Études sur l'oeuvre poétique de don Luis de Góngora*, Burdeos, Institut d'études ibériques et ibéroaméricaines, 1967, págs. 78-82, analizando el tema desde la vena satírica y destacando como elemento de unión de la crítica la venalidad de los hombres de ley. Como ejemplos de esta postura cita las siguientes obras: «Bien puede ser» (1581, letrilla), «Si sus mercedes me escuchan» (1590, romance), «Ya de mi dulce instrumento» (1595, letrilla), «Los dineros del sacristán» (1600, letrilla), «Tenía Mari Nuño una gallina» (1616, canción), «Tejió de piernas de araña» (1624, letrilla), «Absolvamos el sufrir» (1625, letrilla). También menciona la gran cantidad de términos jurídicos que incluye la *Fábula* y nos recuerda que el propio Góngora era miembro de la clase de los letrados, tanto por ascendencia familiar como por estudios, por lo que su sátira implica lucidez y espíritu crítico.

De igual forma, podemos encontrar sátiras parecidas en otros poetas del Siglo de Oro. Así en el romancillo de Juan Salinas «La del escribano», en varios epigramas de Baltasar del Alcázar o en el *Cancionero de 1628* (Véase JAMMES [1967], pág. 79).

Caso aparte, por su relevancia, serían Lope y Quevedo. Para el primero, puede consultarse el magistral trabajo de J. M. ROZAS, «Burguillos como heterónimo de Lope» (*Edad de Oro*, IV [1985], págs. 139-163), donde se nos señala que «La justicia está vista de forma esperpéntica en *Perdonaron a un Regidor...*» (página 149); el poema *El Siglo de Oro* «es una expresivísima sátira de la justicia» (pág. 149).

En cuanto a Quevedo, puede consultarse el libro de Ignacio ARELLANO, *Poesía satiricoburlesca de Quevedo*, Pamplona, EUNSA, 1984, págs. 82 y ss., que nos indica que «En el caso de Quevedo se han sugerido además razones personales basadas en sus numerosos pleitos para su animadversión virulenta a letrados y escribanos» (pág. 83) o que «En su poesía se hallan tanto críticas serias de tono moralizante como chistes más o menos intrascendentes sobre la barba de los letrados, principal rasgo de su caricatura profesional. Las principales acusaciones siguen la línea general y se refieren a la parcialidad con los poderosos y a la venalidad. Sólo el pobre está sujeto a la ley, mientras que el rico goza de injusta impunidad» (pág. 84). Sátiras de este tipo podemos encontrar en las composiciones con los números 125, 541, 546, 547, 557, 563, 564, 571, 579, 589, 606, 639, 641, 642, 646, 647, 649, 653, 654, 660, 671, 682, 706, 713, 728, 749, 768, 770 y 786

de Pedro de Valencia. Este erudito —en quien Góngora confiaba hasta el punto de hacer todas las correcciones que le sugería—, consideraba esta utilización jurídica como un elemento jocoso difícilmente acorde con el estilo general de la obra. De esta manera, podemos observar dos notas dignas de destacarse: en primer lugar, la gran intuición de Pedro de Valencia al percibir el tono irónico que el lenguaje jurídico podía conferir a la poesía. En segundo término, es evidente la falta de evolución estética del cronista mayor del reino, que no concibe la inclusión de elementos jocosos en un poema lírico. Góngora aprendió la lección y, a partir de ese momento, intentará sacar el mayor rendimiento posible a estas metáforas de cariz forense, que empleará con mayor profusión a partir de 1613, sobre todo en romances burlescos con intención claramente humorística.

Ya en el romance «Cuando la rosada aurora», fechado en 1603 (4), se incluye un pequeño repertorio de términos jurídicos con sentido humorístico, combinado con otro mayor de significación musical. Todo ello para aludir a motivos escatológicos, como las heces, el estiércol, el mal olor, etc. Sin embargo, es en los romances posteriores a la *Fábula* cuando Góngora sistematizará el empleo de este recurso. Así en el que principia «En la fuerza de Almería», de 1620 (5), lo emplea en un tono general serio (el de la seducción de Celindaja por el moro Abencerraje, a quien ella consideraba su hermano). En el momento en el que ella se dispone a tomar un baño se nos dice que

apelaba ella después
al baño, que le templaban
curiosidad y placer,

(vv. 25-28)

Su «hermano» la observa sin ser visto y Cupido hace su juego, de forma que habla bajo el disfraz de Abencerraje o, dicho de otra forma, éste actúa bajo la influencia del dios niño, pues

Del Abencerraje luego
copia hecho tan fiel,
que los dudara el *concurso*
equivocado *juez*,

la ocupación *inquiriendo*,
donaire hace y desdén
de que *solicite* niña
lo que excusara mujer.

(vv. 53-60)

de las ediciones de Blecua (Barcelona Planeta, 1971 y Madrid, Castalia, 1969-1982 en cuatro volúmenes).

Una visión detallada de la sátira a la justicia en el Siglo de Oro puede leerse en J. M. PELORSON, *Les letrados juristes castillans sous Philippe III*, Poitiers Université, 1980, capítulo VIII, sobre todo págs. 367-377.

(4) Juan e Isabel Millé (eds.), Luis de GÓNGORA, *Obras Completas*, Madrid, Aguilar, 1972 (6.ª ed.), núm. 54. Otros editores retrasan este romance hasta 1605.

(5) Millé, 82.

Comienza la exhortación al amor, también con la inclusión de un término forense:

Ejerced, le dice, hermana,
vuestra hermosura, y creed
que tan vana es la de hoy
como ingrata la de ayer,

(vv. 61-65)

Podemos observar en este caso la utilización del lenguaje jurídico como elemento que ayuda a mantener una cierta distancia irónica con respecto al tema, de forma que el lector no puede sino dejar asomar una sonrisilla maliciosa y algo morbosa ante algo que conoce perfectamente.

Con «Minguilla la siempre bella» (1620) (6), encontramos, de nuevo, la utilización de las metáforas jurídicas como recurso ancilar del estilo burlesco. Se trata de un tema similar al de Píramo y Tisbe pero en versión rústica (7).

El galán quiere conquistar a Minguilla demostrándole su valor ante los toros, pero

mientras extinguía las fieras
el garzón, pavor hermoso,
la púrpura *robó* a Menga,
y la *restituyó* el robo

(vv. 59-52)

Teme la muchacha, pero se repone para no demostrar —decorosamente— sus ardores amorosos, de forma que

se *venga* en sus desenojos

(v. 72)

Poco después se aleja para citar al valiente galán y

A los desvíos *apela*,
partiendo en lo más remoto,

(vv. 77-78) (8)

Como puede comprobarse, la inadecuación estilística es, en manos de Góngora, un fecundo mecanismo humorístico. Hemos visto que este recurso no sólo es puesto en práctica en la *Fábula*, sino que el poeta recurre a él con bastante frecuencia. Por eso, se puede pensar que algunos términos jurídicos están lexicalizados y han sido previamente asimilados por la lengua poética gongorina. No es este, empero, el caso

(6) Millé 84.

(7) Antonio Carreño (ed.), Luis DE GÓNGORA, *Romances*, Madrid, Cátedra, 1982, pág. 447.

(8) También podrían citarse los romances «Como su querida Amarilis» (Millé, 85), de 1620; y «En lágrimas salgan mudo» (Millé, 86), de 1621. De entre los términos jurídicos que Góngora utiliza, debe destacarse, por la frecuencia de aparición, el verbo *revocar*, que en algunas ocasiones parece desprendido de su cualidad forense. Vide ALEMANY, *Vocabulario de las obras de don Luis de Góngora y Argote*, Madrid, Tip. de la Revista de Archivos, 1927 (reimp. en 1930).

que nos ocupa, pues en nuestro poema la utilización de tales series léxicas es, sin lugar a dudas, consciente y posee una intención jocosa que se demuestra en la insistencia con que Góngora reincidirá a partir de 1618 en este recurso, introduciendo los mismos términos como fuente de iguales metáforas jocosas.

Pero vayamos ya con la *Fábula de Píramo y Tisbe*. En ella encontramos una gran cantidad de voces de procedencia forense, pero, curiosamente, dispuestas de tal manera que llegan a confeccionar una lectura subliminar, soterrada y, al mismo tiempo, integrada en la interpretación global del poema mediante un sistema perfecto en el que se imbrican las distintas interpretaciones parciales o subrepticias.

Desde esta lectura entre líneas, el poema podría considerarse como el discurso de un fiscal ante los tributos que forman el jurado que dictaminará sobre unos hechos que conocen, pero que el acusador se encarga de repetir para acentuar y calificar ciertos aspectos, enjuiciándolos de forma capciosa y maniquea. La narración de los hechos es ya de todos conocida porque el Licenciado Nasón (Publio Ovidio Naso, poeta latino que en sus *Metamorfosis* incluyó la primera versión conocida de la historia de Píramo y Tisbe), abogado defensor, se ha encargado de contarla en un tono con el que el fiscal (el narrador soterrado de nuestra fábula, el socarrón eco del Góngora que se burla del heroísmo) no está en absoluto de acuerdo. Lo que pretendería este acusador particular sería hacer justicia con estos dos *casquilucios* (Píramo y Tisbe), al igual que se hizo, en su momento, con el moral que actuó como cómplice del crimen:

moral que los hospedó,
y fue *condenado* al punto,
si del Tigris no en *raíces*,
de los amantes en *frutos*.

(vv. 25-28) (9)

Como el moral permaneció siendo un bien inmueble, su condena será en *frutos*, a favor de los amantes, es decir, estará obligado a pagar una «pensión anual como interés de un capital», en verano, por la celebridad conseguida por la colaboración en la muerte de los amantes (es decir, por la metamorfosis del color de las moras, que pasan de ser blancas a ser rojas en recuerdo de la muerte de los dos amantes).

Comienza la narración de los hechos con la descripción del lugar donde acaecieron los sucesos, haciendo de éste, en cierta medida, sujeto secundario de los mismos:

La Ciudad de Babilonia,
famosa, no por sus muros
(fuesen de tierra cocidos,
o sean de tierra crudos),

(9) Y, en este caso, debe entenderse como adverbio de lugar ('allí'), supone, pues, un arcaísmo que ayuda, de alguna manera, a conceder al relato una acainidad muy propia del discurso forense.

En este sentido, son frecuentes las expresiones utilizadas por el narrador para dotar al relato de un efectismo inmediato, como si se estuviera lanzando a un auditorio al que pretendiera convencer.

sino por los dos amantes,
 desdichados hijos suyos,
 que muertos, y en un estoque,
 han peregrinado el mundo.

(vv. 1-8)

De esta manera, se resalta el efecto que la muerte de los dos protagonistas de la funesta acción ha tenido para la fama de la ciudad. El narrador-fiscal trata así de sensibilizar a sus oyentes acudiendo a un detalle que, sin duda ha de conmoverlos, ya que afecta a los más íntimos sentimientos patrios. Pero todo esto tendría una lógica aplastante si los receptores del mensaje —los lectores del poema— participaran de este sentimiento. Es evidente que Góngora se dirige a un público que nada tiene que ver con Babilonia, ¿qué sucede, pues? ¿cómo entender esto? Nada podría comprenderse de este romance si no se tuviera perfectamente clara la ficción que el poeta ha querido establecer. Por otro lado, está claro que Góngora trata de parodiar burlescamente un tema e, incluso, el tratamiento que éste ha tenido a lo largo de toda una larga tradición literaria e iconográfica. Con este principio, pues, se nos están abriendo las puertas de la ficción, como el telón que separa, en el teatro, la ilusión de la realidad, guiándonos un ojo y ubicándonos en un remoto y distante lugar.

Prosigue la narración de los hechos partiendo del origen o causa de los mismos (nacimiento e infancia en casas contiguas de los dos babilonios, enamoramiento temprano). Al ver cómo se desarrollaban los autos, la autoridad, representada en la potestad de la madre de Tisbe, prohíbe e impide que los jóvenes sigan viéndose, recluyendo a su hija en una pieza apartada. La comunicación le llega a Píramo como una notificación expresa de prohibición:

Intimado el entredicho
 de un ladrillo y otro duro,
 llorando Píramo estaba
 apartamientos conjuntos,

(vv. 133-136)

Prohibición que es contundente por estar sellada con duros ladrillos. Sin embargo, y a pesar de todo esto, los amantes incumplen la ley familiar y deciden comunicarse acudiendo a los servicios de una sirvienta mulata. Si, como popularmente se estima, consideran que pueden tomarse la justicia por su mano y quebrantar así la ley, la misma mulata —instrumento del incumplimiento— será descrita con términos forenses, ya que estaba «calzada en la diligencia / de diez argentados puntos (vv. 211-212). Pero pronto desaparece de la escena este personaje y son los dos muchachos los únicos responsables de sus acciones futuras, por lo que la medianera no puede ser acusada más que de intento o *ejercicio frustrado* de violar la interdicción de la madre:

y viendo *extinguidos* ya
 sus *poderes absolutos*
 por el hijo de la tapia,
 que tiene veces de *Nuncio*

...
 su *ejercicio ya frustrado*
 le dejó el ébano sucio.

Otorgó al fin el infausto
avocamiento futuro,
 y *citando la otra parte,*
 sus mismos *autos repuso.*

(vv. 213-224)

La función de la mulata ha sido suplida al encontrar Tisbe el resquicio en la pared que separa las casas vecinas. Por esto, el papel del juez —culpable de la acción futura— pasa a manos de Píramo, que *repone los autos*, es decir, vuelve a tomar el protagonismo de la acción y, a través del agujero, intentará, repetidas veces, unirse a su amada, aunque nunca lo consiga totalmente:

¡Cuántas veces impaciente
 metió el brazo, que no cupo,
 el garzón, y lo *atentado*
 lo *revocaron por nulo!*

¡Cuántas el *impedimento*
acusaron de consuno,
 al pozo, que es de por medio,
 si no se besan los cubos!

(vv. 270-278)

Acusan los amantes, en su juicio particular, el tamaño del agujero como impedimento que imposibilita la unión marital. El agujero es comparado con los pozos comunes de casas vecinas, situado en la pared que las separa; las bocas de los muchachos son como los cubos que intentan sacar agua del pozo, pero que, frente a éstos, no pueden chocar (besarse) por falta de profundidad.

Los intentos de incurrir en delito, por inducción de Píramo, se han producido en varias ocasiones, pero no contento con estos conatos criminales, los reos deciden llevar a *término* (v. 360) su propósito.

Comienza con la salida de Tisbe el relato más minucioso del proceso criminal, por eso abundan las alusiones, las construcciones y la profusión del léxico forense. La muchacha sale de casa al lugar del delito y es advertida por varios sujetos de la ilegalidad de su acción; los presagios, el incendio del olmo abrazado a la vid en ilícito matrimonio..., todo indica la severidad de los dioses —jueces en sus veredictos—, a pesar de que Tisbe lo considere exagerado e injusto:

... ¡Oh cielo *injusto,*
 si tremendo en el *castigo,*
 portentoso en el *indulto!*

(vv. 310-312)

Con todas estas rotundas advertencias, la inculpada llega a tomar pavor y se arrepiente incluso de su atrevimiento, al saberse culpable

de un delito no consumado, por lo que su vista correspondería, por el momento, a un tribunal terreno. Ésta es la razón por la que la muchacha, para buscar protección, apela a la superior institución que preside el dios Vertumno:

a las ruinas *apela*
de un edificio caduco
(vv. 323-324)

...
... ahora
jurisdicción de Vertumno
(vv. 343-344)

De esta manera, logra salvarse de la justicia que el león pudiera haber verificado. Pero el proceso es ya irreversible. La apelación no ha servido más que para facilitar huellas, que serán los rastros posteriores que llevarán a Píramo a iniciar el trágico final.

El león interviene, dejando también las huellas de su paso por el lugar del delito; la Luna es obligada por Saturno a proyectar la luz necesaria para dejar ver el manto desgarrado y ensangrentado por la fiera:

para leer los *testigos*
del *proceso* ya concluso
que *publicar* mandó el hado,
cual más, cual menos *perjuero*.
(vv. 377-380) (10)

¿El proceso ha concluido ya? No, ciertamente. Los hechos deben proseguir. Es la intención de los amantes lo que ha concluido, porque debido a la intervención de los dioses, la condena está implícita ya en el ulterior desarrollo de los acontecimientos. Sin embargo, sí que concluye lo que Píramo —convertido ahora en juez de un proceso subsidiario y que, en sus cortas luces, juzgará equivocadamente— debe examinar; de este juicio, el único inculpado es él mismo, pero de una manera simbólica —con «un cuerno de juro (v. 436), es decir, ha sido condenado a ser considerado un cornudo para toda la eternidad, porque el león se le ha adelantado—. Pero este proceso es falso, acorde al alcance intelectual y a la ecuanimidad de su juez; Píramo, ante lo que consideraba una condena indigna, se suicida; Tisbe, al verlo, lo acompaña en su equivocación. Ahora sí que ha concluido el proceso. El ridículo es el veredicto; el ridículo eterno va a quedar simbolizado, a partir de ahora, con su ejemplo; su muerte será el emblema de la estupidez por amor. En este momento sí que podemos decir que todo ha concluido.

Bueno será ir sintetizando todo lo dicho, con el objeto de no perder el hilo de nuestro razonamiento. Góngora persigue con la utilización del lenguaje jurídico profundizar en el juego burlesco al que nos invita a participar. Pamela Waley nos recuerda que no existe

(10) *Concluso*. De nuevo un arcaísmo que ayuda a dar coherencia a la parodia jurídica.

Nada más burlesco que el tratar de cosas de amor en términos legales, los más fríos e impersonales posibles. Y por la misma reiteración, esta unión incongruente amor-foro adquiere un tono cómico cada vez más fuerte (11).

Pero quizá fuera oportuno preguntarnos el porqué nuestro poeta acudió a este recurso para sus fines humorísticos. En primer lugar, sería necesario tener presente que Góngora estudió leyes en Salamanca, aunque no terminara la carrera y dedicara su estancia en la bella ciudad castellana a menesteres más placenteros, entre ellos cuajar su vocación poética; de su estancia en la ciudad del Tormes, empero, aparte del conocimiento del latín y del italiano, obtuvo un conocimiento del Derecho suficiente, a lo menos, para aprovecharse de su terminología con un efecto paródico.

En segundo lugar, habría que tener presente un detalle de la vida de don Luis que afectó sobremedida su visión de la vida e, incluso, su poesía. Me estoy refiriendo a un hecho acontecido en noviembre de 1605: un sobrino de Góngora (hijo de su hermana doña Francisca de Argote) resulta herido en una riña, a consecuencia de cuyas heridas muere. La familia inicia las acciones legales lógicas y se pone comienzo a lo que será un largo proceso que concluirá en 1609 con resultados negativos para los demandantes. Del efecto que tal veredicto causó en el poeta cordobés nos dan perfecta cuenta estas breves palabras de Dámaso Alonso: «se va asqueado de la justicia y de Madrid» (12).

Decíamos que este desgraciado suceso de la muerte de su sobrino y del posterior juicio afectó, incluso, a la poesía de Góngora. Veamos un ejemplo: unos tercetos escritos el mismo año de 1609, de los que entresacamos algunos versos. El poema va dedicado «A lo poco que hay fiar de los favores de los príncipes cortesanos; por lo cual se sale de la Corte»:

¡Mal haya el que en señores idolatra
y en Madrid desperdicia sus dineros,
si ha de hacer al salir una mohatra!

(vv. 1-3)

...

Si yo tuviera veinte mil ducados,
triplones convocara de Castilla
de Portugal bajetes mermelados.

(vv. 13-15)

...

Si ya no es que de las simples aves
contiene la república volante
poetas, o burlescos sean o graves;

(vv. 22-25)

(11) Pamela WALEY, «Enfoque y medios humorísticos en la *Fábula de Piramo y Tisbe*, en *Revista de Filología Española*, XLIV (1961), pág. 391.

(12) Dámaso ALONSO, *Góngora y el «Polifemo»*, Madrid, Gredos, 1974, I,

La lisonja, con todo, y la mentira
 (modernas Musas del Aonio coro),
 las cuerdas le rozaron a mi lira.
 ¿Valió por dicha al leño mío canoro
 (si puede ser canoro, leño mío),
 clavijas de marfil o trastes de oro?

(vv. 43-48)

Gastar quiero de hoy más, plumas con ojos,
 y mirar lo que escribo. El desengaño
 preste clavo y pared a mis despojos.

La adulación se queden y el engaño,
 mintiendo en el teatro, y la esperanza
 dando su verde un año y otro año;

(vv. 55-60)

...
 ¡Oh Soledad, de la quietud divina
 dulce prenda, aunque muda, ciudadana
 del campo, y de sus Ecos convecina!

(vv. 79-81)

De estos versos puede intuirse la desesperación y el desengaño (palabra clave de nuestro Barroco) que sufrió el poeta; y hasta tal punto fue así que Góngora renuncia a sus aspiraciones cortesanas (sus amigos le recomiendan que se traslade a vivir a Madrid para poder tener mayor proyección poética) y se propone apartarse a la soledad (otra de las grandes claves de nuestra época áurea) del campo a escribir y meditar. Pero todo esto no tendría mayor trascendencia si se tratara de lo que hoy se llama «una crisis pasajera». Don Luis se encierra en su carmen cordobés y es allí donde empieza a idear la composición de un largo poema lírico, pero con resonancias épicas, que describa la necesidad de apartarse de la lisonja y de la hipocresía cortesana, que —en pocas palabras— constituya un «menosprecio de corte» y una «alabanza de aldea». Estamos hablando de las *Soledades*, ese poema imposible, «indigesto» y sin sentido lógico alguno (según la crítica de sus detractores). Podemos observar, de esta manera, que las *Soledades* tienen una motivación muy humana: el desengaño de unos ideales, la postura del hombre que se encuentra vacío de esperanza y se siente engañado en una sociedad en la que lo único que cuenta es el dinero. No se puede, pues, hablar de un poema «deshumanizado» si ha sido ideado desde una perspectiva tan sumamente sentida (13).

pág. 41. Véase, del mismo autor, «La muerte violenta de un sobrino de Góngora», en *Cuadernos Hispanoamericanos* (1962) y de Miguel ARTIGAS, *Don Luis de Góngora y Argote*, Madrid, R.A.E., 1925.

(13) Curiosamente, y a raíz de la difusión de las *Soledades* y del *Polifemo* (1613), Góngora siente la necesidad de acudir a Madrid para poder seguir de cerca la polémica que se suscitó en torno a sus obras. En 1617 se instala en la Corte y allí permaneció hasta poco antes de morir, momento en el que pidió ser trasladado a su ciudad natal.

Para comprender la idea que Góngora tenía de la justicia, bueno será hacer un breve repaso de las apariciones de los letrados en la poesía gongorina. En general, y casi con exclusividad, aparecen en las letrillas. Su crítica es algo común a todos los autores satíricos del siglo XVII y podría encuadrarse en lo que ha dado en llamar «sátira a los estados», que es uno de los temas constantes de las letrillas de don Luis. En ella, aparece toda una serie de personajes representativos de la sociedad en la que el poeta vive el *soldado fanfarrón*, el *médico ignorante*, el *hidalgo famélico*, los *jueces y miembros de la justicia*, que están vendidos al dinero, y, por último, el *poder del dinero*. En realidad, todos aquellos personajes que viven de una manera hipócrita, aparentando ser honrados o conformes a unos cánones, creados por ellos mismos, y que de hecho no cumplen. Es la sempiterna lucha entre la apariencia y la realidad, tema hartamente querido por Góngora, que lo expresa en todos sus aspectos: desde la hermosa rosa que esconde la dolorosa espina, las flores que son más bellas cuanto menos viven, los pétalos que esconden en sus bordes el blanco de la muerte, hasta la más cruda expresión de la muerte como vuelta a la propia naturaleza. La cosmovisión que se trasluce de todo ello es simple: los viejos valores sociales han sido subvertidos; ya de nada valen la nobleza, la hidalguía, el honor, el amor desinteresado, los bellos sentimientos patrios: hoy sólo el dinero vale. Pero veamos las alusiones a los representantes de la Justicia:

Que sea el otro Letrado,
por Salamanca aprobado,
bien puede ser;
mas que traigan buenos guantes
sin que acudan pleiteantes,
no puede ser. (14)

Viendo el escribano que
dan a su legalidad
(por ser poco el de verdad),
nombre las leyes de fe,
su pluma sin ojos ve,
y su bolsa, aunque sin lengua,
por la boca crece o mengua
las razones del culpado,
la bolsa hecha abogado,
la pluma hecha testigo:
y digan que yo lo digo. (15)

Labra el letrado un Real
Palacio, porque sepades
que interés y necesidades

(14) Luis DE GÓNGORA, *Letrillas* (ed. de Robert Jammes), Madrid, Castalia, 1980, núm. VII, 10 (1581).

(15) *Ibid.*, XIV, 6 (1595).

en piedras hacen señal;
 hácelo luego hospital
 un halconero pelón,
 a quien hija y corazón
 dio en dote, que ser le plugo,
 para la mujer verdugo,
 para el dote gavilán.
Los dineros del Sacristán
cantando se viene y cantando se van (16)

Cualquiera que pleitos trata,
 aunque sean sin razón,
 deje el río Marañón,
 y entre el río de la Plata;
 que hallará corriente grata
 y puerto de claridad:
¡verdad! (17)

La mayor legalidad,
 si el preso tiene dinero,
 salvadera hace el tintero,
 salvando su libertad;
 que mentira es la verdad
 del que es litigante pobre;
 gato, aun con tripas de cobre;
 no habrá gato que no venza;
¡tenga vergüenza! (18)

Ya no es la justicia igual
 por más que a serlo se esfuerza,
 que no hay vara que no tuerza
 sólo un peso de un real;
 en cualquier tribunal
 es oído mejor el rico;
 yo de oídas certifico
 que, aunque es buena la razón,
 oyen el son de un doblón
 con mejor facilidad,
mas Dios sabe la verdad. (19)

Vendo tocas encerradas
 y descansos muy delgados,
 y diferentes tocados,
 si hay pagas adelantadas;
 y aunque las compro estiradas,
 por vender más, las doy flojas,
y tengo mi cofre donde las otras. (20)

(16) *Ibid.*, XVI, vv. 27-38 (1600).
 (17) *Ibid.*, XVII, 7 (1601).
 (18) *Ibid.*, XXI, vv. 28-36 (1624).

Aparentemente, el tema de la Justicia es, en la poesía gongorina, un tópico más de los muchos que emplea toda la poesía barroca. Sin embargo, no existe ningún elemento empleado por el poeta cordobés, por mucho que tenga una larga tradición literaria, que permanezca inmune a la parodia gongorina; siempre existe un matiz diferenciado, una subversión implícita, una nueva interpretación, una reducción al absurdo o, simplemente, una vuelta contrafáctica del tema, motivo o imagen imitada. Por todo ello, debemos considerar la aparición de los elementos jurídicos en Góngora como algo más complejo, bien que en un primer momento constituyera uno de los muchos *topoi* de la poesía coetánea a la suya.

Creo que hemos podido demostrar que la utilización de metáforas de fuente jurídica llega a integrarse hasta tal punto en la lengua poética de Góngora que constituyen un recurso casi necesario para la ridiculización de ciertos temas amorosos considerados como trágicos o heroicos por la tradición. Es, como dijimos en su momento, una forma de establecer una distancia con respecto al tema tratado y con los personajes aparecidos. Porque, quiérase o no, nada hay más distante ni menos deseado que verse envuelto en la maraña del frío lenguaje jurídico. Sin embargo, empleado con maestría, puede resultar hasta ridículo por la inadecuación notable entre la seriedad y pomposidad del estilo con los argumentos tratados a su través.

Por otra parte, hemos visto que pueden analizarse circunstancias personales que, en cierta medida, justifican la aversión que don Luis sentía hacia la Justicia; aversión que, en un principio, es simple distanciamiento, que pasa después a ser crítica a los magistrados venales y que culmina en una total desconfianza en un sistema judicial que sólo protege al que tiene dinero.

(19) *Ibid.*, LXXVII, vv. 89-99. Considerada «atribuida», por Jammes.

(20) *Ibid.*, LXXXII, vv. 24-30. Entre los romances, podríamos citar los que principian: «Dejad los libros ahora», «Murmuraban los rocines», «Tenemos un doctorando».

En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)

Por JOSE MARIA ROJO SANZ

Valencia

Werner Maihofer, en su *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, habla de posiciones que se sitúan en vías de una nueva fundamentación del derecho más allá del iusnaturalismo y del positivismo (1). Es cierto que esta bipolarización amenaza desde hace años con bloquear en un peligroso inmovilismo la filosofía del derecho, pero no parece menos cierta la afirmación de que el único camino para salir de esta situación exige la superación de ambos. Superación del positivismo, el cual ha terminado en una *petitio principii*: por un lado declara la existencia exclusiva del derecho formalmente válido, pero admitiendo, al mismo tiempo, la formal validez del único derecho existente. Y superación del iusnaturalismo, de su abstracción racionalista absolutizada (2). Pero superación, porque cualquier intento de salvar este dualismo doctrinal existente habría de pararse en ambos, retomarlos, criticarlos y superarlos. En efecto, hoy día parece imposible hacer filosofía del derecho sin partir de ellos dos.

Esto es lo que ocurre, en mi opinión, en los escritos de Dworkin. En efecto, cuando el profesor norteamericano plantea en *The Model of Rules* preguntas como, por ejemplo: ¿qué dice el derecho?, o el por qué consideramos lo que dice el derecho como asunto de obligación jurídica, o si tiene algo que ver la obligación jurídica con la obligación moral, o si podemos decir que tenemos las mismas razones para cumplir con nuestras obligaciones jurídicas que con nuestras obligaciones morales, etc...., no está haciendo otra cosa que exponer sencillamente el hecho de que «estamos acostumbrados a evaluar nuestros problemas con las cuestiones clásicas de la jurisprudencia» (3), no dejando entrever otra cosa sino que en aquellas cuestiones se remueve de nuevo en el fondo la vieja polémica iusnaturalismo-positivismo tal

(1) Cfr. op. cit., Introducción, pág. X, Darmstadt, 1966 (2), cit. por G. ZACCARIA, en *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984, págs. 17-18.

(2) *Ibid.*, pág. 18.

(3) Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, G. Duckworth, Londres, 1978, pág. 14 (trad. cast. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984). En adelante, citado por el original inglés.

y como se ha reflejado posteriormente en las controversias que los escritos de Dworkin han suscitado desde el mismo momento de su aparición.

Pero la crítica de Dworkin al positivismo, y en concreto al positivismo de Hart, ¿supone, en realidad, un paso adelante, más allá —quizá una tercera vía— que lo que de superación del positivismo, o de su crisis, podemos encontrar en la obra de un Hart o de un Bobbio, por ejemplo?, o más bien puede decirse que Dworkin sea, simplemente, un iusnaturalista de nuevo cuño, como algunos se han apresurado a afirmar (4). Lo cierto es que el mismo Dworkin se expresa como en una real postura intermedia entre iusnaturalismo y positivismo utilitarista (5). Desde luego, lo que también se puede afirmar sin lugar a duda es que la teoría del derecho de este autor no se presenta como la cabeza de madera de la fábula de Fedro, es decir, —y siguiendo con el ejemplo kantiano— como una cabeza muy hermosa, pero sin seso. En efecto, como se ha señalado, si por un lado, supone la crítica más radical que se haya hecho al positivismo —en este caso a través de Hart y, por tanto, al modo de entender la filosofía del derecho y el derecho mismo en el mundo anglosajón de hoy—, por otro lado, elabora una teoría moral verdaderamente atractiva de la que estaba falta la doctrina anglosajona y que enlaza con la teoría de los derechos humanos. De ahí, no sólo el revulsivo que ha supuesto la postura de Dworkin en el ámbito de dicho pensamiento, sino también el éxito que ha conseguido en el resto del occidente jurídico, en el cual incluso la crítica más negativa que se pueda hacer de autores anglosajones revela, por sí misma, su importancia, dado el secular alejamiento entre ambos sistemas globalmente considerados. Quizá se pueda decir que es Italia, donde la doctrina parece más sensible a los problemas doctrinales relacionados con la tarea judicial, en donde se ha reaccionado más constructivamente en este sentido (6).

Como bien ha señalado Calsamiglia, Dworkin pretende construir una teoría general del derecho que no excluya ni el razonamiento moral, ni el jurídico, sino, por el contrario, que los una inseparablemente de modo que el mismo Dworkin ha podido afirmar que se ha ido concienciando progresivamente de la importancia de considerar la filoso-

(4) *Ibid.*, págs. 14-80 para la postura de DWORKIN respecto del positivismo, V. t. J. R. de PÁRAMO, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 379-414.

Frente a autores que, como BLACKSTONE hablan de un convencionalismo moral, refiriéndose a la postura de DWORKIN (cfr. *Law ad Morality. The Hart-Dworkin debate and an alternative*, «ARSP», «Law and The Future of Society», NR 11, 1979, págs. 91-92), otros le tildan de neoiusnaturalista; así, por ejemplo, REBUFFA, en *Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 1980, páginas 209-229.

(5) Así lo entienden, entre otros, J. R. de PÁRAMO, op. cit., pág. 336, nota 2, A. CALSAMIGLIA, *Ensayo sobre Dworkin*, en la edición en castellano de *Taking Rights Seriously*, cit., págs. 11-12, y el mismo HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, «Sistema», 36, 1980, pág. 15.

(6) Las anteriores notas son elocuentes por sí mismas de que este interés no falta ya en España tampoco.

fía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y, por tanto, de la filosofía (7). Por ello, los intentos de obviar a Dworkin, después de su irrupción en la filosofía jurídica, son vanos, ya que ofrece afirmaciones que, una vez realizadas, no pueden dejar igual los ánimos ni las doctrinas. Por otro lado, las mismas contradicciones entre los planteamientos de Hart y Dworkin no son sino una muestra más de la insuficiencia del positivismo jurídico actual para explicar la realidad del derecho y de la necesidad de superar aquél.

En las controversias que ha suscitado la postura de Dworkin, parece haberse simplificado enormemente la cuestión de fondo. En efecto, se habla de que el adversario de Dworkin no existe, de que se trata de otro Hart, un Hart inexistente. Otros llegan a hablar incluso de un intento, por parte de Dworkin, de querer establecer solamente que existe un ideal consenso y una necesaria conexión entre derecho y moralidad dentro de cada sistema legal (8); o que es un pre-benthamiano cuya idea guía sería la ósmosis entre jurisprudencia censoria y jurisprudencia expositiva (9), etc... Sin embargo, en donde verdaderamente parece hallarse el núcleo del planteamiento dworkiniano es en su apreciación de que el derecho consiste no sólo en un conjunto de reglas, sino también en principios.

Frente a esta afirmación las otras conclusiones extraídas del examen de su doctrina se nos antojan meras consecuencias de aquello o, al menos, afirmaciones de una relevancia menor (10). Por otra parte, este punto de partida no parece que permita hacerle sin más sucesor del neocontractualismo de Rawls, o de la teoría de los derechos innatos de Locke o Rousseau (11).

(7) Cfr. «Doxa», 1, 1984, pág. 79, y A. CALSAMIGLIA, op. cit., pág. 7.

(8) Cfr. BLACKSTONE, op. cit., pág. 91.

(9) Cfr. MACCORMICK, *Dworkin as Pre-Benthamite*, «Philosophical Review», LXXXVII, 1978, pág. 591, cit. por A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto, Giuffrè, Milano, 1982, pág. 70.

(10) Con J. R. de PÁRAMO se pueden resumir así los principales puntos, aparte el ya mencionado, de la doctrina de DWORKIN en su crítica al positivismo (cfr. op. cit., págs. 405-406):

1. La regla de reconocimiento debe ser sustituida por un juez cuya función en los casos difíciles consiste en construir la teoría —en términos de derechos y principios— que mejor explique y justifique el derecho establecido.

2. En un ordenamiento jurídico desarrollado siempre hay una respuesta correcta a la pregunta ¿cuál es la regulación jurídica aplicable?, teniendo obligación el juez de descubrirla. Una de las partes siempre tendría un derecho a su favor.

3. Los jueces nunca pueden excluir una de las dos posibles alternativas (discrecionalidad en sentido fuerte).

4. Los jueces no necesitan actuar como legisladores ni en los casos difíciles.

5. Al no legislar, deben limitarse a argumentar en base a consideraciones de principio, no de intereses sociales, aunque en el Derecho penal puedan darse algunas excepciones.

6. La tarea del juez al identificar el derecho pone una dimensión moral al llevar a cabo juicios morales sustantivos lógicamente diferenciables de la moral social convencional y de las reglas sociales aceptadas.

(11) Cfr. NOWELL-SMITH, *Dworkin on Rights*, «Philosophical Books», 1978, pág. 6, cit. por A. PINTORE, op. cit., pág. 53.

Frente a la posible existencia de «principios» diferentes de las reglas los postulados positivistas a los que hace frente Dworkin pierden relieve, como ocurre, por ejemplo, con la consideración del derecho como un conjunto de normas identificables por su origen, la decisión discrecional de los jueces en los casos difíciles, o que los derechos y obligaciones jurídicas deriven exclusivamente de las normas jurídicas positivas (12). Por otra parte, la afirmación de la existencia de los principios, junto a las reglas, en el derecho nos envía directamente al problema del concepto del derecho, sobre el que una y otra vez se hace necesario volver, al manejar la filosofía del derecho, una realidad viva sometida a las variables circunstancias de toda sociedad.

En efecto la pregunta *quid ius* se ha convertido, hoy día, entre los filósofos del derecho en la pregunta fundamental (13). Además, la existencia de los principios desvela, con una claridad mayor, la inutilidad de constreñir en un catálogo abstracto, que distinga entre fuentes legales y extralegales de producción del derecho, la fluida aparición del mismo en las sociedades. Hablar de principios no es, como podría pensarse en un primer momento, referirse a una serie de normas intemporales almacenadas en algún depósito a la espera de que los jueces las descubran, ni tampoco cadenas invisibles que, de alguna manera, nos envuelvan entre normas misteriosas (14).

Es lógico que para una mente formada en el positivismo le atemorice sólo el escuchar la palabra «principios», incluso por la misma vaguedad del término, ya que, si parece claro que al hablar de principios siempre nos referimos a un punto de partida, a la base, fundamento u origen sobre los cuales se procede discutiendo en cualquier materia o algo de lo que derivar otras cosas, etc..., no es menos cierto que ello es ya de por sí muy genérico. La cosa se complica si hablamos de principios del ser o del conocer o si diferenciamos entre reglas y principios, entre principios morales y jurídicos o entre principios y principios generales del derecho.

Para Dworkin, un sistema jurídico, tal y como es percibido por los jueces, pero también tal y como es percibido por la experiencia jurídica general o común, incluye no solamente el derecho explícito, reconocido claramente como tal e identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho —legislación precedente, costumbre, práctica judicial, etcétera...—, sino también un conjunto de principios jerárquicamente ordenados que se encuentran implícitos o son propuestos por el derecho explícito (15). Es evidente que parece haber un cierto paralelismo en las expresiones que maneja Dworkin, por ejemplo a lo largo de

(12) Cfr. R. DWORKIN, op. cit., pág. 17, V. t., A. PINTORE, op. cit., págs. 7 y ss.

(13) Cfr. J. de LUCAS, *La pregunta fundamental*, «Persona y Derecho», 9, 1982, págs. 121 y ss.

(14) Cfr. G. ZACCARIA, op. cit., págs. 3-4. Así se expresa DWORKIN al referirse a lo que suponen los «nominalistas» cuando oyen hablar de «derecho» y de «obligación jurídica» (cfr. op. cit., págs. 15-16).

(15) Cfr. J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 106.

Taking Rights Seriously, con la clásica utilización iusnaturalista del término principio, como, por ejemplo, cuando se dice que «el derecho natural en el sentido más tradicional y específico de la expresión es un orden real y objetivo constituido por un conjunto de *principios* universales dictados por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, que sirve de complemento al derecho positivo y actúa como fuente cuando falta una solución configurada por las normas» (16). Por otra parte, intentos como los de Coing de construir un sistema de principios jurídicos supremos perennemente válidos, o experiencias como la del *Gesetzliches Unrecht*, que llevan a pensar en la necesidad elemental de principios directivos superiores que vinculen a los poderes políticos y jurídicos (17) no han facilitado precisamente la tarea de comprensión del pensamiento dworkiniano por lo que a su teoría de los principios se refiere. Sin embargo, creo que se puede afirmar que ambas posturas no son sin más identificables, ya que Dworkin contempla los principios como principios jurídicos «implícitos en o propuestos por el derecho explícito». La aceptación del hecho de la existencia de estos principios que son utilizados por los jueces consiste simplemente en respetar una realidad que no se puede obviar, sin caer en un rígido reduccionismo. Así, Dworkin entrevé unos principios que han sido puestos como para siempre y que están allí desde siempre o, al menos, desde que se puso el sistema jurídico concreto. Es decir, existen a partir de una posición original, posición que Rawls entendería como el clásico contrato social que no parece retomado aquí por Dworkin. La posición original de éste parece más original aún si cabe, remitiéndose prácticamente al origen mismo del propio sujeto del derecho, de la persona humana, y en un segundo paso del mismo sistema jurídico. Desde allí, los principios están como ramificándose y ejerciendo su influencia por todo el entramado jurídico y ahí los encuentra el juez cuando necesita resolver un caso difícil. Principios que han podido ser ya plasmados en una concreción puntual normativa en las mismas reglas en las que el juez no los encontró esta vez como respuesta adecuada para el caso concreto en cuestión.

Desde el punto de vista de una teoría de la justicia, lo que encontramos en una posición originaria es siempre algo que es debido a alguien y, por lo tanto, una obligación de dárselo o de devolvérselo según los casos. Es decir, nos encontramos con una obligación moral que se proyecta en forma de principios morales que pueden llegar a ser jurídicos en el complejo entramado social de las relaciones humanas desarrolladas por el humano ejercicio de la libertad. Desde el ángulo de la posición originaria, y más aún desde la perspectiva de una teoría de la justicia, no se trataría de que los principios «estén ya inventados» o que «existan desde siempre», sino que al darse el caso concreto, se enlaza como automáticamente el caso en sí con la posición originaria reconstruyéndose para cada caso el itinerario de las exigen-

(16) Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, 1962 (10), t. I., págs. 57 y ss. y 369 y ss., como modelo de este tipo de afirmaciones.

(17) Cfr. G. ZACCARIA, op. cit., pág. 13.

cias morales de justicia en forma de principios que imperan su aplicación a dicho caso, a veces con tanta fuerza que llegan a ser incluidos en reglas y preceptos legales, en el derecho explícito al que se refiere Dworkin. Es la posición originaria ramificada en una extensa red de principios, en último término, la que proporciona la clave o criterio para la solución del caso concreto por difícil que sea, con más evidencia que el principio mismo que se elige. Así, parece aceptable que Dworkin pueda sostener, consciente o no de todo lo que ello signifique, que los principios rellenan siempre el ordenamiento, no sólo sugiriendo una respuesta, sino precisamente dirigiendo hacia una respuesta justa al caso (18). No en vano, los principios, en sentido estricto, son para Dworkin argumentos que justifican una decisión política mostrando que ella respeta o salvaguarda algún derecho individual o de grupo. Y la fuerza de los principios —el peso o importancia del que habla Dworkin frente al *all-or-nothing* de las normas (19)— aparece en toda su amplitud, por ejemplo, en la indeterminación misma de las normas constitucionales de un ordenamiento que, aunque pueda dar lugar a controversias interpretativas, confiere al sistema jurídico una característica que es altamente positiva: la de organizarlo en torno a pocos principios destinados a tutelar derechos (20), principios que se proyectan, por su misma fuerza interior, sobre todo el ordenamiento jurídico desde el texto constitucional tal y como hoy se llega a recoger incluso en alguno de ellos (21). Pero es quizás en los casos de los principios convertidos en reglas, donde se manifiesta con mayor claridad la semejanza entre aquéllos y éstas en la medida en que ambos establecen deberes y derechos que preexisten a la decisión judicial que los recoge, en tanto en cuanto que los principios, una vez transformados en reglas, continúan su acción más allá del mismo precepto informando otros preceptos legales e incluso todo el sistema jurídico (22). Desde otro punto de vista podemos observar también la fuerza de estos principios. Dice Dworkin que, una vez decidido el caso, el fallo crea una norma determinada que no existía antes de que el caso se decidiera. En efecto, antes tan sólo existían unos principios observados por un tribunal que justifican la adopción de una norma nueva, pero no existe en rigor la norma aplicable al caso, ya que ésta es una conjunción de principio y caso, de modo semejante a como actúan las reglas mismas. Por todo ello se puede afirmar exactamente que es el sistema de derecho positivo el que está integrado, no únicamente por normas, sino también por principios, esto

(18) Cfr. A. PINTORE, op. cit., pág. 44.

(19) Cfr. R. DWORKIN, op. cit., págs. 26-27.

(20) Cfr. G. REBUFFA, op. cit., pág. 221.

(21) V. los apartados 1 y 3 del artículo 53 de la *Constitución española* de 1978, que dicen, respectivamente: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título (los derechos y libertades fundamentales) vinculan a todos los poderes públicos». «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero (principios rectores de la política social y económica) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

(22) Cfr. J. R. de PÁRAMO, op. cit., pág. 384.

es, por enunciados que establecen exigencias de justicia, equidad y moral positiva y que juegan un importante papel a la hora de establecer por vía interpretativa el significado de las normas del sistema. Claro está que esta afirmación —el que el derecho esté integrado por normas y principios— es incompatible con el positivismo jurídico —y en particular con el positivismo jurídico hartiano— que parte de la separación radical entre derecho y moral, distinción que no siempre puede hacerse a nivel de principios, y de la existencia de una regla de reconocimiento que establece cuáles son los enunciados que forman parte del derecho positivo y que, sin embargo, no serviría de criterio de reconocimiento en el caso de los principios (23).

En efecto, para Hart, por ejemplo, los principios no son jurídicos, pues para que exista algún derecho o deber debe haber alguna forma de práctica social uniforme que reconozca precisamente lo que es derecho o deber (*Social Rule Theory*). Pero Hart no explica por qué se pueden aplicar los principios si no son jurídicos (24). ¿Pueden, entonces, los principios ser jurídicos en sí mismos? Para Dworkin, los principios morales tienen relevancia jurídica por sí mismos. ¿Cómo se puede distinguir, entonces, un principio moral de un principio jurídico? o ¿en qué momento deja un principio de ser estrictamente moral para proyectarse jurídicamente en la vida social? Para Dworkin, los principios son jurídicos por la identificación que de ellos hace «Hércules», aunque no deban su status jurídico a ningún tipo de fuente social (25). Al margen de las interpretaciones más o menos aceptables que se han dado de la teoría del «Hércules» dworkiniano, se podía afirmar aquí que el juez obtiene la norma pero no el principio. Al obtener la norma, al poner en la vida un principio, mediante un acto evidentemente prudencial, le imprime a aquél una impronta que lo convierte en principio *jurídico*. Por lo cual Dworkin puede afirmar que si los principios constitutivos de derecho son individualizados por la construcción del «Hércules», ésta, a su vez, derivaría de los principios y, en ellos, encuentra su justificación (26). La función del razonamiento prudencial queda clara en la afirmación de que «se considera a un principio como jurídico —según Dworkin— si se encuentra en la teoría más comprensible del derecho que pueda servirnos de justificación de las reglas jurídicas explícitas, institucionales y sustantivas, de la jurisdicción en cuestión» (27). Por todo ello, Dworkin puede aventurarse a afirmar que un juez tiene la obligación moral de formular los principios implícitos de moralidad objetiva que subyacen

(23) V. en este sentido el comentario sobre DWORKIN de M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, págs. 30-31.

(24) Así lo entiende, entre otros, A. PINTORE, op. cit., págs. 47 y ss. Una posible solución, la encontramos en E. Ph. SOPER, *Legal Theory and The Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin dispute*, «Michigan Law Review», 3, 1977, págs. 500 y 55, cit. por J. R. de PARAMO, op. cit., pág. 402.

(25) Cfr. R. DWORKIN, op. cit., págs. 106 y ss.

(26) Cfr. A. PINTORE, op. cit., pág. 67.

(27) Cfr. J. R. de PARAMO, op. cit., pág. 397, y R. DWORKIN, op. cit., pág. 46 («no ultimate distinction can be made between legal and moral standards»).

al derecho explícito cuando éste esté indeterminado (28), y esto, no porque sea lo mismo un principio moral que uno jurídico, o porque Dworkin lo encuentre así de fácil en el sistema norteamericano como, en ocasiones, se ha sugerido, sino porque, como ya hemos anotado, es propio de determinados principios convertirse en jurídicos como proyección social desde el ámbito moral en el cual eran meros principios morales y, Dworkin, responde intuitivamente casi a esta realidad.

Por otra parte, estos principios que Dworkin sitúa formando parte del derecho no deben ser considerados ni principios institucionales, ni propios de una teoría de constitución material, ni tampoco lo que conocemos con el nombre de principios generales del derecho (29). Vamos a referirnos brevemente a esta última cuestión. La tentación de identificar los principios dworkinianos con los principios generales sin más, vence a algunos autores atrapados por el radical dualismo positivismo-iusnaturalismo (30). No parece, sin embargo, que pueda llevarse a cabo tal identificación. En efecto, si Dworkin identificara unos y otros, no se plantearía el problema de ser incluidos bajo el ámbito de la acción de la regla de reconocimiento de Hart a que antes nos hemos referido. Los principios de Dworkin son principios morales objetivos y principios morales positivos que mediante la actuación del juez se convierten en jurídicos. El orden moral y el orden jurídico son diversos pero no aislados uno del otro. Tengamos en cuenta que el *Mitsein* es una de las dimensiones ontológicas de la persona humana (31) y que la sociedad es el producto histórico de aquél. La moral y el derecho no se confunden. Al ser la sociedad un efecto o producto de una dimensión personal del ser humano, sin embargo, en la que aquella se fundamenta, el derecho se relaciona íntimamente con los principios morales, es decir, que el derecho establece reglas también a partir de un orden que es inherente a la persona. Pero esto no significa que un ordenamiento jurídico tenga que ser necesariamente el desarrollo completo del conjunto total de los principios morales, ya que todo sistema jurídico organiza un grupo social concreto y determinado, históricamente individualizado. La norma de derecho no tiene por qué contener ni suponer siempre y en todo caso la solución moral, aunque deba responder a la racionalidad y justicia propias del caso. Hasta Hart acepta una importante conexión entre derecho y moral en su teoría del contenido mínimo de derecho natural, si bien mantiene una clara distinción entre validez y justicia del derecho (32), aunque haya que admitir que esta parte de su doctrina es la más débil del planteamiento hartia-

(28) Cfr. J. R. de PARAMO, op. cit., pág. 381.

(29) Cfr. S. BARTOLE, *In margine a Taking Rights Seriously di Dworkin*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 1980, págs. 200-201.

(30) Así, por ejemplo, en A. PINTORE, op. cit., págs. 24-27, que cita el trabajo de N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, voz del Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1968, vol. XIII, y el clásico de G. del VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, «Archivio Giuridico», LXXXV, 1925; o en BARTOLE, op. cit., págs. 199 y ss.; o en J. R. de PARAMO, op. cit., pág. 391.

(31) Cfr. J. BALLESTEROS, op. cit., págs. 125-126.

(32) Cfr. M. ATIENZA, op. cit., pág. 158, y H. L. A. HART, *Moral y Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1962, págs. 1-64.

no (33) y que la moral en Hart puede entenderse meramente como moral convencional o moral positiva exclusivamente, en el sentido de Austin (34). La concepción de Dworkin no es identificable, como se observa, con la de Hart. Pero tampoco lo es con la de Rawls, aunque pueda ser deudor suyo en algún momento, ya que para éste la idea directriz es que los principios para la estructura básica de la sociedad son el objeto de un «acuerdo original» como aquellos que aceptarían las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses, en una posición inicial de igualdad como definatorios de los términos fundamentales de su asociación (35), acuerdo original que, como se ha señalado anteriormente, se ha de pensar que difiere de la posición original de Dworkin.

En definitiva, incluso admitiendo contradicciones en el planteamiento de Dworkin, ha tenido de hecho la virtud de remover el pensamiento jurídico de la segunda mitad de este siglo, y no sólo del anglosajón, sino que se ha ido adueñando también, si bien en forma de controversias ardientemente suscitadas, de la escena jurídica del resto de Europa. Por ello, hoy, vale la pena reflexionar sobre Dworkin.

(33) Cfr. J. R. de PARAMO, op. cit., pág. 375 y nota 19.

(34) *Ibid.*, pág. 372.

(35) Cfr. Jh. RAWLS, *A Theory of Justice*, trad. cast. de M. D. González, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 28. Resultará de interés leer el comentario a RAWLS que realiza J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA en *Historia del pensamiento jurídico*, Universidad Complutense, Madrid, 1984 (5), pág. 505. También puede verse *La teoría de justicia de John Rawls*, Revista de Occidente, 35, 1984, págs. 7-22, de BHIKHU PAREKH.

IV
INFORMACIONES

SEMINARIOS DE TEORIA DEL DERECHO EN ITALIA (*)

El 8 de marzo tuvo lugar en Bolonia uno de los seminarios que, con una periodicidad bianual y tras un primer encuentro informal el 26 de noviembre de 1983 (1), vienen celebrando estudiosos italianos de teoría del derecho analítica.

Pero, para ser precisos, con esta primera reunión otoñal no se estaba instaurando una práctica nueva sino que —utilizando palabras de Ricardo Guastini convocantes de un encuentro posterior— se trataba de «retornar una vieja y bonita costumbre». En efecto, seminarios de ese tipo ya se realizaban a mediados de los años sesenta, época en la que comienza a consolidarse, tanto personal como disciplinariamente, la que hoy en día es llamada por uno de sus integrantes más notables «escuela italiana de teoría general del derecho» o, en modo más simple y significativo, «escuela de Bobbio» (2).

Un testimonio importante de esos primeros encuentros lo ofrece la «Rivista internazionale di filosofia del diritto» de 1967 (f. 3), al publicar los frutos de una reunión sostenida el 19 de marzo de ese mismo año. Esta cita, promovida por Uberto Scarpelli, estaba orientada a la discusión de una relación que sobre el tema «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» debía presentar Norberto Bobbio al Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, a desarrollarse en Gardone entre el 9 y el 13 de septiembre, siempre de 1967. La base documental de la discusión le había sido confiada a Giovanni Tarello, quien presentó una relación con el título «Discurso asertivo y discurso preceptivo en el lenguaje de los juristas». Tanto el tema como el trabajo de Tarello dieron ocasión a interesantes contribuciones de los asistentes, sin embargo, la publicidad del contenido de este encuentro, precedida además

(*) La mayor parte de esta crónica ha sido confeccionada con material inédito. Agradecemos en este sentido a Carla Faralli y a Enrico Pattaro por haberlo facilitado. En concreto, gracias al material cedido por el profesor Pattaro se ha podido hacer referencia a la primera serie de seminarios de teoría analítica italiana, de la que nos separan ya casi dos décadas. Espere-mos haber hecho un buen uso de todo ello.

(1) A este encuentro celebrado también en Bolonia asistieron P. Borse-llino, C. Campanini, C. Faralli, L. Ferrajoli, L. Gianformaggio, M. Jori, M. La Torre, G. Lazzaro, T. Mazzaresse, E. Pattaro, R. Guastini, D. Zolo y G. Zucchini.

(2) Cfr. p. 7 de la *Premessa* de Scarpelli al volumen, por el mismo diri-gido, dedicado a Norberto Bobbio, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milán, 1983. A propósito de tal denominación y del contenido de este volumen se puede ver el comentario de Annalisa ZACCARIA, *La scuola di Bobbio*, en la «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1984, n. 2, pp. 337-350, así como la reseña de Anna PIN-TORE, *La teoria generale del diritto in Italia. Problemi e tendenze attuali*, en los «Materiali per una storia della cultura giuridica», XV, 1985, n. 2, pp. 543-556.

por una clarificadora nota introductoria del propio Bobbio, permite reducir el comentario a esta breve mención.

Con posterioridad, en la primavera de 1969, se celebra también en Turín otro de estos seminarios de teoría del derecho. Para esta ocasión es Scarpelli, el estudioso más cercano a Bobbio tanto por motivos cronológicos como intelectuales, el encargado de elaborar el texto base de la discusión, que llevará por título «Teoría del derecho y crisis de las ideologías jurídicas». La lectura del mismo dará pie a sendas respuestas de Tarello y de Luigi Ferrajoli, tituladas a su vez «Sobre la teoría (general) del derecho» y «Teoría del derecho y metodología de la ciencia jurídica», respectivamente. Es de resaltar que en los escritos de estos tres autores, destinados al examen de los participantes en la reunión, afloran ya planteamientos y presupuestos teóricos que todavía hoy perduran y fructifican (3).

En su texto Scarpelli presentaba un proyecto (re)definitorio de la «teoría del derecho» en la que se incluyera, como primordial tarea de esta última, la de definir su objeto, el derecho. Ambas necesidades redefinitorias fueron contestadas por Tarello quien, sin embargo, concordaba con el espíritu que guiaba al proyecto scarpelliano (4). Por su parte, en su respuesta a Scarpelli, Ferrajoli coincidía en parte con Tarello (5), resultando en cambio original el modelo de teoría jurídica que postula (6).

Tras el encuentro de Turín es reseñable un seminario que tiene por sede la Universidad de Camerino y que se desarrolla entre los días 9 y 14 de junio de 1971. Participan activamente en el mismo A. Baratta, N. Bobbio, A. G. Conte, L. Ferrajoli, G. Lazzaro, E. Pattaro, U. Scarpelli y G. Tarello. La nota característica de esta reunión que dura cinco días es la del examen conjunto de proyectos comunes a este tipo de estudiosos. Así, germinan en esta ocasión programas de trabajo «en equipo» sobre la elaboración de un

(3) Son ilustrativos al respecto los escritos de estos autores en el volumen en honor a Bobbio citado en la nota anterior: *La semantica della teoria del diritto* (pp. 81-130, el de FERRAJOLI); *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato* (pp. 281-340, el de SCARPELLI); y *La nozione di diritto: un approccio prudente* (pp. 341-360, el de TARELLO).

(4) Así, Tarello suscribe el ideario de Scarpelli recogido en tres aspiraciones vinculadas a la actividad iusteórica («seguir una relación con los discursos y las actividades de la cultura jurídica constituida», «hacer posible y promover el conocimiento empírico del derecho», y «ofrecer el marco para una confrontación explícita entre diversas vertientes ideológicas»), que traduce —lo parafraseamos—, respectivamente, al aportar conocimientos útiles a los operadores jurídicos, potenciar la sociología del derecho y tomar en consideración las diversas posturas ideológicas de quienes se ocupan del derecho a título diverso.

(5) Por ejemplo, cuestionando la importancia, oportunidad e incluso viabilidad de la definición del derecho asignada por el profesor de la Universidad de Milán a la teoría del derecho.

(6) En efecto, para Ferrajoli la teoría del derecho es, junto (aunque a un nivel superior) a la dogmática jurídica, parte integrante de una ciencia jurídica empírica. Por lo demás, este profesor de la Universidad de Camerino sostiene el carácter ideológico de la teoría del derecho (porque presupone elecciones políticas y valorativas) y lo enfatiza cuando opina que el cariz ideológico ha de confesarse precisamente en el momento de concretar las definiciones y conceptos que han de integrar la teoría.

léxico de teoría general del derecho, se programan futuras publicaciones de y sobre la iusfilosofía y la teoría analítica italiana, y se lanzan propuestas para la instauración de cursos post-universitarios de especialización en teoría general del derecho (7). No faltan tampoco en Camerino discusiones de trabajos particulares en curso (8) ni actividades destinadas a un mejor conocimiento intelectual de los propios participantes entre sí (9). Por lo demás, como dato meramente accidental digamos que el empeño con el que se realiza esta última actividad sacrificará el tratamiento, en principio previsto, de cuestiones más prosaicas como la relativa al puesto y organización de la disciplina ante la nueva configuración departamental de la Universidad entonces en perspectiva.

Centrándonos ya en la época más reciente, el primer seminario que se celebra tras la reunión de 1983 es el que tiene lugar en Génova el 17 de marzo de 1984. En el mismo, una breve relación de Guastini bajo el lema «Problemi di analisi dei discorsi dei giuristi» dará paso a la discusión de ciertos postulados de Ferrajoli sostenidos en su trabajo sobre *La semantica della teoria del diritto* (10), en particular el relativo a que los discursos de los juristas son siempre de segundo grado (metalenguaje) y el de que están sujetos a juicios de verdad y falsedad (por corresponder a normas). Sobre ambas premisas metateóricas Guastini expresa su perplejidad, y como alternativa a la segunda de ellas en particular plantea una distinción de varios tipos de enunciados propios de los juristas (juicios de validez, enunciados deónticos, enunciados calificativos, enunciados adscriptivos) con las correspondientes propuestas de análisis para cada uno de ellos. Asimismo presenta este autor a discusión el que denomina «puzzle del discurso adscriptivo»

(7) Data de entonces, por ejemplo, la idea del volumen en honor a Bobbio. Asimismo, no hay que olvidar la instauración en Italia a principios de la década en curso de un *Dottorato di ricerca in filosofia analitica e teoria generale del diritto* en el que toman parte S. Castignone, A. G. Conte, L. Ferrajoli, G. Gavazzi, R. Guastini, M. Jori, E. Pattaro, U. Scarpelli y G. Tarello.

Por otro lado cabe precisar que en este encuentro de Camerino también se ponen de manifiesto inquietudes de tipo meta-filosófico. A este respecto destaca la preocupación de Ferrajoli por la cuestión del significado político y cultural del trabajo analítico que, según consta en el material escrito del que disponemos, queda postergado en su tratamiento para una ocasión posterior (en concreto para la primavera de 1972) en la que con el título «La teoria (generale) del diritto oggi» se celebraría un Convenio introducido por Bobbio y que tendría por ponentes individuales a Ferrajoli y a Pattaro.

(8) Como el de TARELLO, «La place du raisonnement juridique par rapport aux autres types du raisonnement théorique et pratique», destinado como relación (con el título *Sur la spécificité du raisonnement juridique*) al Congreso Mundial de Filosofía del Derecho celebrado en Bruselas del 30 de agosto al 3 de septiembre de 1971, y publicado en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» Beiheft Neue Folge, n. 7 («Die Juristische Argumentation»), Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1972, pp. 103-124.

(9) A este propósito es digna de señalarse una «autopresentación» que, empezando por Bobbio, realizan los asistentes y que será después utilizada por PATTARO para su artículo *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, en «Politica del diritto», 1972, n. 6, pp. 821-852, publicado posteriormente con el título *Der italienische Rechtspositivismus von der Wiedergeburt bis zur Krise*, en «Rechtstheorie», 1974, n. 1, pp. 67-93.

(10) Vid. nota 3.

que, por su parte, resuelve negando autonomía semántica (y pragmática) al discurso adscriptivo y configurando a las adscripciones como una especie más de prescripciones.

El segundo de estos seminarios de instauración renovada se celebra en Milán el 26 de octubre de 1984. En este caso es Anna Pintore la encargada de elaborar la relación objeto de discusión a la que da por título «Recenti sviluppi nella teoria analitica dei concetti giuridici» (11). El tema de fondo del texto que somete a debate esta autora es el de la razón de ser (utilidad, oportunidad e incluso necesidad) de los llamados conceptos jurídicos sistemáticos (tales como derecho subjetivo, persona, etc.) en el discurso de los juristas. Considerando el pensamiento de Kelsen y de Ross como punto de partida obligado al respecto, atribuye Pintore a ambos autores una actitud recelosa a la vez que una concepción «normativista» de los conceptos jurídicos que posteriormente contrasta con la que considera una actitud favorable, ligada a una visión «institucional» de los mismos, propia de MacCormick. En la explicación de esta diversidad de posturas ocupa, en opinión de esta autora, un papel determinante la noción de norma jurídica, que Kelsen y Ross construyen independientemente al discurso jurisprudencial mientras MacCormick la basa en el mismo.

Pero, de cualquier manera, el valor que Pintora reconoce a los (diversos) modelos teóricos de los autores mencionados no radica en su vinculación o no (a un nivel descriptivo o justificativo) al uso de los juristas. Por el contrario, las ventajas y «defectos» —y, por consiguiente, los motivos de adopción y rechazo— de los modelos apuntados son puestos de relieve por Pintore en razón de una serie de argumentos que tendrían su origen en la adhesión sin reservas (caso de Ross) y turbiamente manifestada (caso de MacCormick) a una «metafísica prescriptivista y divisionista». Ahora bien, en contra de la visión que en un primer momento parece desprenderse del examen de la teoría de estos dos autores, la balanza, para Pintore, se inclina en favor de MacCormick y su concepción institucional (desde un punto de vista «dinámico») de los conceptos jurídicos.

Del análisis comparativo de esos dos filósofos emergerá también, y paradójicamente, una imagen iuspositivista de Rosso frente a un McCormick realista, protagonistas ambos, en opinión de esta estudiosa, de actitudes teóricas antitéticas a la hora de, por ejemplo, calificar como derecho o no las operaciones doctrinales (en este caso) relativas a los conceptos jurídicos sistemáticos. (En concreto respecto a esta calificación la postura negativa de Ross contrastaría con la positiva de MacCormick).

Y precisamente en torno a esta última cuestión Pintore formula su interrogante a los participantes en el seminario: ¿es la alternativa mencionada una alternativa necesaria? En otros términos de la relatora: ¿para desarrollar una semiótica jurídica en la línea de MacCormick se debe tomar partido previamente acerca de lo que es o no derecho?

Desafortunadamente no tenemos constancia escrita del debate, presumi-

(11) Merece la pena reseñarse que esta estudiosa sarda encarna ya la que puede considerarse tercera generación de la escuela de teoría analítica. En efecto, Pintore ha sido alumna de Jori, quien, a su vez, lo fue de Scarpelli.

blemente fructuoso, sobre este tema en el seminario. Por el contrario sí disponemos de algunas «observaciones» de Scarpelli destinadas a la discusión en el mismo. Sin embargo, de ellas nos interesa destacar en este caso, más que su contenido teórico (que respondería al conocido encuadre iuspositivista de este autor), el tono sugerente, amable y constructivo en el que están efectuadas. Y es que, ciertamente, el mayor interés que pueden tener encuentros de este tipo es precisamente el del ambiente anti-dogmático y anti-profesoral (usando las connotaciones negativas de estas dos palabras) en el que se desarrollen. Pero sigamos con nuestra exposición cronológica.

El tercero de los seminarios tras la reunión boloñesa de 1983 se celebra en Pontignano (Siena) los días 19 y 20 de abril de 1985. En este caso la presentación de la relación corre a cargo de Vittorio Villa, quien la titula «La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica». En realidad, a través de este *paper* el autor realiza una formulación *ad hoc* de ciertas tesis y planteamientos defendidos ya con anterioridad (12). El hecho de que se hayan publicado las actas de este seminario (13) nos exonera en cierta medida de su crónica. Únicamente, como aval del interés que ofrece su lectura resaltaremos el carácter, en más de un sentido quijotesco, que adquiere la empresa del profesor de la Universidad de Palermo. Aquí aludiremos sólo brevemente a uno de ellos. Villa, desde presupuestos metacientíficos que denomina «post-positivistas» emprende una crítica global *contra el* (como alternativa al) *neopositivismo*, y hay que tener en cuenta que son autores como Bobbio, Ferrajoli, Jori, Tarello, Guastini, Pattaro y Scarpelli quienes, a su juicio, sostienen concepciones de la ciencia jurídica basadas en un modelo neopositivista y, a la vez, son estos mismos estudiosos quienes representan (en tanto miembros de la escuela de Bobbio) un fuerte peso específico en el auditorio seminarial.

Por lo demás, en la publicación mencionada de las actas de este seminario se incluyen, además de la relación principal, dos extensas intervenciones (una de Ferrajoli en forma de tres hipótesis de trabajo o *background theories* sobre la ciencia jurídica, y otra de Jori centrada sobre todo en el libro ya citado del relator), así como algunas de las principales intervenciones en el debate (de Barberis, Cianferotti, Gianformaggio, Tarello, Zolo) y la correspondiente réplica de Villa.

De considerarse legítimo y oportuno manifestar la impresión producida por la lectura de las actas del seminario sin haber entrado en su contenido diríamos que, por sus posturas en relación al texto de Villa, dejan su huella dos autores: Jori y Zolo. El primero por su crítica sangrante al mismo y el segundo por resultar, de todos los participantes, su principal defensor. Y apelando todavía al juicio de oportunidad y legitimidad que pueda merecer nuestra impresión diríamos que el candidato a servir de autor-puente entre

(12) Así en *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milán, 1984, y en la *Scienza giuridica fra scienze naturali e scienze umane*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1984, n. 2, pp. 401-459.

(13) *Vid.* «Materiali per una storia della cultura giuridica», XV, 1985, n. 2, pp. 369-462.

ambas posturas podría ser Ferrajoli quien en sus presupuestos metajurídicos se acercaría a Zolo ideológicamente y a Jori epistemológicamente.

El cuarto de los seminarios se celebra en Pavía el 12 de octubre de 1985. Es de nuevo Guastini el encargado de elaborar los «apuntes» que en este caso versarán sobre la «Abrogazione». Sobre ellos trazará posteriormente el autor genovés las líneas fundamentales de su teoría al respecto para las que, en su vertiente filosófica, hará uso de la teoría de los actos lingüísticos, y en lo que respecta al ámbito jurídico, se servirá de los productos de la dogmática y la jurisprudencia iuspublicista italiana (14).

Y llegamos así al comentario del último de estos seminarios celebrados hasta la fecha (marzo de 1986) a partir del cual hemos comenzado esta crónica.

Con ocasión del mismo se dio cita un nutrido grupo de participantes teniendo en cuenta el carácter propiamente seminarial del encuentro: los más de treinta estudiosos italianos se acercaban a la cuarentena contando a los extranjeros que, gentilmente invitados, tuvimos la posibilidad de asistir.

Recayó en este caso en Letizia Gianformaggio la tarea de presentar la relación que fue titulada «Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione». Escoge para su exposición esta profesora de la Universidad de Siena una línea discursiva que, desde su óptica, resulta típicamente filosófica. Efectivamente, según manifiesta Gianformaggio «la filosofía es confutación», y, en este sentido, dedicará su texto a intentar rebatir la tesis sostenida por Ross, Kelsen, y en Italia por Guastini (15) relativa a la no aplicabilidad de la lógica a las normas.

En pocas palabras, esta profesora intenta llamar la atención sobre el argumento de que, aunque se reconozca que una norma no puede ser ni verdadera ni falsa, ello no significa que no se puedan utilizar los instrumentos de la lógica para controlar la *validez de las inferencias* en el discurso práctico. Pero el sostenimiento de esta postura, que supone la revitalización de la figura del silogismo práctico como procedimiento aplicativo del derecho, le llevará a esta autora a tener que enfrentarse con temas espinosos como son los del valor lógico y semántico de las normas. De la primera de estas lides intentará salir airoso planteando como valor lógico de las normas el de la justicia, mientras, para bosquejar la cuestión de la semántica, propone una combinación de la teoría de J. Hintikka sobre los mundos posibles («concebibles») con la del lenguaje de la moral de R. H. Hare, ambas en consonancia con la concepción expuesta últimamente

(14) Aunque carecemos de información sobre el debate de este seminario nos permitimos anunciar la próxima publicación con el título «In tema di abrogazione» tanto del escrito de Guastini como de las intervenciones suscitadas tras la lectura del mismo. De conformidad con lo previsto el volumen tendría que salir, a cargo de C. LUZZATI, en la colección de la Universidad de Milán dirigida por Scarpelli, «Quaderni di filosofia analitica» (editados por Giuffrè).

(15) Del primero cita *Imperatives and Logic*, «Theoria», 1941, n. 7, pp. 53-71, del segundo *Recht und Logik*, en «Neues Forum», 1965, pp. 421-425 y 495-500, y del tercero *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, 179 pp.

por G. H. von Wright, para quien la lógica deóntica no sería de aplicación directa a las normas (o prescripciones) sino a los «mundos deónticamente perfectos» o «estados ideales» descritos o contenidos en ellas (16).

Como es fácilmente comprensible, cuando se realiza el esfuerzo de afrontar una temática tan ardua como ésta en una veintena escasa de páginas puede parecer un ingrato pago el que en el debate se comience por poner en tela de juicio el rigor (indefinición) de las nociones empleadas (empezando por la de «lógica»). Sin embargo, ciertas exigencias aclaratorias a tiempo pueden ahorrar muchas energías y discusiones estériles, y así han de interpretarse y son de agradecer las efectuadas por algunos de los asistentes (en especial por Scarpelli y Tecla Mazzaresse). Como bien se encargó de precisar el propio Scarpelli, experto en el magisterio, los seminarios se orientan no tanto a la crítica como al trabajo conjunto ante un determinado problema, o —decimos nosotros— no a demoler una idea sino a aportar otras, y, siguiendo esta tónica, fueron bastantes las intervenciones destinadas a arrojar algo de luz en el tema de la aplicación de la lógica a las normas, algunas de ellas, a juzgarse por su aceptación, extremadamente certeras (por ejemplo, la de Pattaro centrada en la necesidad de separar al hablar de la lógica de las normas la figura del emisor de la del receptor).

Y, por último, para finalizar esta ya extensa crónica, mencionaremos el acuerdo todavía genérico en torno al tema, relator, lugar y fecha de celebración del próximo seminario de este año de 1986. Probablemente en noviembre y en Génova será Paolo Comanducci el encargado de someter a la consideración de los asistentes su relación sobre el concepto de derecho subjetivo.

M. BARRERE UNZUETA

CONGRESO MUNDIAL DE SOCIOLOGIA DEL DERECHO

En la ciudad francesa de Aix-en-Provence, y del 26 al 31 de agosto de 1985, tuvo lugar el Congreso Mundial de Sociología del Derecho, bajo los auspicios de la *International Sociological Association* (ISA) y, en concreto, de su *Research Committee on Sociology of Law* (RCSL). La organización corrió a cargo de los profesores André-Jean Arnaud y Jacques Commaille (CNRS, París), en estrecha colaboración con el Círculo de Sociología y Nomología Jurídicas. Las jornadas, que reunieron a más de doscientos congresistas de los cinco continentes, estaban dedicadas al estudio de *Los fundamentos científicos de la Sociología del Derecho*. Se trataba, por tanto, de propiciar un debate metodológico que intentara delimitar el lugar científico de la sociología del derecho y sus practicantes en la década de los ochenta, frente al resto de las ciencias jurídicas.

(16) Del primero menciona *Some Main Problems in Deontic Logic*, en R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 1971, pp. 59-104, del segundo *The Language of Morals*, London, OUP, 1952, y del tercero *Is and Ought*, relación inaugural del XI Congreso del IVR (ciclostilada).

La parte central de la discusión se canalizó a través de cinco sesiones plenarias. Partiendo de la base de que la sociología del derecho es una disciplina abierta y fragmentada, que acoge una gran diversidad no sólo de contenidos, sino, sobre todo, de abordajes metodológicos, cada una de ellas intentó ocuparse de una corriente teórica diferente, para que pudieran ser de este modo confrontadas entre sí. En este sentido, quizás se dejarón notar algunas ausencias, como la inexistencia de una ponencia representativa de la potentísima sociología jurídica alemana que, agrupada en torno al *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, cuenta con una sólida armadura teórica —a partir, sobre todo, de las tesis de Luhmann—, lo que sin duda hubiera realzado el debate. La ponencia que abrió el Congreso corrió a cargo de Renato Treves (Milán), quien disertó sobre «El comité de investigación en sociología del derecho y el desarrollo de una sociología jurídica científica (el caso italiano)». Con este título tan específico, Treves trazó en realidad las líneas de la evolución de la sociología jurídica en Italia, desde la posguerra hasta el momento actual. Al final de su interesante intervención, indicó que actualmente el panorama resulta muy abierto desde el punto de vista metodológico, debiéndose mantener la armonía entre el talante empírico de la disciplina y la reflexión teórica. Sin pretender arrogarse la condición de ser la verdadera ciencia jurídica, la sociología del derecho, en opinión de Treves forma parte de una experiencia cultural que se acomoda sin problemas junto a la teoría general del derecho. Manifestando su proximidad con Bobbio finalizó criticando el teoricismo de Luhmann y sus consecuencias desde el punto de vista de la legitimación. En la segunda sesión tomaron la palabra Thomas Raiser y Romano Bettini (Roma). El primero disertó sobre «Los fundamentos de la sociología del derecho en la ciencia jurídica» señalando la necesidad de superar la distinción entre ciencias cognitivas —donde se encontraría la sociología jurídica— y ciencias normativas o prescriptivas —teoría del derecho—. Por su parte, Bettini precisó estas cuestiones en su ponencia sobre «Sociología del derecho e investigación empírica», al sugerir algunas de las nuevas vías de investigación que se ofrecen a la disciplina, como pueda ser el estudio de los aparatos de implementación. Este tipo de argumentación binaria, basada en la contraposición entre sociología y teoría del derecho fue puesto en tela de juicio en el coloquio por Jerzy Wroblewsky (Lódz): existiría, en su opinión, un problema epistemológico previo sobre el modelo pospositivista de lo que debe de ser la «ciencia» y la «teoría», que tiende a resolverse mediante una aproximación multilateral. La tercera sesión, presidida por François Ost (Bruselas) estuvo dedicada a la sociología jurídica de los países francófonos. Intervinieron: Jean Van Houtte (Amberes), incidiendo con optimismo en la función transformadora de la realidad que puede tener la sociología del derecho; Jean-Guy Belley (Quebec), quien argumentó históricamente, desde el paradigma del pluralismo, para fundamentar científicamente la disciplina; y Jacques Commaille (París), el cual, aludiendo a un modelo de Jano de la sociología del derecho, resaltó de un modo especialmente agudo los problemas de una materia que se ocupa del derecho respetando su propia especificidad, pero que al mismo tiempo lo reconstruye en tanto que objeto, sin

poder evitar de alguna manera una ruptura epistemológica. Señaló, finalmente, las abigarradas posibilidades del análisis sociológico, que puede ocuparse tanto de las formas de interacción como de los modos de producción del derecho, además de sus cotas de racionalidad y sus estrategias. La cuarta sesión se dedicó a las corrientes sociológicas de inspiración marxista. Habló en primer lugar S. V. Bobotov (Moscú) sobre «La sociología del derecho marxista en la etapa contemporánea», asimilando de algún modo las virtuales del análisis funcional dentro del marco teórico del marxismo tradicional. También intervinieron en este debate, estudiando tanto los fundamentos científicos como los problemas actuales de la sociología jurídica marxista, Radi Vassilev Radev (Sofía), Maureen Cain (Halesworth, G. B.) y Jacek Kurczewski (Varsovia). En la sesión de clausura, André-Jean Arnaud realizó un primer balance de los resultados obtenidos en la reunión, mientras que Lawrence Friedman cerró las Jornadas con una intervención en la que utilizó su conocido arsenal teórico para interrogarse sobre la posibilidad de considerar a la sociología del derecho como una ciencia.

Al margen de las sesiones plenarias, estuvieron funcionando diez grupos de trabajo. Su heterogeneidad —estudios muy empíricos junto a contribuciones completamente teóricas, palpable división entre los sociólogos anglosajones y continentales...— muestra al mismo tiempo la fragmentación y vitalidad de la sociología jurídica: 1) El juez y el experto, coordinado por V. Ferrari (Milán); 2) El sociólogo del derecho frente a la política legislativa, V Gessner (Bremen); 3) Metodología de la sociología del derecho, R. Pérez Perdomo (Caracas); 4) Sistemas sociales y sistemas jurídicos, A. Podgorecki (Ontario). 5) Las profesiones jurídicas, Ph. Lewis (Oxford). 6) Indicadores para un estudio de las culturas jurídicas, E. Blankenburg (Amsterdam); 7) Antropología jurídica, R. Verdier (París); 8) Derecho, orden económico y relaciones industriales, T. Raiser. Por parte española, asistieron a ellos los profesores Sánchez de la Torre (Madrid), José I. Lacasta y Antonio Serrano (Zaragoza).

Paralelamente se desarrollaron otras actividades científicas, estructuradas en grupos de trabajo especiales. Cabe citar la reunión de las comisiones para la redacción de un diccionario básico de sociología y teoría del derecho, bajo la presidencia de André-Jean Arnaud, y las asambleas del Cercle de Sociologie et Nomologie Juridique y del Institute of Sociology of Law for Europe. Las actas del Congreso aparecerán publicadas en un próximo número de la revista *Droit et Société*.

Antonio SERRANO

SYMPOSIUM ITALO-ESPAÑOL

sobre

Crisis de legitimidad y desarrollo constitucional

Durante los días 22 y 23 de mayo de 1986, tuvo lugar, en Granada, un Symposium italo-español sobre el tema «Crisis de legitimidad y desarrollo constitucional», organizado por el Instituto de Derecho Privado de la Uni-

versidad de Palermo y el Departamento de Filosofía del Derecho de Granada. El Symposium estaba estructurado en torno a cuatro temas, «La crisis del Estado democrático», «La protección del individuo y la defensa del Estado», «El ciudadano y la función» y, por último, «La participación del ciudadano en la vida política».

La presentación de estas jornadas corrió a cargo del profesor López Calera, Director del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, quien habló sobre «Tendencias autoritarias del Estado democrático». El profesor López Calera incidió en la necesidad de la defensa y profundización de los valores democráticos frente a las tendencias autoritarias que hoy se perciben en la práctica de los Estados democráticos. Frente a quienes defienden la debilidad de los poderes estatales, mantuvo la tesis de la suficiencia de éstos, señalando que el problema radica en la deslegitimación relativa y en la ineficacia de tales poderes. A pesar de ello, el profesor López Calera terminó su intervención señalando que, si bien las democracias no progresan lo que debieran, no es menos cierto que existen márgenes de libertad dentro de las mismas que permiten la denuncia de tales desviaciones.

En relación al primer tema de este Symposium, «La crisis del Estado democrático», intervinieron los profesores A. Pizzorusso, profesor ordinario de Derecho Constitucional Comparado en la Universidad de Florencia, y J. Solé-Tura, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Barcelona.

La primera ponencia destacó la carencia de los ordenamientos constitucionales para lograr sus objetivos democráticos y, en concreto, para hacer frente al reto hoy planteado por la evolución tecnológica, que hace que los instrumentos jurídicos existentes sean insuficientes para lograr la articulación de la convivencia internacional. Más adelante, el profesor Pizzorusso ciñó su análisis a las instituciones políticas de la Europa occidental, en tanto que área relativamente homogénea y privilegiada, incidiendo en la crisis que hoy preside los principios de mayoría y soberanía popular, a través del concepto de representación política, lo que le llevó a defender la necesidad de introducir factores de racionalización en el proceso de formación de las decisiones colectivas. Por último, examinó los problemas que la democracia pluralista presenta particularmente en Italia. Entre ellos destacó el desarrollo anómalo de las formas de gobierno parlamentario vigente en este país, que está caracterizado, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los países de Europa occidental, por la existencia de un parlamento fuerte y un gobierno débil, aunque estable. Destacó la supervivencia de la democracia italiana gracias a la praxis del pluralismo que no resulta tanto de la existencia de partidos políticos, cuanto de la de una pluralidad de momentos organizadores de la colectividad, lo que provoca que el pluralismo ideológico sustituya al institucional. Este hecho constituye un antídoto respecto a los inconvenientes de un sistema político bloqueado, pero también un fuerte riesgo de corporativización de la sociedad.

El segundo ponente, profesor Solé-Tura, relativizó la utilización del término crisis a la hora de hablar de la misma en el Estado democrático. Esto

no le impidió reconocer, sin embargo, la existencia de crisis en algunos conceptos de ese mismo Estado, entre ellos, los de soberanía y régimen parlamentario. Solé-Tura abordó la forma en que se hizo la transición en nuestro país, destacando el hecho de que se entrara en tal proceso, sin que las fuerzas democráticas hubieran triunfado, lo que condicionó enormemente tal proceso, hasta el extremo de que señaló como problema fundamental del mismo el mantenimiento prácticamente intacto de los aparatos del Estado franquista. Subrayó también el hecho de que España entrara en la democracia, al tiempo que en el resto de los países de nuestro entorno se comenzará a cuestionar la democracia representativa, así como el cambio de las condiciones socio-económicas. Tras este análisis general, Solé-Tura destacó una serie de problemas de nuestra democracia: la crisis del régimen parlamentario —el parlamento se ha convertido en un órgano de legitimación jurídico-formal de decisiones que se toman fuera del mismo—; la extrema debilidad de los partidos políticos, tanto en su estructura como en su militancia, que en conjunto no supera en nuestro país la cifra de quinientos mil militantes y, por último, subrayó cómo el centro de gravedad de esta democracia lo constituye el gobierno. Ante tales inconvenientes, el profesor Solé-Tura explicitó algunas medidas para combatirlos. Entre ellas, se refirió, a pesar de su peligrosidad, a la necesidad de transformar los mecanismos electorales y la estructura de los partidos, proponiendo la creación de nuevos cauces organizativos, a fin de alcanzar un sistema de participación más amplio. En síntesis, Solé-Tura destacó el consenso existente en la necesidad de la democracia para nuestro país y la desconfianza creciente frente a la práctica que la misma ha tomado.

Sobre «La protección del individuo y la defensa del Estado», segundo tema de este Symposium, intervinieron A. Galasso, profesor ordinario de Instituciones de Derecho Privado en la Universidad de Palermo y ex-miembro de Consejo Superior de la Magistratura italiana, y J. Ruiz-Giménez, Catedrático de Filosofía del Derecho y Defensor del Pueblo.

El profesor Galasso puso de manifiesto que la crisis del Estado democrático hay que conectarla, hoy día, con la caducidad del principio de legalidad, así como con el ejercicio de formas de violencia y corrupción como método de opresión al sistema de libertades individuales. Esto lo ejemplificó en la mediatización realizada por la mafia con el derecho al trabajo. El poder de ésta puede ser definido —añadió— como un poder dentro del estatal, lo que hace prácticamente imposible su eliminación. Asimismo, incidió no sólo en la extensión de este poder dentro de los apartados estatales, sino también en su ubicación dentro de los grupos más importantes de poder económico-social. Por otro lado, subrayó la limitación de la protección efectiva de las libertades públicas como consecuencia de la reciente legislación antiterrorista, destacando cómo la aplicación de ésta ha sido desigual para el terrorismo rojo —brigadas rojas— y el terrorismo negro, dentro del que englobó el de carácter neofascista, la mafia y camorra, así como a las organizaciones secretas. La razón de tal desigualdad en el trato la cifró en el hecho de que el terrorismo rojo actúa desde fuera del Estado, mientras que los otros lo hacen desde dentro. Finalmente, señaló la dialéctica

entre autoridad estatal y libertad individual, ya que la protección del individuo supone en cierto modo la desprotección del Estado.

A continuación, el profesor Ruiz-Giménez centró su exposición en el análisis de las limitaciones de los derechos fundamentales. Su ponencia estaba estructurada en tres apartados. En el primero recordó el carácter relativo de todos los derechos fundamentales, destacando que todo límite ha de estar explícitamente determinado. La segunda parte de su intervención versó sobre las derogaciones temporales del ejercicio de los derechos humanos en situaciones anormales con carácter generalizado —estados de excepción y emergencia—, sin que las mismas puedan significar una violación de determinados derechos considerados esenciales —derecho a la vida—. Asimismo, habló de la suspensión del ejercicio de determinados derechos —artículo 55,2 de la Constitución española—, centrándose en la legislación antiterrorista, que ha supuesto, en su opinión, el endurecimiento de los poderes públicos frente a la violencia de los terroristas, además de afectar a los derechos elementales de las personas —inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones—. Por último, incidió, como el anterior ponente, en la dialéctica derechos de la persona-protección del Estado, señalando que ésta última no puede conseguirse únicamente por medidas judiciales y policiales, sino que habrá de venir por la modificación de las estructuras socio-económicas, culturales, etc., así como por la potenciación de la participación y protección de los derechos humanos.

En el tercero de los temas tratados en este Symposium, «El ciudadano y la función jurisdiccional», tomaron parte el profesor S. Senese, quien ha sido hasta hace pocos meses miembro del Consejo Superior de la Magistratura italiana, y el profesor L. Díez-Picazo, magistrado del Tribunal Constitucional.

El profesor Senese señaló que, sobre las relaciones entre ciudadanos y función jurisdiccional, puede hablarse desde una doble perspectiva, según la diversa consideración que se haga del ciudadano: como parte del soberano moderno o como titular de derechos inviolables que constituyen un límite a la omnipotencia del soberano. Para responder a tales problemas, el pensamiento iluminista había configurado el poder judicial como mera boca de la ley y lo había confiado a jueces electos, que habían de actuar por tiempo limitado y sustraídos a toda influencia del poder político. Senese subrayó cómo este planteamiento no había tenido continuación en la práctica, además de incidir en el hecho de que la verificación empírica ha revelado como un mito la idea del juez 'boca de la ley'. Posteriormente, se centró en la actual regulación del poder judicial en Italia, que garantiza, en su opinión, los principios de la independencia de tal poder y de su neta separación de los otros poderes, así como consagra el pluralismo dentro de la misma magistratura. Esta ha desarrollado —añadió— un papel de control de la legalidad frente a los poderes públicos y privados, lo que ha supuesto una fuerte incidencia de la magistratura en la vida colectiva, hasta el extremo de que esto ha llevado, según Senese, a que renazca la exigencia de la legitimación democrática de un poder dotado de fuerte incidencia política y, sin embargo, desvinculado de la legitimación y de las sanciones propias

del sufragio universal. De ahí que terminara su intervención con la propuesta de la necesidad de que una magistratura independiente se exponga al control, el debate y la crítica de la colectividad.

Por su parte, el profesor Díez Picazo centró su intervención en torno a la posible participación de los ciudadanos en la función judicial, el control popular de la actividad jurisdiccional y, por último, la situación española. Con respecto a los primeros, dijo que la propia Constitución española ofrece vías para lograr tal participación, como, por ejemplo, la acción popular, que ha sido utilizada frecuentemente, el jurado, al que no consideró como una vía de democratización de la justicia, en tanto que reproduce los efectos que trata de evitar y, finalmente, los tribunales consuetudinarios y tradicionales, a los que no prestó excesiva importancia. En relación al control popular de la actividad jurisdiccional, incidió en la obligatoriedad de la publicidad de las actuaciones judiciales, la motivación de las sentencias, los votos particulares públicos que responsabilizan al juez de una manera más directa con su decisión y señaló la posibilidad de establecer una crítica social a las decisiones judiciales, aunque mostró las dificultades de la misma ante la posibilidad de entrar en conflicto con la independencia de los jueces. Además, habló de las formas de responsabilidad de los jueces por sus decisiones, si bien relativizó aquella en la que es el Estado el que asume los daños, ya que supone en buena medida la desresponsabilización de los jueces. Con posterioridad, se ciñó a la situación española, recordando las afirmaciones de Solé-Tura con respecto a la forma en que se había realizado la transición en nuestro país e incidiendo en la relación entre los jueces y la Constitución, en la que existen, según Díez Picazo, partes muy señaladas de aplicación directa. Finalmente, recordó el intento de penetración de un derecho judicial y la burocratización de la justicia, que se ve acentuada por la organización de nuestros procedimientos, así como por la masificación.

En el último tema del Symposium, «La participación del ciudadano en la vida política», actuaron como ponentes el profesor Rodotá, profesor ordinario de Derecho Civil en la Universidad de Roma y presidente del grupo de la Izquierda Independiente en la Cámara de los Diputados italiana, y el profesor Murillo Ferrol, Catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

El profesor Rodotá definió lo que entendía por participación al establecer que la misma significa información y posibilidad efectiva de control. Su ponencia versó tanto sobre la participación de los trabajadores como de los ciudadanos en general. Con respecto a lo primero, incidió en los cambios que dicha participación había sufrido en algunos países —Noruega y Suecia—, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas que habían suscitado la reivindicación por parte de los trabajadores de nuevos derechos —derecho a la información, a la intervención, a la contratación sobre las medidas de innovación tecnológica—, distintos de los tradicionales. En relación a la participación de los ciudadanos, habló del problema del acceso a la información por parte de éstos, que supondría no sólo una participación/conocimiento, sino también una participación/control, así como la posibilidad de construir modelos alternativos de decisiones. En definitiva,

el profesor Rodotá subrayó el hecho de que la democracia no significa únicamente elecciones libres, sino fundamentalmente tener informaciones para poder hacer una elaboración crítica, esto es, para discutir. Finalmente se ciñó a los problemas derivados de la dialéctica democracia directa-democracia representativa, que fueron enfocados desde las nuevas posibilidades que ofrecen, hoy día, los cambios tecnológicos, cuya utilización podrá hacer efectiva, en opinión del profesor Rodotá, una mayor participación de los ciudadanos en las decisiones públicas, aunque señaló, también, los peligros a que podría conducir una utilización autoritaria de tales medios.

El profesor Murillo Ferrol, quien cerró con su intervención las ponencias de este Symposium, señaló cómo la participación es inhibida por el poder, cómo la participación es algo otorgado y diseñado desde las limitaciones de lo real. Posteriormente, destacó la función esencial que en la democracia ha de desempeñar el Parlamento. Sin embargo, el parlamento tradicional —parlamento-discusión—, ha sido abandonado, añadió, por el parlamento-imagen, cuya finalidad no es la de confrontar argumentos, sino la de ofrecer una simple toma de posiciones frente al electorado. Con ello, las negociaciones se trasladan a las Comisiones y Ponencias, en las que se pacta sin la existencia de publicidad, como si de algo vergonzante se tratara, cuando las decisiones políticas siempre han sido consideradas como el resultado racional, fruto de la discusión y el debate. Por último, se habló del caso español y puso de relieve la reivindicación de nuevas formas de democracia directa, junto al recelo de la población ante el poder en todas las formas, no sólo frente a sus abusos, sino también frente a sus actos legítimos.

Ana RUBIO CASTRO

J. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ

VIII JORNADAS DE PROFESORES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

En el Parador Nacional de Sigüenza (Guadalajara) tuvieron lugar del día 12 al 14 de diciembre de 1985 las VIII Jornadas de Profesores de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (U.N.E.D.). Las Jornadas se dedicaron monográficamente al estudio de los derechos humanos tras siete años de vigencia de la Constitución española de 1978, y giraron en torno a dos ponencias principales: *Derechos individuales y Derechos del Estado*, del Prof. Nicolás López Calera, Catedrático de la Universidad de Granada, y *Problemas de fundamentación de los Derechos Humanos*, por el Prof. Gregorio Peces-Barba, Catedrático de la Universidad Complutense. Las dos dieron lugar a un intenso y animado debate. También se presentaron diversas comunicaciones, que perfilaron desde distintos ángulos y con enfoques diversos el tema central de la reunión. Fueron las de los Profs. Pérez Luño (Sevilla), Lima Torrado (Complutense), De Lucas (Valencia), Fernán-

dez Díez (León), Ayllón Díaz y González Soler (Complutense), Añón Roig (Valencia), Galindo Ayuda (Zaragoza), Ollero Tassara (Granada), Sánchez de la Torre (Complutense), Romero Moreno (Complutense) y Robles Morchón (Palma de Mallorca).

El último día de las Jornadas tuvo lugar la Asamblea General de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, convocada en sesión ordinaria. En primer lugar, su Presidente, el Prof. Delgado Pinto, dio cuenta de la gestión realizada por la Junta Directiva durante el año anterior. También el Prof. López Calera proporcionó información sobre los próximos congresos mundiales de Filosofía del Derecho, la reforma de los Estatutos de la I.V.R. y las posibilidades de colaboración en el *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Por su parte, el Prof. Gil Cremades informó sobre la marcha del *Anuario de Filosofía del Derecho*. En el capítulo de acuerdos, se aprobó el estado de cuentas presentado por el Tesorero y se procedió a la renovación de la Junta Directiva, que se presentaba a la reelección con la petición de incorporar como Vocales a los Profs. Elías Díaz y Jesús Ayllón. Sometida a votación esta propuesta, arrojó un resultado positivo de 40 votos afirmativos y 8 en blanco. La Junta Directiva quedó así constituida por: J. Delgado Pinto (Presidente); N. López Calera, J. R. Capella y J. J. Gil Cremades (Vicepresidentes); E. Díaz García y J. Ayllón (Vocales); J. M. Romero Moreno (Tesorero) y G. Robles Morchón (Secretario). En el capítulo de ruegos y preguntas, se ofrecieron varias Universidades y temas de estudio para la celebración en 1986 de las próximas Jornadas de Profesores, acordándose otorgar un margen de confianza a la Junta Directiva para la elección de lugar y tema.

El «Anuario de Filosofía del Derecho» dedicará la primera sección de sus dos próximos números al estudio de los siguientes temas:

- 1987: El principio de igualdad a fines del siglo XX.
- 1988: Sociología y derecho, hoy.

Fecha final de admisión de originales: 31 de marzo de cada año.

V

CRITICA BIBLIOGRAFICA

EL DERECHO Y LOS JUEGOS. UTILIDAD Y LIMITES DE UNA ANALOGIA

(A propósito de un reciente libro de Gregorio Robles)

MIGUEL ANGEL RODILLA

Salamanca

El título del reciente libro de Gregorio Robles (1) podría suscitar en el lector desprevenido la sospecha de hallarse ante uno de tantos intentos de aplicación, en este caso al campo del derecho, del utillaje conceptual de la llamada «teoría de los juegos». Basta la lectura de los primeros párrafos para que semejante impresión se desvanezca. En la teoría de los juegos «juego» entra como término técnico para designar muy variadas situaciones de interacción estratégica entre individuos racionales orientados a maximizar sus respectivas funciones de utilidad. La teoría se ha empleado para analizar situaciones tan escasamente lúdicas como las de la guerra y el mercado; y ciertamente no han faltado intentos de aplicarla al campo de las normas sociales (2). No es éste el terreno en que se mueve el ensayo de Robles. Antes bien, su autor toma «juego» en el sentido más corriente del vocablo; y su propósito es analizar la estructura formal de juegos como el ajedrez y el fútbol con el fin de establecer una comparación entre los sistemas de reglas de tales juegos y el que es característico del derecho. Se trata de un «ensayo de teoría analítica del derecho» guiado por la idea de que entre los juegos y el derecho existe una estrecha homología estructural cuyo estudio facilita una mejor comprensión de la naturaleza del derecho.

Es innegable que a partir de la obra tardía de Wittgenstein, para no hablar de las secuelas de las investigaciones de J. L. Austin en torno a las

(1) Gregorio ROBLES, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Palma de Mallorca, 1984, 278 pp.

(2) Para no ir más lejos, vid., en este mismo ANUARIO (Nueva Epoca, vol. 1, 1984). J. M. ROMERO MORENO/L. J. PEREDA ESPESO, «Reflexiones sobre Modelos Matemáticos y Decisión Jurídica». Una exposición comprensiva de la teoría de los juegos en relación con situaciones sociales puede encontrarse en J. C. HARSANYI, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge Univ. Press, 1977. Instructivo sobre los límites del enfoque es O. HÖFFE, *Strategien der Humanität*, Alber, Freiburg/München, 1975 (del cual debe existir versión castellana en Ed. Alfa, bajo el título *Estrategias de lo Humano*). Un interesante ensayo de aplicación de la teoría de los juegos a la «reconstrucción racional» de normas sociales como estructuras emergentes de la acción autointeresada de individuos en situaciones sociales definidas puede verse en E. ULLMANN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*, Clarendon, Oxford, 1977.

expresiones performativas, el juego ha gozado en la filosofía analítica de un cierto prestigio analógico. Que ello no ha dejado de hacerse notar en la teoría jurídica reciente es algo que saben bien quienes están familiarizados con la jurisprudencia analítica de más o menos fiel inspiración hartiana. Sin embargo, el libro de Robles representa el primer intento, que yo sepa, de explotar de forma sistemática y sostenida la analogía a los fines de una teoría del derecho. Que Robles lo haga sin recurrir a argumentos de autoridad —a decir verdad, su libro está enteramente desprovisto de aparato bibliográfico— no debe interpretarse como si su reflexión procediese de alguna especie de limbo doctrinal —si es que semejante lugar existe. Antes bien, su exposición trasluce un cabal conocimiento de la literatura relevante. Y con todo, la suya es una obra original y de perfiles e intenciones bien definidos. Y su autor se mueve en la materia con libertad y decisión: no vacila en acuñar su propia terminología allí donde le parece conveniente; y como pretende abrir nuevos cauces sin ocultar las aristas polémicas de sus propuestas, tampoco tiene empacho alguno en zanjar, llegado el caso incluso con gesto autoritario, discusiones doctrinales complejas y de vieja data. La suya es, en fin, una obra estimulante, que da qué pensar.

A lo largo de su ensayo aborda Robles muchos más temas de los que puedo dar cuenta en estas páginas, que tendrán que limitarse a comentar lo que creo yo que constituye la estructura básica de ideas y conceptos. El rico material sustentado por tal armazón está formado por reflexiones que a menudo por sí solas merecerían un comentario independiente y a las que aquí en el mejor de los casos sólo se podrá hacer referencia de forma alusiva. Por otra parte, como quiera que el esqueleto básico de ideas toca problemas fundamentales de teoría del derecho, y por cierto de forma original y sugestiva, una mera reseña bibliográfica no haría justicia al esfuerzo desplegado por su autor. Aunque el comentario adopta una forma de presentación que tal vez no sea siempre aquélla que el mismo autor había elegido, su propósito es poner de relieve, con la mayor fidelidad posible a las intenciones básicas del autor, las implicaciones de su enfoque. Por lo demás, las indicaciones que siguen no pueden ser tomadas ni como un sustitutivo ni como una excusa de la lectura de un libro por muchas razones interesantes.

1. Una forma relativamente extendida de abordar el problema de la «definición» del derecho ha sido (pienso v. gr., en Stammler y Kelsen o, entre nosotros, en Recaséns Siches y García Maynez), y sospecho que en nuestra práctica docente sigue siendo en alguna medida, establecer, siguiendo el método «*per genus et differentiam*», una especie de deslindamiento arborescente de «esferas» de la realidad en la siguiente línea: ante todo, se distingue entre leyes naturales y reglas de conducta (o entre las categorías del ser y del deber ser, entre el percibir y el querer, o simplemente entre oraciones descriptivas y prescriptivas); dentro de la segunda categoría se distinguen, a continuación, las reglas técnicas de las normas, señalando, por ejemplo, que aquéllas establecen un mero imperativo condicionado, mientras que sólo las segundas imponen un deber en sentido propio; finalmente se distinguen, dentro del campo de las normas, las del derecho, la moral, los usos sociales, analizando la naturaleza del deber en cada caso. Pues bien, cualesquiera

que fueren los méritos propedéuticos de semejante modo de proceder, creo que Robles lo desaprobaba —y opino que con cierta razón— como desorientador. Lo que constituye el núcleo de su argumentación, al menos por lo que aquí me interesa destacar, gira en torno a las siguientes ideas:

a) Que el derecho guarda una analogía estructural más estrecha con los juegos que con la moral y los usos sociales, y por cierto de tal modo que el estudio de esa analogía ayuda a ver que la forma corriente de abordar el problema de la definición o concepto del derecho está descaminada.

b) Que la razón de que lo esté radica básicamente en que arranca de una dicotomía arbitrariamente simplificadora entre el «mundo» del ser y el del deber ser que no se compadece con la naturaleza ni de los juegos ni del derecho.

c) Que semejante visión simplificadora es responsable de buena parte de los males que aquejan a una teoría del derecho abocada a la alternativa «normativismo vs. empirismo», de modo que prestar una mayor atención a la analogía con los juegos ayudaría a que se abriera paso una teoría que se encontraría más allá de semejante alternativa y de las aporías a que conduce.

Robles desarrolla por extenso la primera idea estableciendo una interesante tipología de las reglas del derecho y de los juegos. La segunda idea, aunque no enunciada precisamente en los términos con que yo la he presentado, atraviesa de punta a cabo el ensayo y está a la base de la distinción entre «ámbitos prácticos» y «ámbitos óntico-prácticos» a la que Robles atribuye una importancia crucial. La tercera está enunciada de forma explícita, pero por desgracia no sistemáticamente desarrollada, de modo que la forma como Robles la desarrollaría es en buena medida asunto de conjetura. En lo que sigue comentaré brevemente cada una de estas tres ideas, dejando para el final unas indicaciones sobre los límites de la analogía que Robles establece entre el derecho y los juegos.

2. a) A diferencia de la moral y los usos sociales, el derecho no es, según Robles, un conjunto de normas que regulen la conducta de las personas imponiendo deberes, de modo que se diferenciara de esos otros órdenes normativos por la naturaleza de los deberes que impone (v. gr., por su carácter coactivo y heterónomo, por mencionar dos tópicos conocidos). Más que por la naturaleza del deber el derecho se diferencia de la moral y los usos sociales por razones de carácter estructural: el derecho es un sistema articulado de reglas de diverso tipo dentro del cual las reglas que imponen deberes son una subclase, que, como veremos, posee además un status sistemático subordinado (3).

Que la diferencia entre el derecho y la moral es de naturaleza estructural no es algo enteramente nuevo. Para mencionar de forma tosca algunos casos bien conocidos, la idea estaba ya implícita a su modo en la distinción kel-

(3) «Uno de los puntos más importantes de la concepción aquí defendida radica en comprender que el Derecho (a diferencia de la moral y los usos sociales, M.A.R.) no es un sistema de normas, sino un sistema (construido) de proposiciones jurídicas (construidas) de distinta especie, entre las que se encuentran las normas como una clase de reglas junto a otras clases» [17].

seniana entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos. Que Kelsen no llegara sin embargo a desarrollar de forma consecuente esa idea puede atribuirse en parte a su insistencia en reducir la diversidad de las reglas de un sistema jurídico a un tipo único fundamental —y por cierto a un tipo de normas cuya forma característica de regular la conducta es determinar que si se dan determinadas conductas deben ser determinadas sanciones. Más refinada y consecuente en este orden de cosas es la versión de Hart. Con arreglo a ella la diferencia entre el derecho y la moral radicaría en que esta última es simplemente un conjunto discreto de reglas primarias (esto es, de normas que imponen deberes), mientras que característicamente el derecho es una unión sistemática de reglas primarias y reglas secundarias (esto es, de reglas que regulan la identificación, creación y enjuiciamiento de reglas primarias, estableciendo procedimientos y concediendo facultades, poderes y competencias), sin que estos distintos tipos de reglas puedan reducirse entre sí.

La posición de Robles no está demasiado lejos, creo yo, de la de Hart, aunque, como se verá, procede de un enfoque algo diferente. Para Robles lo característico del derecho no es que *regule* la conducta estableciendo lo que se debe (no) hacer —cosa que, por cierto, también hace—, sino que previamente, para poder hacerlo, tiene, por un lado, que *constituir* ámbitos de acción social antes inexistentes y al mismo tiempo, por otro, tiene que *instituir* procedimientos para la realización de acciones válidas dentro de tales ámbitos (4). En esto el derecho se conduce como los juegos. Estamos en condiciones de decir que un juego existe cuando disponemos de dos tipos de reglas: por un lado, reglas que establecen o constituyen el ámbito de acción del juego —determinando el número de jugadores y sus competencias respectivas, la naturaleza del espacio del juego y su duración— y por otro, reglas que establecen las condiciones que han de satisfacer determinadas acciones para poder ser tenidas por jugadas válidas. Estos dos tipos de reglas son reglas necesarias de todo juego; y para muchos —característicamente para aquellos en los que se juega mediante fichas, naipes y artefactos por el estilo— agotan los tipos de reglas que los configuran. Por el contrario, en los juegos en los que, como en el fútbol, intervienen personas en el campo de juego y las jugadas no son movimientos de artefactos sino propiamente conductas humanas, se presenta un tercer tipo de reglas, a saber, reglas que prescriben hacer u omitir —v. gr., bajo pena de multa— determinadas formas de conducta. El sistema de reglas que es el derecho ostentaría la misma estructura que el de los juegos en que intervienen personas. Como ellos, se caracteriza por la presencia de reglas de tres tipos —según la terminología de Robles: reglas ónticas, técnicas y deónticas.

(4) «El Derecho es un sistema convencional de reglas cuya característica diferenciadora respecto de la Moral, los usos sociales y las normas religiosas, es que en él se han de dar necesariamente reglas que señalen el marco espacio-temporal de la acción, creen los sujetos (órganos, personas) del sistema y les atribuyan competencias dentro de las cuales la acción ha de realizarse. Igualmente, se diferencia por la necesidad de establecer procedimientos para realizar la acción. En este sentido, en cuanto a su estructura formal, el Derecho se asimila a determinados juegos» [275-276].

i) Son *reglas ónticas* las que establecen los elementos necesarios del ámbito de acción correspondiente (de un juego o de un determinado derecho). Elementos necesarios son el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias de acción a ellos atribuidas. Mantienen una referencia sólo indirecta a la acción: propiamente no regulan la conducta humana sino que crean las condiciones que hacen posible que determinadas conductas sean tenidas por acciones del juego o del ordenamiento jurídico en cuestión. En relación con la acción *en cuanto* que acción del ámbito correspondiente, y vistas las cosas desde un punto de vista gnoseológico, podríamos decir que poseen, si se me permite una expresión algo fuerte, status cuasitrascendental. Robles justifica la adopción del término «ónticas» por la circunstancia de que mediante el conjunto de tales reglas viene a la existencia un «ser» o, mejor, un «ente» —a saber, un juego o un orden jurídico— previamente inexistente. El resultado del conjunto de tales reglas es un ente creado mediante convención. Y así, aunque por su forma sintáctica superficial posean en ocasiones la apariencia de definiciones o denominaciones, no son ni lo uno ni lo otro. Tomadas en conjunto, dicen lo que un determinado juego o un orden jurídico concreto *es*; pero aquí «es» no tiene propiamente carácter referencial sino, diciéndolo con la terminología del autor, «vectorial»; en cierto modo el «es» que les es característico tiene la naturaleza creadora de un «fiat!». De ahí que para los enunciados en que se expresan no rija la pretensión de verdad o de correspondencia con una realidad preexistente. «El *es* de las reglas ónticas no se refiere a lo preexistente, sino que es un *es* creador de realidad» [127]. «La regla óntica no presupone una realidad previa sino que crea la realidad, la denomina y la nombra (...). La cosa creada no es una cosa de cualquier naturaleza, sino *un algo convencional*, cuyo ser no se identifica con ningún ente de naturaleza física» [137]. Puesto que las reglas son expresiones lingüísticas, podríamos decir que establecer reglas ónticas es un modo de «hacer cosas con palabras».

ii) *Las reglas técnicas o procedimentales* establecen los requisitos necesarios para realizar con éxito acciones dentro del ámbito correspondiente. Presuponen el ámbito de referencia, sea de un juego sea de un ordenamiento jurídico, como ya convencionalmente establecido por reglas ónticas. En este sentido detentan un status subordinado. Pero su relación con las reglas ónticas puede ser de dos tipos; lo que da lugar a distinguir dos clases de reglas técnicas. Entre la regla técnico-procedimental y la regla óntica puede existir, en primer lugar, una relación análoga a la que se da entre las reglas técnico-instrumentales y las leyes naturales: pueden entenderse como el resultado de retraducir a términos de un lenguaje de la acción teleológica (un lenguaje fines-medios) las exigencias propias de la constitución del ente de referencia, que en nuestro caso está definido por reglas ónticas. Las reglas técnicas de este tipo derivan directamente de las reglas ónticas correspondientes de tal forma que, una vez puestas éstas, aquéllas se siguen sin necesidad de acto de creación convencional alguno. Por ello me atrevería a decir que para la exposición del sistema de reglas son en cierto modo redundantes. Por el contrario, hay reglas técnicas que establecen requerimientos que no se siguen directa y necesariamente de las reglas ónticas, sino que presuponen una elec-

ción de entre un número indefinido de procedimientos posibles para realizar acciones válidas. Para que tales reglas existan es por ello necesaria una decisión creadora de la regla. Pese a tales diferencias, para ambas clases de reglas técnicas vale que son reglas que establecen cuáles son los medios necesarios para conseguir fines definidos dentro del sistema. En ambos casos el contenido de la regla es un «tener que».

iii) Las *reglas deónticas*, o simplemente *normas*, establecen ciertas conductas (acciones u omisiones) como debidas. Comparten con las reglas técnicas una referencia directa a la conducta: como ellas, son reglas directivas de la acción; pero, a diferencia de las reglas técnicas, no establecen conductas necesarias (para ser tenidas como acciones del sistema), sino conductas debidas o prohibidas. En este caso, las reglas no expresan un «tener que», sino un «deber». Tal vez la forma más clara de destacar las diferencias que existen entre las reglas técnicas y las normas sea aludir a las consecuencias de su inobservancia. Igual que la inobservancia de una regla técnico-instrumental acarrea el fracaso de las intenciones del actor de intervenir en procesos del mundo natural, en un ámbito social (de los juegos o del derecho) convencionalmente definido la inobservancia de reglas técnico-procedimentales acarrea la frustración de los objetivos del actor: por no sujetarse a los procedimientos requeridos para que determinados actos produzcan determinados efectos, la acción carece de efectos dentro del sistema de referencia. Por el contrario, la inobservancia de una regla deóntica no acarrea propiamente el fracaso de la acción sino eventualmente la imposición de un castigo. Nulidad (o anulabilidad) y sanción son consecuencias derivadas de la inobservancia de reglas técnicas y normas respectivamente.

Incluyendo (en las dos últimas hileras) algunas indicaciones cuyo significado se aclarará inmediatamente, el *Cuadro 1* refleja las principales diferencias que Robles establece entre sus tres tipos de reglas.

CUADRO 1

Tipos de reglas	Reglas ónticas	Reglas técnicas	Reglas deónticas o normas
Operador lógico-lingüístico característico	«ser»	«tener que»	«deber (ser)»
Referencia directiva a la conducta	indirecta: crea el ámbito	directa: establece conducta necesaria para acción válida	directa: establece conducta debida
Consecuencia de inobservancia	—	nulidad	sanción
Carácter de la regla en relación con las acciones	constitutivo	constitutivo	regulativo
Relación con la definición del ámbito	necesaria	necesaria	no necesaria

Robles no pretende que su tipología de las reglas del derecho sea estrictamente exhaustiva. Con todo, en el último capítulo de su libro lleva a cabo un interesante intento de reducir a los tres tipos mencionados las distintas clases de reglas que suelen incluirse en clasificaciones tradicionales (5). Y para ello el criterio propuesto es de naturaleza «lógico-lingüística»: las diversas reglas se integran en uno u otro tipo dependiendo de que incorporen los operadores sintácticos «ser», «tener que» o «deber (ser)» (6). Naturalmente a Robles no se le escapa que con frecuencia en la estructura lingüística superficial de las reglas no se presentan estos operadores característicos; pero se esfuerza en mostrar que su presencia se evidencia en un análisis de su estructura profunda, o, para decirlo en sus propios términos, tras una correcta «reconstrucción hermenéutica de las reglas». Aunque tengo la impresión de que en ocasiones sus análisis son algo especiosos y que sus intentos de reducir las reglas del derecho a reglas que expresan que algo «es», «tiene que (ser)» o «debe (ser)» resultan un tanto forzados, no me detendré de momento en este punto. Más me interesa por ahora llamar la atención sobre alguna de las consecuencias que Robles vincula a su tipología de las reglas.

Por lo pronto, de su examen de las reglas extrae Robles una consideración cargada de buen sentido: que la habitual concentración de la atención en las normas, esto es, en las reglas que imponen deberes, como si fueran el tipo predominante, o incluso el único, conduce a una visión desfigurada de lo que un orden jurídico es:

(5) Con el propósito de que la tipología de las reglas no resulte demasiado abstracta, y a fin de ilustrar la enorme variedad de reglas que integra cada uno de los tipos, enumeraré algunos ejemplos. En el grupo de las *reglas ónticas* entran desde cuasidefiniciones del tipo «Madrid es la capital de España» hasta las reglas que establecen el ámbito de vigencia espaciotemporal de las normas, así como las que especifican las llamadas fuentes del derecho. También las reglas organizativas, potestativas y competenciales forman parte de él; pero no sólo las relativas al aparato organizativo del Estado sino también las que determinan las competencias de acción de los sujetos: las reglas que regulan la personalidad jurídica y la capacidad de obrar son también reglas ónticas. Del grupo de las *reglas técnicas* o procedimentales forman parte no sólo el derecho procesal, en el sentido académico del término, sino también las reglas que regulan el procedimiento legislativo o el proceso electoral y similares. También son reglas técnicas las que regulan la perfección de los contratos y las formas de realizar negocios jurídicos en general. Finalmente, integran el grupo de las *reglas deónticas* o normas no sólo las que imponen deberes generales (como la prohibición del asesinato y el robo), sino también obligaciones vinculadas a una posición o cargo (como el deber del juez de justificar su sentencia, o de juzgar conforme a pruebas) o ligadas a actividades voluntarias de los hombres dentro del sistema de acción configurado por reglas ónticas y técnicas (como la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de entregar el precio).

(6) «En virtud del citado método (lógico-lingüístico) se desvela la tipología de las reglas atendiendo al verbo que les es característico. Se obtiene así la trilogía de reglas ónticas, técnico-convencionales o procedimentales y deónticas o normas, o, respectivamente, reglas que expresan un *ser* autoritariamente establecido (ej., Madrid es la capital de España), reglas que expresan un *tener que* (ej., el juez *tiene que* cumplir determinados requisitos para que su sentencia sea válida) y reglas que expresan un *deber* (ej., el comprador *debe* pagar el precio)» [276].

«... es habitual entre los teóricos del Derecho afirmar con toda rotundidad que el Derecho es un sistema de normas, básicamente de normas de conducta (...). De semejante concepción se suele derivar que al estar formado el Derecho básicamente por reglas deónticas (...) aquellas otras reglas que regulan el procedimiento y, en general, las condiciones previas de la acción quedan relegadas a un segundo plano, siendo usual referirse a ellas con la denominación, un tanto peyorativa y displicente, de Derecho adjetivo.

Si nuestro análisis es correcto, hay que señalar justamente lo contrario. El mal llamado Derecho adjetivo, que en mi terminología sería el conjunto de reglas ónticas y técnicas o procedimientos pertenecientes a un orden jurídico, es previo necesariamente al denominado Derecho substantivo (...). El mal llamado Derecho adjetivo conquista así su verdadero lugar, quedando claramente de manifiesto que es él el que constituye la estructura básica del Derecho, sobre la cual se monta a posteriori el resto del orden jurídico» [153].

Robles lleva razón al poner de relieve la importancia sistemática del «mal llamado» derecho «adjetivo» o «formal» —que por lo demás tiene implicaciones bien substantivas y materiales. Y si esto fuera todo lo que hubiera querido significar con su tipología de las reglas, poco habría que añadir. Pero ya una lectura atenta del pasaje que acabo de reseñar descubre la idea, más problemática, de que entre los distintos tipos de reglas existe una relación de prioridad bien definida.

En distintos momentos de su exposición Robles da a entender que su distinción entre reglas que expresan un «ser», un «tener que» y un «deber (ser)» no sólo proporciona una tipología de las reglas del derecho sino que permite establecer de forma precisa las relaciones sistemáticas que existen entre ellas. Y, si no entiendo mal, concibe tales relaciones como relaciones de prioridad unidireccional. La imagen del orden jurídico que se desprende de su concepción es la de una especie de formación estratificada: el estrato fundamental vendría constituido por las reglas ónticas, de las cuales de forma inmediata derivarían algunas reglas técnicas sin necesidad de estipulación convencional; sobre este sustrato se erigiría a continuación un estrato de reglas técnicas o procedimentales; las reglas deónticas o normas formarían, por fin, el estrato más superficial. Sobra decir que Robles no afirma que ésta es la forma como de hecho se han construido los juegos o los ordenamientos jurídicos; pero sugiero que de su exposición se desprende que así es como piensa que tendría que proceder una adecuada reconstrucción de los mismos. Con ello la visión más o menos extendida, según la cual el derecho es fundamentalmente un sistema de normas (una visión que, por ejemplo, condujo a Kelsen a sostener que cualquier disposición jurídica que no tuviera la forma canónica «Si es A debe ser B» —donde A es una conducta y B una sanción— habría de interpretarse no como una *norma* sino meramente como *parte* de una norma jurídica en sentido propio), semejante visión, digo, cede su lugar a la visión enteramente opuesta: que las normas son algo así como un añadido tardío y de rango sistemático subordinado, que sólo entra en juego cuando los estratos anteriores están ya construidos. Robles ha atacado persuasivamente la primera versión. Pero no me parece ob-

vio que la que él mismo presenta como alternativa sea enteramente atinada.

Para empezar por lo más llamativo, Robles vincula a su visión la tesis provocativa de que las normas no entran en la definición ni de un juego ni de un determinado orden jurídico. «Definir» un juego o un orden jurídico es decir en qué consiste, y para ello son necesarias y suficientes las reglas ónticas y técnicas:

«Son precisamente las reglas necesarias [a saber: las ónticas y las técnicas —M.A.R.] las que proporcionan, mediante su exposición completa y exhaustiva, la definición de un juego en particular, o una clase de juego. Reglas *no necesarias* son aquellas que suponen la posibilidad de infracción, como ocurre con las reglas deónticas o normas. Este tipo de normas no tiene que formar parte de la definición de un orden normativo, ya que el ser del conjunto sólo puede definirse por las proposiciones necesarias» [32-33].

«... la definición de un orden de reglas consiste en la exposición de sus reglas necesarias (...). Las normas no entran en la definición, ya que aun cuando se infrinjan sigue habiendo juego, y en este sentido no constituyen un componente «óntico» del mismo» [34].

Semejante tesis es cuando menos sorprendente; ante todo, porque seguirla de forma consecuente parece conducir a resultados contraintuitivos. Por ejemplo, para decirlo de forma un tanto brusca y sin mayores precisiones, quien quisiera definir —esto es, decir en qué consiste— el derecho español, tendría que informar de cosas tales como la organización de la administración de la justicia y del sistema policial y sin embargo dejar fuera de consideración el código penal, ya que —como creo que Robles admitiría— en lo substancial es un conjunto de reglas de las que él caracteriza como deónticas. Mi opinión es que ésta es una manera bien extraña de definir un sistema jurídico. Sin duda a ello podría responder Robles con un «tanto peor para la forma como ordinariamente entendemos que ha de ser la definición de un sistema jurídico», e insistir en su derecho a estipular con fines teóricos un uso especial de «definir» aplicable a sistemas de reglas. Aunque él no se detiene a aclarar ese uso, creo que su idea viene a dar en lo siguiente: la exposición completa de un sistema de reglas tal como el fútbol y el derecho español requeriría sin duda informar de modo exhaustivo de *todas* las reglas que lo integran, si lo que deseamos es saber a qué atenernos, es decir, conocer el catálogo completo de las cosas que tenemos, podemos o debemos hacer o no hacer; pero una «definición» tiene un alcance más restringido: su objetivo no es informarnos acerca de qué podemos o debemos hacer, sino de lo que el orden de referencia *es*. Y lo que un juego o un orden jurídico es queda determinado por el conjunto de reglas sin cuya observancia no se dan las acciones distintivas de tal juego o tal orden jurídico. «Necesarias» son las reglas que establecen exigencias de necesidad para las acciones, de tal modo que las acciones que se producen contraviniéndolas no pueden tomarse por acciones de tal juego o tal derecho. Y sólo las reglas ónticas y las técnicas establecen, en la forma del «ser» y del «tener que», exigencias de ese tipo; son precisamente ellas las que «establecen los presupuestos necesarios de la acción, bien sean los presupuestos estáticos (espacio, tiempo, sujetos y

competencias), bien sean los dinámicos (procedimiento)» [152]. Solo en relación con ellas las acciones son *necesarias*; las acciones que caen bajo el dominio de las reglas deónticas son, por el contrario, meramente *debidas*.

Robles facilita la comprensión de esta forma suya de entender «definición» haciendo uso de un ejemplo tomado del fútbol: la regla (óntica, pero transformable en técnica) que establece que el fútbol (*es un juego que*) se juega con un balón (y no, por ejemplo, con tres) es una regla «necesaria», porque, si no se sigue, se podrá estar haciendo cualquier cosa que queramos excepto jugar al fútbol. Por el contrario, la regla (deóntica) que prohíbe el llamado «juego sucio» no es una regla necesaria porque el puego seguirá siendo tal incluso si se la infringe (7). Pero según eso ¿qué decir de la regla que prohíbe a los jugadores (con excepción del portero) tocar el balón con la mano so pena de sanción? Doy por supuesto que ninguna definición del fútbol que no la incluya será completa y significativa. Pues bien, hay indicios de que Robles podría responder que en realidad tal regla sólo aparentemente es una regla deóntica, porque una «reconstrucción hermenéutica» correcta revelaría que en realidad nos encontramos ante una regla óntica (que en una formulación simplificada rezaría: «El fútbol es un juego que, entre otras cosas, se juega con cualquier parte del cuerpo excepto con las manos») y/o una regla técnica derivada de ella («Para hacer jugadas válidas en el fútbol —v. gr., un gol— tienen que no emplearse las manos»). Sólo que semejantes traducciones me parecen incompletas: no dan cuenta adecuada del sentido de prohibición implícito en la regla ni, lo que es más importante, del hecho significativo de que su inobservancia acarree no meramente una declaración de nulidad sino una penalización.

Un caso jurídico tal vez sea más esclarecedor. Defínase como se quiera la institución de la propiedad perteneciente a un ordenamiento jurídico particular, no me parece que sea posible hacerlo de forma completa y significativa sin involucrar *en la misma definición* el catálogo de derechos y obligaciones del propietario y de los demás en relación con él. Diciéndolo sin rodeos: que existan robos —esto es, infracciones de reglas deónticas vinculadas a la institución de la propiedad— no es obstáculo para la existencia de la propiedad (más aún, es una corroboración de la misma, porque sólo puede haber «robo» si hay «propiedad»); pero si el robo no estuviera prohibido, tampoco existiría tal institución, por muy refinadamente que se articulen los procedimientos para adquirir y transmitir el dominio. Así que, desde un punto de vista, las reglas deónticas presuponen las ónticas y las técnicas: sin

(7) No estoy seguro de que el ejemplo de regla deóntica elegido en este caso por Robles —la regla que prohíbe el juego sucio— sea apropiado. ¿En qué sentido es ésta una regla del fútbol? Me inclino a pensar que reglas de este tipo en los «juegos en que intervienen personas» (igual que la regla que prohíbe hacer trampas en los juegos de fichas, dados y naipes, y, en el caso del derecho, reglas como la que ordena una administración imparcial del sistema de reglas) no son reglas convencionales, en el sentido de que deban su existencia a una convención creadora de la regla misma, sino que más bien pertenecen a las *presuposiciones normativas* implícitas en actividades gobernadas por reglas. Ello explicaría que no sintamos necesidad de hacerlas explícitas al «definir» el juego. El caso de las reglas relativas al «penalty» o a la «mano» es enteramente diferente.

«propiedad» no hay «robo»; pero, desde otro, también las reglas ónticas y técnicas presuponen las deónticas: si no estuviera prohibido el robo, tampoco habría propiedad. De modo que no veo cómo puede darse noticia de lo que la propiedad es sin involucrar en la misma definición reglas deónticas. Similarmen- te, no creo que sea posible definir la propiedad en el ordenamiento jurídico propio de un Estado social de derecho de forma suficientemente rica como para permitir diferenciarla de la propiedad quiritaria, si no se incluye en la definición el conjunto de deberes y prohibiciones que le es característico. Tan «necesarias» para que se dé la cosa son, al menos en este caso, las reglas deónticas como las ónticas y las técnicas.

Creo que si Robles excluye de la definición de un orden jurídico a las reglas deónticas es porque lleva a cabo una inferencia problemática. Del hecho de que las reglas deónticas no establezcan *exigencias de necesidad* (en la forma del ser o del tener que) para la acción deriva él la consecuencia de que no son *necesarias* para que se dé la cosa, esto es, el orden de conducta gobernado por reglas. Pero que una acción no sea necesaria sino meramente debida no significa que la regla que la prescribe no sea necesaria para que el orden en cuestión sea lo que es. Que Robles vincule lo uno a lo otro tiene que ver, creo yo, con su concepción —que a continuación comentaré— del derecho como un *ente*, esto es, como una manifestación del *ser*.

3. b) La distinción que Robles propone entre normas, por un lado, y reglas ónticas y técnicas, por otro, no es enteramente nueva. Su rastro podría seguirse sin dificultades en investigaciones filosófico-analíticas sobre las reglas. Me referiré brevemente a lo que creo que es el antecedente que más se aproxima a la presentación de Robles. Tomando pie en los estudios de J. L. Austin sobre las expresiones performativas, J. Searle ha distinguido de forma persuasiva dos tipos de reglas (8): las reglas *regulativas*, que «regulan formas de conducta que existen con anterioridad e independientemente» de las reglas, y las reglas *constitutivas*, que no meramente regulan la conducta, sino que «crean o definen nuevas formas de conducta». Mientras que las del primer grupo adoptan característicamente la forma imperativa, las del segundo tienen forma analítica y apariencia de definición. Las acciones que caen bajo el dominio de las reglas pueden ser especificadas en el primer caso con independencia de las reglas; en el segundo no. En relación con el primer tipo de reglas las acciones relevantes son «hechos brutos», mientras que en relación con las del segundo son «hechos institucionales», esto es, hechos cuya existencia presupone la de reglas y cuya descripción no puede llevarse a cabo sin implicar reglas. Además, las reglas regulativas relativas a un determinado campo de conducta pueden ser consideradas independientemente unas de otras, mientras que es característico de las reglas constitutivas el formar parte de sistemas, de modo que no pueden ser consideradas adecuadamente si se prescinde de su interconexión sistemática. Precisamente propone Searle como ejemplo de reglas regulativas las reglas de la etiqueta,

(8) J. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge Univ. Press, 1969 (hay trad. cast. por L. M. VALDÉS VILLANUEVA, en Ed. Cátedra, Madrid, 1980), espec. cap. 2, seccs. 5, 7.

mientras que presenta las del ajedrez y el fútbol como paradigmas de reglas constitutivas.

Estas sumarias indicaciones bastan para advertir el estrecho paralelismo que existe entre la tipología de Robles y la de Searle. En todo caso, la de Robles añade dos ingredientes que la hacen más compleja, facilitando una aplicación más cómoda al caso del derecho: por un lado, la distinción —más o menos dentro del conjunto de las reglas constitutivas de Searle— entre reglas ónticas y técnicas; por otro, la posibilidad de una conjunción sistemática de reglas constitutivas y regulativas, que Searle, guiado por preocupaciones diferentes, no estudió.

Con todo, me parece que cuando Robles adopta estas distinciones lo hace en un marco de conceptos que ya en la misma terminología acusa la relación, ciertamente polémica y crítica, con una tradición diferente, a saber: con la tradición del neokantismo marburgués y en particular con la versión, en cierto modo epigonal, de Kelsen. Como he indicado, creo que una de las intenciones centrales— aunque no explícita en estos términos— del libro de Robles es revisar la dicotomía, característica de esa tradición, entre el «mundo» del ser y el del deber ser. Tal dicotomía se presenta en formulaciones diversas: como distinción entre naturaleza y costumbres (Kant), entre las categorías del percibir y las del querer (Stammler), entre causalidad e imputación (Kelsen) como formas diferenciadas de ordenar los fenómenos. Común a tales formulaciones es la idea de que es preciso distinguir dos marcos de referencia para ordenar la realidad: en un caso nos encontramos ante la realidad captada desde el punto de vista de la causalidad y la necesidad, en el otro, ante la realidad vista desde la perspectiva de la imputación y la libertad. En el primer marco de referencia se mueven las ciencias naturales, que elaboran conocimientos de los que podemos derivar recomendaciones técnicas para la manipulación de la realidad natural. Por el contrario, las ciencias que integran el cuerpo de la llamada filosofía práctica se orientan a dilucidar las distintas formas como la acción humana se encuentra sujeta a normas que establecen formas de conducta debida. Estas formas de vinculación normativa pueden ser luego distinguidas conforme a criterios diversos: autonomía o heteronomía, ausencia o presencia de alguna forma de respaldo coactivo, carácter subjetivo y unilateral u objetivo y bilateral de la vinculación. En todo caso, las categorías relativas al ser y al deber ser son recíprocamente irreductibles.

Es sabido que Kelsen hizo de esta dicotomía entre ser y deber ser —términos que, por lo demás, no empleaba él como si designaran entidades o esferas de entidades, sino como abreviaturas de marcos categoriales para la constitución de la realidad como objeto de conocimiento— el nervio central de una teoría pura del derecho. «Sociologismo», «psicologismo», «(ius)naturalismo» son otros tantos rótulos, que él más que nadie contribuyó a popularizar, para designar formas de reduccionismo basadas en el error categorial de concebir los fenómenos jurídicos con categorías del ser. Formas de reduccionismo orientadas en la dirección contraria las señaló él mismo en interpretaciones animistas del mundo en las que los fenómenos naturales se conciben no desde el punto de vista de la causalidad natural sino desde el de

la imputación moral. Robles, por su parte, considera insatisfactoria esta forma de trazar líneas divisorias. Aunque concuerda con la intención de evitar los distintos modos de reducción de lo jurídico a las formas de lo que con expresión genérica denomina él «la facticidad», ve sin embargo en la forma como Kelsen (y cito su caso como el más descollante, pero en ningún modo único) establece las distinciones entre ser y deber ser una peculiar forma de reduccionismo: el normativismo. La concepción según la cual el derecho es un sistema de normas, esto es, una forma de regular la conducta imponiendo deberes —que Robles no vacila en calificar como una «obsesión» de la teoría jurídica dominante— pasa por alto que el derecho es una forma del ser, si bien irreductible al ser natural. La dicotomía entre ser y deber ser, tal como se presenta en la tradición kelseniana, es insuficientemente compleja para hacer justicia a la naturaleza del derecho y, por cierto, también de los juegos.

Para Robles hay más «seres» que el ser natural y más formas de expresión de la «necesidad» que la necesidad causal. Robles, que se muestra poco propenso a hacer uso de la cuchilla de Occam, cataloga «cuando menos» tres tipos de seres: «El ser no es sólo la facticidad. La facticidad es una de las formas expresivas del ser pero no agota todas las dimensiones de éste. Junto al *ser natural* está el *ser lógico* y el *ser convencional*. El ser lógico y el ser convencional *no forman parte de la facticidad*, ya que ni uno ni otro constituyen un hecho o un conjunto de hechos» [40, el subrayado es mío] (9). Basta añadir que el derecho como los juegos —pero a diferencia de la moral y los usos sociales—, es un «ser» convencional para tropezar con la consecuencia que Robles intenta derivar de tal concepción: si podemos concebir el derecho como una forma del *ser*, y no (sólo) como una forma peculiar del deber ser, entonces estamos en condiciones de establecer una teoría del derecho libre de los problemas del «normativismo»; y si tal ser es un ser *convencional* irreductible al ser natural, a la «facticidad», entonces estamos en condiciones de hacerlo sin incurrir en ninguna de las formas de reduccionismo «naturalista» antes mencionadas. Más adelante comentaré brevemente este punto. De momento es preciso explicar qué quiere decir Robles cuando entiende que el derecho es un ser convencional.

Desde luego no sólo el derecho y los juegos sino también la moral y los usos sociales, los rituales y el lenguaje, en suma, el conjunto entero de las reglas sociales, son para Robles convencionales. Todas ellas existen *ex conventione* y no en virtud de ninguna forma de necesidad lógica o causalidad natural. Distingue él sin embargo dos tipos de convención, que, como tendremos ocasión de ver, se relacionan con dos tipos de «ámbitos» de la realidad social en cuanto que sometida a reglas. *Convención normativa* es aquella que establece que algo *debe ser*. Lo que mediante convención se establece en este caso es un deber ser; y establecer que algo debe ser es establecer una regla

(9) Inmediatamente a continuación añade Robles una indicación cargada de problemas y que parece apuntar hacia una filosofía que otorga al lenguaje un papel trascendental, pero en la línea de un convencionalismo decisionista: «El ser convencional subyace siempre al ser natural y al ser lógico, al menos en el sentido de que el acotamiento de estos dos últimos supone una *decisión* y por consiguiente un ser convencional» (ibíd.).

deóntica, una norma. Una norma no establece que algo será o tiene que ser, porque lo que debe ser no necesariamente es ni será; más aún, para que algo pueda ser «debido» tiene que poder no ser: «por tanto, la convención normativa no crea una necesidad, ni tampoco una probabilidad. Crea sólo la normatividad» [243]. Por el contrario, mediante *convención óptica* es el ser mismo, y no ya el deber ser, el que se hace objeto de convención. No el ser natural, desde luego, sino un ser convencional, «un algo» creado mediante convención y que no puede ser pensado con independencia de ella:

«El ser puede ser objeto de convención (...) Me refiero a la convención que establece, o mejor, que define parcelas ópticas. Algo puede ser de una forma o de otra, o quizá incluso no ser. Mediante convención se crea ese algo, y mediante convención se le dota de unas características determinadas que hacen que sea precisamente ese algo y no otro algo. Antes de la convención el algo no existe (...) Definir la existencia de un algo es definir las condiciones de su existencia, o si se quiere: las condiciones de su esencia, o mejor: las condiciones esenciales de su existencia. Una convención óptica es aquella convención que define las condiciones esenciales de la existencia de un algo (...) La convención puede hacerse y puede no hacerse, o lo que es lo mismo: el algo que surge de la convención puede existir y puede no existir (...) Conocer el algo es conocer la convención, ya que la convención y el algo son la misma cosa» [243-244].

Y así como el contenido de una convención normativa son normas, esto es, reglas deónticas que establecen que algo debe ser, el de una convención óptica son, como era de esperar, reglas ópticas, que definen lo que un algo, v. gr., un orden jurídico, un juego, *es* (en el sentido «vectorial» de «es» antes indicado).

A primera vista el tenor literal de esta presentación de la noción de convención óptica no deja de suscitar alguna perplejidad, porque si las reglas de la etiqueta o las normas morales vigentes en un grupo social son «un algo», y por cierto un algo que es así-y-no-de-otro-modo (y no veo por qué tendríamos que decir que no lo son), ¿no se desbarata la distinción trazada entre convención normativa y convención óptica? ¿O es que el modo de ser «un algo» de las reglas de los juegos es diferente del de las de la moral convencional? A decir verdad, Robles entiende que el derecho y los juegos son «entes», esto es, formas de expresión del «ser», mientras que la moral y los usos sociales son normas, esto es, reglas que establecen lo que debe ser. Y mientras que el deber ser implica posibilidad, uno de los atributos del ser, del cual participan los entes, es la necesidad:

«El ente es la concreción del ser, la manifestación particular de éste. Como tal, participa de las cualidades del ser (...).

El ser es la expresión de la necesidad, puesto que, como ser, es, y no puede dejar de ser lo que es. Necesidad no tiene aquí ningún sentido específicamente causal, sino que es sinónimo de exclusión de posibilidad. Lo posible y lo necesario se excluye recíprocamente, puesto que lo posible admite formas de ser dispares mientras que lo necesario es la determinación del ser (...).

Ente, ser y necesidad son, de esta manera, tres términos que se

coimplican. Preguntarse por los tipos de entes es lo mismo que preguntarse por las formas de ser o por las formas de la necesidad. Hay, cuando menos, tres tipos de necesidad: la necesidad natural, la necesidad lógica y la necesidad convencional. Correlativamente habrá que admitir que cuando menos hay tres tipos de ser y, por tanto, tres clases de entes (...): el ente natural, el ente lógico y el ente convencional» [93-94].

Por ello, aunque la convención óntica (como la normativa) no es «necesaria», puesto que no obedece a causalidad natural ni a necesidad lógica alguna según la cual necesariamente tuviera que haberse producido, una vez que se ha producido «crea necesidad» [244] —aunque ciertamente no necesidad causal, ni necesidad lógica, sino «necesidad convencional».

Prescindiendo de la singularidad de una fraseología a cuya superficie afloran problemas filosóficos de larga y complicada historia, tal vez lo que hay tras esta forma de hablar de «entes», «seres» y «necesidades» podría expresarse haciendo referencia a la distinta forma como es posible defender enunciados como verdaderos (es decir, como enunciados de que algo es así-y-no-de-otro-modo). En primer lugar, para defender como verdadero un enunciado sobre fenómenos naturales tenemos que acudir a la corroboración empírica. La explicación de un enunciado empírico podemos llevarla a cabo mediante enunciados universales empíricamente falsables acerca de la covarianza entre fenómenos, esto es, recurriendo a leyes naturales que enuncian relaciones causales entre fenómenos. De acuerdo con la terminología de Robles podemos entender el intento de formular leyes naturales como el intento de expresar las relaciones de «necesidad causal» que rigen el acontecer del mundo natural. Pero también, en segundo lugar, podemos decir que un enunciado es verdadero formalmente (con independencia de que lo sea o no también empíricamente), si podemos fundamentarlo en las reglas que rigen la inferencia lógica entre proposiciones en virtud de su mera forma. En el primer caso, si hemos de seguir a Robles, la verdad de tales enunciados es índice de relaciones de necesidad (causal) relativas a entidades que forman parte de un modo determinado del ser, a saber: del «ser natural». En el segundo, las verdades son relativas a entidades que pertenecen al «ser lógico». Finalmente, si podemos decir que un enunciado es verdadero no en virtud de su corroboración empírica, ni meramente por su forma, sino en virtud de una definición convencional, entonces tal verdad es una verdad relativa a una entidad que expresa un modo «convencional» del ser: «la necesidad convencional no es sino la necesidad que proviene de atenerse a la definición» [244]. Si «La bandera española es roja y gualda» es verdad, lo es porque hemos estipulado que «La bandera española es roja y gualda»: la primera frase es un enunciado verdadero en virtud de la segunda, que es una definición convencional mediante la cual llega a la existencia precisamente ese ente que denominamos «bandera española». Y una vez establecida la convención, el ser así creado despliega necesidad. La convención «crea necesidad puesto que crea el ser y el ser es lo necesario» [244]. Por este camino Robles atribuye a las reglas ónticas respecto del ser convencional un status análogo al de las leyes naturales respecto del ser natural y al de las leyes o reglas lógicas respecto del ser lógico, lo que le permite afirmar que «la naturaleza de la convención ya

convenida es similar a la naturaleza de la realidad física, al menos en el sentido de que ambas constituyen formas específicas del ser» [40].

Las reglas ónticas constituyen, por así decir, una «legalidad» (una «necesidad») en virtud de la cual un ente convencional es lo que es; pero no nos dicen (directamente) cómo hemos de conducirnos. No son directivas de la acción: si acaso, más que regular directamente nuestra conducta regulan nuestro lenguaje «en su sentido más amplio, como instrumento susceptible de generar comunicación» [26]. Pero igual que las leyes naturales y las de la lógica, también las reglas ónticas mantienen una referencia indirecta a la acción, porque de ellas podemos derivar exigencias para la acción teleológica dentro de la correspondiente esfera del «ser». Y en este sentido, así como de las leyes naturales podemos extraer recomendaciones para intervenir con éxito en el mundo natural, esto es, en la terminología de Robles, reglas técnico-causales, y de las leyes de la lógica podemos extraer recomendaciones para un pensar correcto, esto es, reglas técnico-lógicas, de las reglas ónticas derivan exigencias para la acción en el mundo social. Pero igual que ocurre con las reglas técnico-causales y las técnico-lógicas (y a diferencia de las normas), las reglas técnico-convencionales no establecen una obligación sino una necesidad condicionada: adoptan la forma de un imperativo hipotético (10) que establece la exigencia de un «tener que» aplicable a una acción en cuanto que dirigida a producir ciertos efectos (esta vez en el mundo social):

«En el uso del lenguaje normal tener que y deber ser se utilizan frecuentemente como sinónimos, pero aquí se mantiene que es preciso reconstruir el significado de ambas expresiones, dotando al tener que de la estricta significación que tiene en las reglas técnico-causales, en las que la noción de deber se da por naturalmente excluida. Esta diferenciación, aceptada sin reparos en el mundo de la naturaleza y que hace posible la distinción clara entre ley científico-natural y regla técnica, es perfectamente aplicable al mundo de lo convencional, siempre que se sea consciente del significado estricto que conlleva y de las trampas conceptuales que encierra el uso del lenguaje normal» [173].

Por lo demás, un ordenamiento jurídico (así como los juegos en que intervienen personas) incluye también deberes, esto es, exigencias de conducta derivadas de reglas ónticas. El contenido de tales deberes puede ser, y a

(10) Para ser exactos, Robles entiende que no sólo las reglas técnicas, sino también las deónticas tienen la forma de imperativos hipotéticos. Pero en este punto me parece que las razones que esgrime en favor de una retraducción de los imperativos categóricos en hipotéticos (cfr. 185 ss.) son sencillamente sofísticas. Aun cuando el precepto evangélico «Ama a tus enemigos» se dejara traducir por «Si eres un hombre que cree en Cristo y tienes enemigos, debes amarlos» (lo cual, por lo que se refiere a la primera cláusula me parece implausible), ello no significaría que nos encontremos ante un imperativo hipotético. La cláusula condicional «si tienes enemigos» no designa un propósito en relación con el cual el mandato tuviera «necesidad práctica», sino las condiciones circunstanciales en que entra en juego el mandato. La distinción entre «tener que» y «deber», que tan importante papel juega en la concepción de Robles, vendría aquí bien a punto.

menudo es, sustancialmente idéntico al de los que establece la moral convencional. La diferencia entre el deber jurídico y el deber moral no radica, pues, en el contenido, ni siempre en la forma de la sanción, ya que no todos los deberes jurídicos están respaldados por sanciones coactivas, sino más bien en la circunstancia de que mientras que las normas morales se dirigen directamente a la acción tal como ésta se produce y se interpreta en el mundo natural de la vida social, las normas jurídicas se dirigen a la conducta en cuanto que forma de una acción ya interpretada y, para utilizar una metáfora espacial, inscrita en el marco de un mundo convencionalmente construido mediante reglas que no imponen deberes. La diferencia entre moral (y usos sociales) y derecho (y juegos) apunta así, por fin, a la distinción, a la que Robles atribuye una importancia capital (11), entre dos marcos de la acción o, para emplear la terminología de Robles, dos tipos de «ámbitos», a saber, «ámbitos prácticos» y «ámbitos óntico-prácticos»:

«Los primeros son aquéllos en que se regula directamente la acción, sin establecer órganos ni competencias, mientras que a los segundos les es consustancial la delimitación de los elementos ónticos (necesarios) del sistema (...).

El ámbito práctico se dirige directamente a la acción humana, y, por tanto, sus reglas son reglas directas de la acción. La Moral es un ámbito que establece deberes, y tan sólo deberes, de tal modo que los sujetos, las competencias y los procedimientos que habrían de utilizar dichos sujetos dentro de sus competencias respectivas, son absolutamente desconocidos, no existen como elementos configuradores del ámbito (...).

No se puede comparar, por esta razón, la Moral con los juegos o el Derecho, ya que estos últimos no son pensables si prescindimos de los elementos necesarios del ámbito, esto es, de los sujetos, las competencias y los procedimientos (...).

El Derecho es un ámbito óntico-práctico que se parece, desde un punto de vista puramente formal, más a los juegos de hombres que a la Moral (...)» [169].

Con la distinción entre ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos queda en lo sustancial completa, por más que expuesta de un modo sumario, la forma como Robles reformula la vieja distinción entre ser y deber ser. El *Cuadro 2* recoge de forma gráfica los ingredientes fundamentales.

(11) «La diferenciación entre ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos tiene, en mi opinión, una importancia extraordinaria. No sólo permite entender la distinta estructura formal de los diversos tipos de sistemas, sino también la función específica de las reglas, en el sentido que damos aquí a la palabra función. Por lo común se ha prescindido de esta diferenciación, lo que ha conducido a un tratamiento indistinto y confuso. La confusión se ha traducido en lo que podríamos denominar obsesión normativista, postura simplificadora al extremo que ha hecho tabla rasa de la variedad lingüística de las proposiciones prácticas y de los sistemas que éstas configuran» [171-172].

CUADRO 2

Forma del ser	Ser			Deber ser
	Ser natural	Ser lógico	Ser convenc.	
Expresión de necesidad	Leyes naturales	leyes lógicas	<i>Reglas ónticas</i>	
Directrices para la acc.	Reglas técnico-causales	Reglas técnico-lógicas	<i>Reglas técnico convencionales</i>	<i>Reglas deónticas o normas</i>
Teoría correspond.	Teorías físicas	Lógica	Teoría de los ámbitos <i>óntico-prácticos</i>	Teoría de los ámbitos prácticos
Tipo de fenómenos	«Naturaleza»	«Pensar»	Juegos, rituales, derecho lenguaje	Moral, usos sociales
Modo de existencia de los fenómenos	No convencional		Ex conventione	

Con su negativa a reducir el derecho a un conjunto de normas que imponen deberes o a un mero fenómeno complejo del mundo natural toca Robles un problema real frente al que tal vez se debata todavía algún sector de la teoría jurídica que no se ha mostrado insensible al impacto cruzado de la teoría pura kelseniana y del realismo escandinavo. Y en este orden de cosas la distinción entre ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos apunta, creo yo, en dirección correcta. Con todo, ya la peculiar terminología de Robles suscita la duda de si los medios empleados son adecuados y de sí el camino elegido es realmente orientador. La espontaneidad con que Robles se sirve de un lenguaje ontológico tan cargado de resonancias histórico-filosóficas encontradas es verdaderamente desarmante. Pero no puede uno sustraerse fácilmente a la sospecha de que ninguna falta hacían tales recursos.

Toda la fuerza de la concepción del derecho como una forma peculiar del *ser*, en un sentido enfático y nada trivial del término, la saca Robles del paralelismo entre ser convencional y ser natural. Ahora bien, un par de consideraciones tal vez ayuden a percatarse de que, pese a todo el cuidado que ha puesto al trazar tal paralelismo, éste es menos obvio de cómo el quiere presentarlo.

En primer lugar, la relación entre reglas ónticas y reglas técnico-convencionales no es enteramente homóloga a la que existe entre las leyes naturales y las reglas técnico-causales. Como ya he apuntado, el mismo Robles

—corrigiendo una primera aproximación al tema (12)— admite que sólo una porción del conjunto de las reglas técnico convencionales puede entenderse como una traducción al lenguaje de la acción teleológica de las exigencias de «necesidad» incorporadas en las reglas ónticas. Para el resto (en el caso jurídico tal vez la mayoría) de las reglas técnicas es necesario un acto específico de creación, una convención expresa que tal vez (aunque no necesariamente) se produzca *dentro de* un marco definido por reglas ónticas pero cuyo contenido en todo caso *no deriva* del de las reglas ónticas: tales reglas «no presuponen las reglas ónticas sino que constituyen un complemento de éstas» [157], «no derivan de las reglas ónticas sino que constituyen un añadido necesario (el procedimiento) a los elementos necesarios de carácter óntico» [158]. De modo que lo que ocurre con las reglas técnicas en el caso del ser natural y del ser lógico, a saber: que podemos juzgar de si son o no correctas por su capacidad de ser fundamentadas en las relaciones de necesidad del ser correspondiente, de las que tratan de dar cuenta las leyes naturales y las leyes del pensar racional, no se aplica igualmente a (todas) las reglas técnico-convencionales. Si nos mantenemos dentro del enfoque de Robles esto nos coloca en una situación singular ya que, dado que las reglas técnicas expresan una «necesidad», si bien no en la forma del «ser» sino en la del «tener que», y la necesidad es un atributo del ser, entonces también esas reglas técnico-convencionales que podríamos denominar «independientes» añaden, por así decirlo, ingredientes al ser convencional —en una forma que ciertamente carece de paralelo en las reglas técnico-causales o técnico-lógicas. Cabe, pues, decir que las reglas técnico-convencionales, o al menos una buena porción de ellas, contribuyen a la constitución misma de ese ente convencional que es el derecho. Esta circunstancia explica que Robles se vea en la necesidad de recurrir no sólo a las reglas ónticas sino también a las técnicas a la hora de definir lo que un orden jurídico es. Pero si a ello se añade la dificultad, que hemos apuntado en la sección anterior, de prescindir de las reglas deónticas a los efectos

(12) «Norma y Regla Técnica», publicado originariamente en *Rev. Fac. Der. Univ. Complut.*, 67 (1982) e incluido como apéndice en el libro que comentamos, donde puede leerse: «La regla técnico-convencional presupone una convención creadora de una necesidad (...) En este sentido la convención tiene potencialidad óntica. Lo que es, es necesario, y lo necesario impone a la acción pautas necesarias de actuación. Esa pauta necesaria de actuación impuesta por la necesidad que proviene de un ser establecido («creado») por convención es lo que llamo regla técnico-convencional» [249]. De lo cual se sigue que la regla técnico-convencional (como la regla técnico causal (pero a diferencia de las reglas ónticas y deónticas) «no es en sí ella misma convencional, ya que está apoyada en una necesidad (la cual es, sí, la que es producto de convención)». Por el contrario, «la norma no se apoya en la necesidad, sino en la posibilidad, de la cual no puede predicarse en ningún sentido el carácter convencional, siendo por tanto la norma la que es creada *ex conventione*. La regla técnico-convencional se apoya mediatamente en una convención e inmediatamente en una necesidad. La norma es una convención que se apoya (que supone) una posibilidad» [251]. Robles revisa esta concepción primera, admitiendo, como he indicado, reglas técnicas independientes de las ónticas y, por tanto, inmediatamente convencionales (cfr. 154 ss.), pero sin sacar las conclusiones que de ello se desprenden.

de la definición, el paralelismo entre ser natural y ser convencional, en el que Robles basa su peculiar terminología, presenta serias quiebras.

La segunda consideración tiene que ver con la forma como Robles concibe las reglas ónticas. En correspondencia con lo que ocurre con las leyes naturales y las leyes o reglas de la lógica, considera él a las reglas ónticas como reglas que dan cuenta de lo que un ente convencional *es*, y ello le lleva a afirmar que carecen de una referencia directa a la acción. Esta forma de hablar me parece descansar en un malentendido. Más bien creo que, sin necesidad de salir de su marco de conceptos, lo que el ente convencional «derecho» *es* se establece por medio de reglas que *ellas mismas* tienen una referencia práctica directa. Para percatarse de ello no hace falta recurrir al caso obvio de las reglas técnicas a que acabo de referirme; basta mostrar que ya las reglas ónticas mismas (o al menos algunas de ellas) son reglas de la acción. Recuérdese que dentro del grupo de las reglas ónticas Robles incluye no sólo las que establecen el espacio y el tiempo en que rigen las reglas del «ámbito» correspondiente —esto es, las reglas que fijan el marco de vigencia del derecho— sino también aquéllas que establecen quiénes son los sujetos y cuáles son sus competencias dentro del ámbito. Quiénes son los actores y qué pueden hacer viene determinado en el caso del derecho por las reglas que regulan la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas en cuanto que sujetos de derecho, pero también por las reglas potestativas y las que integran el llamado derecho organizativo y competencial, que Robles tiene la precaución de distinguir cuidadosamente del derecho estrictamente procedimental integrado básicamente por reglas técnicas. Ahora bien, al menos en el caso de las competencias —e incluso tal vez en el de los sujetos— estas reglas ónticas establecen «los elementos necesarios de la acción» no en la forma de la definición autoritaria de un algo, del tipo «La bandera española *es* roja y gualda» o «Madrid *es* la capital de España» —que sólo tiene consecuencias prácticas acoplada a otras reglas del sistema—, sino confiriendo facultades, poderes, derechos para hacer determinadas cosas. Son reglas que autorizan a hacer y que por tanto sancionan públicamente modos de acción como legítimos; y su forma característica no es «A *es* un B», ni tampoco meramente «A *tiene que* (hacer) X» sino «A *puede* (hacer) x». Que Robles incluya tales reglas en el grupo de las ónticas es inevitable desde el momento en que sin ellas el «ámbito» de la acción no estará delimitado por completo. Pero que por ello tengamos que admitir que una «reconstrucción hermenéutica» correcta de las mismas mostraría que su operador lógico-sintáctico es «es» o «tiene que» y no más bien «puede» es sencillamente especioso (13) —y a decir

(13) Robles se desembaraza de tales problemas mediante una curiosa retraducción. «Una regla competencial puede expresarse de la siguiente manera: «Se atribuye la competencia C al sujeto S»; o también, «la competencia de S *es* C» [235]. Con ello el contenido de autorización de la regla, implícito en el término «competencia», queda oculto bajo una apariencia cuasidescriptiva. Claro que la posibilidad de realizar maniobras de este género no se detiene aquí. ¿Por qué no retraducir la regla deóntica «S *debe* (hacer) X» por «El deber de S *es* (hacer) x»? ¿Estaríamos entonces ante una regla óntica? Lo absurdo de esta conversión debería poner en guardia contra los peligros de «reconstrucciones hermenéuticas» no controladas.

verdad, otra forma de incurrir en una de aquéllas arbitrarias reducciones de la «variedad lingüística de las proposiciones prácticas» cuya crítica es uno de los motivos recurrentes en la reflexión de Robles.

Si estas consideraciones son correctas, ¿en qué va a parar la distinción entre convenciones *normativas* y convenciones ónticas? ¿En que aquéllas establecen *normas* y éstas crean *entes*? Que no sólo el derecho sino también la moral, está integrado por reglas convencionales lo concede Robles de buena gana. Y que las reglas morales son «un algo», susceptible, por ejemplo, de ser abordado en la actitud objetivadora del sociólogo o del etnólogo, no veo cómo podría negarlo. Ciertamente ello no tiene por qué conducirnos a concebir la moral como un ente y sus reglas como expresando que algo es o tiene que ser de este o aquel modo. Pero que el derecho incluya reglas que establecen que algo es o tiene que ser tampoco implica que el derecho sea un ente, en el sentido especialmente fuerte de Robles, creado o definido precisamente mediante reglas de ese tipo. En la sección segunda llamé la atención sobre la dificultad de prescindir de las reglas deónticas; creo que ahora salta a la vista que aquellas mismas reglas a las que Robles atribuye la función de establecer los elementos necesarios del ente en cuestión tampoco son necesariamente reglas que expresan que algo *es*. A decir verdad, creo que la noción de regla óntica adolece de ambigüedad. *Por un lado*, Robles señala que la marca distintiva de las reglas ónticas es el operador sintáctico «es». Pero si las observaciones que he hecho son correctas, entonces no todas las reglas que Robles tiene por ónticas lo serían conforme a tal criterio: «Madrid es la capital de España» sería una regla óntica; no lo serían en cambio las reglas competenciales, cuya importancia para el establecimiento de los «elementos necesarios del ámbito» es decisiva. *Por otro*, Robles parece pensar que hemos de considerar a las reglas que establecen los elementos necesarios del ámbito (espacio, tiempo, sujetos, competencias) como reglas ónticas porque tomadas en conjunto definen lo que un determinado ámbito es; y por ello una reconstrucción hermenéutica adecuada, que tuviera en cuenta su significación conjunta, permitiría atribuirles el operador sintáctico «es» que tal vez no aparezca en el análisis de algunas de esas reglas separadamente consideradas. Esta maniobra permitiría incluir las reglas competenciales en el grupo de las ónticas. Pero en este caso el criterio lógico-sintáctico sería irrelevante y el «es» que leemos en ellas resulta de una atribución metalingüística más o menos arbitraria. Y entonces ¿por qué no atribuir tal «es» a las reglas técnicas? Y dadas las dificultades con que se tropieza para definir la cosa sin involucrar deberes, ¿por qué no también a las reglas deónticas? En realidad sólo el conjunto completo nos dice lo que un juego o un ordenamiento jurídico es y, como hemos visto, tan necesarias para que se dé la cosa pueden ser las unas como las otras.

Si el derecho existe *ex conventione*, me atrevería a sugerir que tal vez el candidato obvio para el contenido de lo que Robles entiende por convención óntica no serían tanto las reglas ónticas que él tiene en mente cuanto una regla del tipo de la regla de reconocimiento de Hart. Esta sí es una regla que establece qué «ha de contar como derecho» en un grupo social; y tal

vez aquí sí pueda decirse sin grandes complicaciones que su operador sintáctico característico es un «es» vectorial en el sentido de Robles. Sólo que en este caso denominar óptica a la regla sería inapropiado porque la regla no crea propiamente un ente sino que establece las condiciones pragmáticas que han de satisfacerse para que dentro de un grupo social determinadas expresiones lingüísticas sean intersubjetivamente tenidas por vinculantes y capaces de servir para la justificación y la crítica de las acciones, fundamentar expectativas recíprocas de conducta, etc.

Si menciono sin mayores precisiones la regla de reconocimiento es porque, llegado a este punto, uno se siente impulsado a preguntarse si precisamente una teoría en la línea de la de Hart, que simplemente distingue entre sistemas de reglas que regulan la conducta imponiendo deberes y sistemas en los que la imposición de deberes se da en un marco de reglas que, confirmando facultades y atribuyendo poderes, regulan la identificación, creación y modificación, enjuiciamiento y ejecución de las primeras, no rinde todo aquello que Robles pretende con su distinción entre ámbitos prácticos y ámbitos óptico-prácticos, entre convención normativa y convención óptica, a saber: evitar tanto concebir al derecho como un mero conjunto de normas como reducirlo a la mera facticidad —y ello sin enredarse en una terminología embarazosa. El mismo Robles parece advertir cierta proximidad entre su teoría y la teoría dominante «en el marco de la Teoría analítica inglesa». Pero ve en la distinción entre «las reglas del comportamiento y las reglas de las reglas» una distinción meramente funcional que «elude el problema de la distinta naturaleza lingüística» de las reglas [202]. Sólo que ¿no es la distinción que él establece entre reglas que expresan un «ser» un «tener que» o un «deber ser» un expediente vinculado a un análisis lingüístico demasiado *ad hoc*? ¿Y es que la «naturaleza lingüística» de las reglas se agota en su dimensión sintáctica? Una elucidación de la «naturaleza lingüística» de las reglas ¿no requeriría acaso integrar esa dimensión funcional que él parece desdeñar? (14).

(14) Si no interpreto mal, la tipología de las reglas del derecho de Robles se orienta a determinar las distintas formas cómo la acción puede quedar afectada por reglas, mientras que la de Hart apunta más bien a las relaciones de las reglas entre sí formando un sistema. Ambos enfoques son legítimos. Ahora bien, me parece que el enfoque de Hart da cuenta de un rasgo característico de los sistemas jurídicos que queda, en cambio, neutralizado en el de Robles: que el derecho, a diferencia de órdenes normativos como la moral y los usos, es un sistema autorregulado de producción y aplicación de reglas. La tipología de Robles es indiferente a la distinción entre sistemas dinámicos —como el derecho— y sistemas en los que —como en los juegos— todas las reglas son resultado simultáneo de una única convención. En este punto, creo que tomar como modelo sistemas cerrados, como el fútbol o el ajedrez, es perturbador. Robles advierte el problema. Bajo la rúbrica «diacronía y sincronía en el Derecho» (43 ss.) señala él que, a diferencia de lo que ocurre con la inmensa mayoría de los juegos, cuyas reglas están establecidas de una vez por todas, en el derecho «la convención inicial creada por el constituyente se completa progresivamente de modo intrasistemático», de manera que «dentro del ámbito se vayan perfilando los elementos necesarios al producirse nuevas reglas». Y así, frente al carácter estático de los sistemas de reglas de los juegos, «el

4. c) «El análisis lógico-lingüístico, que es la perspectiva considerada como idónea para abordar el problema de la tipología de las reglas, arroja resultados profundamente revisores de la concepción dominante del Derecho, procurando una teoría que se aparta tanto del normativismo ingenuo como del realismo jurídico y de las corrientes propias de la filosofía analítica hasta ahora elaboradas» [16]. Con variantes, en distintos momentos distribuye Robles indicaciones de este tipo acerca del alcance teórico que atribuye a su enfoque. Desgraciadamente no llega a desarrollar de forma sistemática el núcleo del problema (15). Dejando el caso de «las corrientes propias de la filosofía analítica» y centrando la atención en los del normativismo y el realismo (y otros «ismos» emparentados con este último, como

Derecho es un ámbito dotado de enorme dinamicidad». Las decisiones intrasistemáticas pueden tener, en el derecho, «carácter creador de nuevas reglas, las cuales no sólo completan el sistema sino que, en ocasiones, lo modifican o lo extinguen». Pero una vez sentado esto, Robles, a renglón seguido, opta por excluir de su consideración la dimensión dinámica o diacrónica y «operar con modelos cerrados». «El modelo operativo ha de ser necesariamente sincrónico (...) Sólo de esta forma es posible analizar el orden jurídico como una totalidad dotada de determinada estructura». Pero justamente no veo que haya necesidad de aceptar esa alternativa entre estructura y dinámica. Una tipología de las reglas del derecho en la línea de la de Hart, que nos permite presentar la estructura del orden jurídico de tal modo que en un corte sincrónico sea posible descifrar las relaciones dinámicas entre las reglas, muestra que ésa es una falsa alternativa. Advertir en el derecho la presencia de reglas que establecen exigencias de conducta distintas de las del deber es, sin duda, señalar una importante diferencia estructural entre el derecho y la moral. Pero que con la sola ayuda de la distinción entre reglas que expresan un «ser» un «tener que» o un «deber» no podamos describir al derecho como un orden de reglas dinámico y autorregulado es, creo yo, un indicio de que el análisis lógico-lingüístico en que se basa es insuficiente.

(15) Las consideraciones de Robles en este punto son fragmentarias y dispares. A la jurisprudencia analítica dedica observaciones meramente alusivas. La confrontación con el «normativismo ingenuo» se encuentra dispersa a lo largo del libro en la forma de un rechazo de la reducción de la variedad de las reglas del derecho al tipo único de las normas. De forma más directa procede, en cambio, en relación con algunas variantes del empirismo (realismo, sociologismo, psicologismo). En efecto, al explicar su concepción de las reglas como «exigencias orientativas de la acción» (101 ss.), ataca Robles doctrinas según las cuales las reglas serían descripciones, explicaciones o predicciones de la acción. «Las reglas no describen, ni explican ni predicen la acción, sino que sencillamente la orientan. Esto no quiere decir, sin embargo, que sin las reglas sea posible cualquiera de las tres tareas mencionadas. Más bien sucede lo contrario: la descripción, la explicación y la predicción de una acción sólo son posibles si previamente existe el ámbito óntico-práctico en que la acción tiene o ha de tener lugar y, por lo tanto, según hemos visto, las reglas que configuran dicho ámbito. Pero que esto sea de esa manera no quiere decir lo contrario, como a veces se piensa» [101]. Ahora bien, atinadas como en general son las objeciones que Robles, utilizando en parte argumentos bien conocidos de Kelsen y Hart, esgrime contra estas formas de concebir la relación entre las reglas y las acciones que caen bajo su dominio, la discusión se mueve en un terreno preliminar y deja intacto, creo yo, el problema ante el que *en última instancia* se abren los frentes del normativismo y el empirismo: el de cómo explicar esa «existencia previa» del «ámbito óntico-práctico» que, entre otras cosas, nos permite describir, explicar y predecir acciones sociales.

«sociologismo», «psicologismo», «naturalismo» o «empirismo» a que se alude en ocasiones), me parece que lo que Robles tiene en mente apunta más o menos a la idea, ya aludida, de que si concebimos el derecho como una forma convencional del ser, como un ente convencional constituido por reglas, podemos evitar tanto malentenderlo como un sistema de normas cuanto reducirlo a una forma de la facticidad. Si es ser convencional, en el sentido explicado, entonces no es ni mera «norma» ni mero «hecho». Francamente, la fórmula despachada para remediar tamaños males es tan sencilla que uno recela de su eficacia.

Sin poder entrar en mayores explicaciones, diría yo que con independencia de las formas históricas concretas en que hayan podido cristalizar el normativismo y el empirismo no hay dificultad alguna de principio para integrar la concepción derecho como un ser convencional, incluso en el sentido fuerte de Robles, dentro de una matriz ya normativista, ya empirista. Porque en realidad lo que se ventila en torno a estos enfoques no es un problema sobre la forma lógico-sintáctica ni sobre la tipología de las reglas, sino sobre el modo de llegar a tener y mantenerse en existencia propio de esos entes convencionales, que no son entidades empíricas y sin embargo poseen objetividad social. La forma como se intenta dar respuesta a la cuestión acerca de las condiciones bajo las que determinadas expresiones lingüísticas adquieren y mantienen aquella objetividad como reglas sociales que les permite desplegar su peculiar virtualidad en relación con la conducta, estabilizando expectativas recíprocas, proporcionando buenas razones para la acción y para el juicio sobre las acciones en un marco intersubjetivo, etc.—una cuestión que la teoría jurídica aborda bajo el rótulo de «fundamentos de la validez o de la vigencia» de las normas y a propósito de la cual cuestiones de epistemología se entrecruzan de forma decisiva con cuestiones de «ontología jurídica»—, ésta y no otra es, en última instancia, la piedra de toque para posiciones empiristas y normativistas. Pero éste es un terreno que Robles no transita. Y si tiene la impresión de que su concepción está *más allá* de la alternativa, es, creo yo, porque en realidad se encuentra *más acá*.

Uno podría esperar alguna elucidación del tema en las reflexiones del autor en torno al concepto de convención. Pero no deja de ser sintomático que un concepto que posee un valor posicional tan prominente en su teoría quede casi por completo en la penumbra. Que no sólo las reglas del derecho y de los juegos, sino también las de la moral, los usos sociales, el lenguaje, en una palabra, las reglas sociales —como podemos referirnos a todas ellas para simplificar— sean fenómenos convencionales, significa para Robles, ante todo, que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes naturales y las reglas de la lógica, dependen de un acto de voluntad, de un acto de decisión humana: «tienen su origen en la arbitrariedad de una decisión» [249]. No hay por qué interpretar estas palabras de un modo tan literal como para atribuirle la idea de que en el origen de tales reglas necesariamente se encuentra un acto explícito de voluntad —lo que sería francamente inverosímil. Las reglas sociales pueden muy bien surgir, evolucionar y desaparecer de forma espontánea y cuasi-natural— y éste es el caso característico de

reglas como las de la moral, los usos, el lenguaje; pero diciendo que existen por convención subraya Robles su naturaleza contingente, el hecho de que se dan pero podrían no haberse dado. Que una regla sea convencional significa así, ante todo, que «no es el resultado de una necesidad. Pudo ser puesta y pudo no ser puesta; una vez puesta, puede ser no puesta, esto es, derogada» [249]. Pero que sea convencional añade una cualificación ulterior acerca del modo de ser puesta: que descansa en la voluntad concorde de varias personas. No todo acto de voluntad crea una convención: «Una convención es un acuerdo entre dos o más hombres en virtud del cual a partir de un determinado momento algo es o deberá ser de determinada manera» [35, 243]. Pero con ello seguimos encontrándonos en los preliminares del tema. Porque la idea de que las reglas sociales son resultado de un acuerdo reclama una teoría capaz de explicar, entre otras cosas, por qué no todo acto de voluntad concorde tiene la virtualidad de un acto creador de convención social (o, desde otro ángulo, cuáles son las condiciones bajo las cuales determinados actos son capaces de generar normas y reglas socialmente objetivas) y por qué a menudo «lo que es o deberá ser» se establece mediante decisiones que no sólo no son inmediatamente convenidas sino que incluso van contra la voluntad concorde de quienes han de regirse por ello. Probablemente ambos puntos afectan en mayor o menor medida a todos los sistemas de reglas sociales; pero ciertamente poseen una relevancia especial en el caso del derecho. La relación jerárquica de validación entre normas que concluye en la suposición de una norma hipotética es una respuesta típicamente normativista; la creencia en la validez como hábito inducido por el ejercicio continuado de la coacción es una contrapartida empirista. Que ambos tipos de respuesta se hayan mostrado insatisfactorios no significa que la idea de que el derecho es un ente convencional sea por sí sola una respuesta.

Robles no elabora una teoría capaz de hacerse cargo del problema de la vigencia o validez de las normas. Pero no hay por qué reprochárselo. Dirigiendo sus preocupaciones a una investigación de la estructura formal del derecho y al logro de una adecuada tipología de las reglas no tiene necesidad alguna de inquietarse por semejantes cuestiones. Con todo, me gustaría comentar un punto que creo que tiene alguna relación con el fondo del problema. En la forma como presenta él la noción de ente convencional se desliza con cierta insistencia una idea que es indicio de que la analogía con los juegos *podría* conducirle en una dirección equivocada. Me refiero a la idea de la independencia de los entes convencionales respecto de lo que, con expresión vaga, denomina él «la facticidad».

Por supuesto, esta independencia respecto de la facticidad no debe interpretarse en el sentido de que los entes convencionales lleguen a la existencia como llovidos del cielo. Antes bien, llegan a ser lo que son en virtud de lo que Robles denomina una «decisión extrasistemática». Puesto que tal decisión se produce en un proceso que tiene lugar en el mundo de la facticidad, es susceptible de ser analizada en términos de ésta, de modo que, por ejemplo, cabe investigar las condiciones empíricas y los determinantes fácticos que concurren en el proceso de decisión y ayudan a explicar por

qué se produjo. Pero «desde un punto de vista lógico» el «ser» del ente así creado es independiente de la facticidad. Las dificultades con la tesis de la independencia respecto de la facticidad derivan de que, si no entiendo mal, Robles se sirve del término «facticidad» para englobar la realidad toda—no sólo la meramente natural sino también la social y cultural— en la medida en que no está definida por las reglas del ente convencional en cuestión. Aunque Robles no discute de forma sistemática el tema, pueden espigarse aquí y allá indicios que permiten colegir que con la idea de la independencia quiere significar al menos tres cosas. En primer lugar, la tesis (lógica) de que el modo de ser así-y-no-de-otro-modo de los entes convencionales no deriva de la «naturaleza de las cosas» o cosas parecidas, lo cual es una modalidad de la conocida tesis de la inderivabilidad del deber ser a partir del ser, si bien ligeramente complicada en su formulación por el hecho de que en el caso de Robles lo que es inderivable del ser (natural) es otra forma del ser (convencional). En segundo lugar, la tesis (metafísica) de que el ser convencional no está, por así decirlo, empíricamente causado, esto es, que la «necesidad» que le es característica no se sigue de la «necesidad causal» propia del ser natural «ya que de lo contrario se negaría la historia y la libertad creadora del ser humano» [131], lo cual es otra forma de decir que los entes convencionales son *entia moralia*, que pertenecen al «reino de la libertad». No discutiré estas dos primeras tesis. Significativa y problemática me parece la tercera, a saber: que, una vez constituidos, los entes convencionales adquieren una suerte de existencia separada, una consistencia y subsistencia propias en virtud de la cual, entre otras cosas, tenemos que interpretarlos en sus propios términos y en cierto modo se sus-traen al flujo de la facticidad. La idea se presenta difusa a lo largo del texto. En dos pasajes aparece de forma sintomática:

«La convención creadora de un determinado ámbito óntico-práctico es el resultado de una decisión o de un conjunto de decisiones (...) No obstante, una vez que la convención ha sido decidida y, por tanto, convenida, la decisión no juega ya ningún papel, puesto que la convención es un ente de características determinadas cuya descripción y comprensión inmanentes es independiente de los momentos de decisión que la precedieron» [40-41].

«... la convención es independiente de la facticidad (...) Lo que es el fútbol no depende de que se juegue o no a este juego ya que su ser, como hemos visto, se identifica con un conjunto de proposiciones lingüísticas adoptadas convencionalmente. Estas proposiciones lingüísticas en su conjunto tienen por objeto dirigir la acción, pero el hecho de que la acción no se produzca no quiere decir que aquellas proposiciones carezcan de significado ni, por consiguiente, que el juego que ellas componen y constituyen deje de existir (...). El hecho de que un determinado juego se juegue o no, no altera para nada la «naturaleza» o el ser del juego (...) Respecto del Derecho puede decirse otro tanto, ya que cualquier sistema jurídico existente en el pasado es susceptible de ser definido atendiendo a sus reglas. Que el Derecho Romano clásico no esté hoy vigente no quiere decir que no sea Derecho» [38-39].

En pasajes de éste o parecido tenor se insinúa una relación entre la realidad social y los sistemas de reglas que tal vez valga para los juegos pero no en la misma forma para el derecho. Es sabido que cualquiera que

posea las capacidades cognitivas apropiadas puede inventar en cualquier momento un juego, y que cualquiera que posea las habilidades requeridas puede jugarlo. Sin perjuicio de que la afición por algunas formas de juego pueda formar parte de la idiosincrasia de algunos pueblos o algunas culturas, una experiencia bien conocida es la de que los juegos pueden ser transportados sin dificultades de un pueblo a otro y de una a otra época. Juegos olvidados han podido volver a jugarse una vez que se han descifrado sus reglas. Todo ello me parece que habla en favor de que los juegos, como los artefactos, en virtud del carácter formal y artificial de las acciones que regulan, una vez creados, en cierto modo se independizan del mundo de la vida. Sintomático es el hecho de que no planteen problemas hermenéuticos especiales, porque, por así decirlo, en el contenido de sus reglas no se sedimentan contenidos de sentido conformados y reinterpretados en el marco de una tradición. Lo mismo no vale, sin embargo, para el derecho —ni para la moral convencional, los usos sociales, el lenguaje, etc. Pese a su creciente grado de formalización, el derecho sigue vinculado de forma indisoluble al mundo de la vida, de modo que, por ejemplo, «una descripción y comprensión inmanente» tropieza con dificultades bien conocidas. Y en este punto la equiparación del derecho romano con el fútbol en la forma presentada por Robles es desafortunada. Que en nuestros días podamos seguir investigando el derecho romano, no puede empañar el hecho obvio de que lo que así consideramos es ya un objeto histórico que estudiamos para informarnos de una forma de vida pasada, de la que podemos extraer enseñanzas, pero no un sistema de reglas al que podamos recurrir para orientar nuestra conducta, justificar o criticar acciones, anticipar la conducta de los demás, etc. —es decir, no es un «juego» que podamos seguir jugando; ni que pese a haber perdido esta referencia regulativa con la realidad social presente tampoco podemos describirlo ni comprenderlo en sus propios términos, esto es, sin implicar el inabarcable contexto de sentido en que se inscribe, cosa que por lo demás atestiguan siglos de investigación romanista; ni tampoco que no somos libres de volver a «ponerlo en circulación» a voluntad, porque su propia consistencia está ligada a circunstancias y condiciones de muy diverso tipo que no están a nuestra disposición; ni, de modo más general, que aún cuando la historia presente ejemplos de exportación de instituciones, lo cierto es que la misma tropieza con barreras hermenéuticas que hacen que el mismo transporte de un medio social y cultural a otro modifique el objeto transportado; y que la persistencia inalterada de instituciones y reglas a lo largo del tiempo histórico a menudo es simplemente una apariencia, porque su permanencia en un mundo social cambiante no puede dejar de alterar la sustancia de realidades que en tan gran medida dependen de la interpretación de sus nexos simbólicos en el contexto del mundo de la vida social.

No sé en qué medida Robles estaría dispuesto a admitir estas afirmaciones que, aunque presento como más o menos obvias, reclaman explicaciones que no puedo ofrecer. En todo caso, si insisto en este punto es porque no puedo sustraerme a la impresión de que su forma de hablar de

entes, reglas ónticas, necesidad, independencia de la facticidad, traiciona una cierta propensión a reificar el derecho, a concebirlo como una entidad independiente que llevara existencia separada en algún mundo trans-lunar (¿tal vez en un tercer mundo popperiano?). Por mi parte, sugeriría que esta simplificación de las complejas relaciones del derecho con la «facticidad», que creo advertir en Robles, es síntoma de una mirada no suficientemente distanciada a la analogía del derecho con los juegos.

5. Una lectura apresurada del libro de Robles podría inducir la idea de que para su autor el derecho *es* (como) un juego —tal vez un juego infinitamente más complicado que aquéllos a los que estamos acostumbrados, tal vez un juego en el que uno «se juega más», pero a fin de cuentas un esquema de actividades cuya estructura y naturaleza es sustancialmente idéntica a la de ciertos juegos. No es ésta, desde luego, la intención de Robles: entre los sistemas de reglas de los juegos y del derecho encuentra él analogía, no identidad. Sin embargo, Robles, que se muestra persuasivo —más incluso de lo que una discusión necesariamente selectiva como la mía puede transmitir— a la hora de subrayar el valor heurístico de la comparación con los juegos a los fines de una investigación sobre la estructura y los tipos de reglas del derecho, no discute, salvo de forma ocasional y alusiva, las diferencias (16). Por mi parte, creo que tan instructivo como examinar la analogía es discutir por qué no pasa de ser una analogía —en otras palabras, por qué, pese a todo, el derecho *no es* un juego; y que sólo explotando los dos lados de la relación analógica —el de la semejanza y el de la desemejanza— puede ser enteramente esclarecedor hacer uso de ella. Por lo demás, tengo para mí que un examen de los límites de la analogía permitiría dar cuenta de algunas de las dimensiones en que insistían, tal vez de forma desorientadora, enfoques tradicionales, y corregir lo que me parece que son extrapolaciones algo extremosas que se deslizan aquí y allá en la exposición de Robles. Un examen completo del asunto está aquí fuera de lugar. Me limitaré a unas indicaciones puntuales que, sin embargo, no carecen de alguna conexión sistemática. No intentaré sin embargo, elaborar esa conexión.

i) Empezando por lo más obvio, me gustaría señalar una diferencia que atañe a la relación que existe entre los actores y los correspondientes sistemas de reglas: los juegos permanecen, por así decirlo, «externos» a los actores de una forma que carece de parangón en el derecho. Con ello quiero decir, ante todo, que la relación del jugador con el juego es enteramente voluntaria de una forma que no se da en el derecho —ni tampoco en la moral convencional ni en los usos sociales. Es cierto que una vez que entra uno en un juego ha de someterse a sus reglas; pero cualquiera es libre de jugar y también, llegado el caso, de abandonar el juego. Por el contrario, aunque el derecho diste mucho de ser un sistema omnicompreensivo de regulación de la conducta humana, el individuo en general no tiene a su disposición una opción análoga: uno nace y crece en general «dentro» de un sistema jurídico que no sólo determina de forma importante qué cosas puede o no hacer sino que incluso condiciona en buena me-

(16) Cfr. en todo caso pp. 21, 44, 130 s., 169 s.

dida qué tipo de persona puede llegar a (querer) ser. Uno puede no hacer uso de algunas de las múltiples posibilidades de acción que el derecho le brinda, pero no puede decidir sustraerse al dominio de las reglas del derecho en general. Incluso el delincuente, que siguiendo la terminología de Hart adopta un punto de vista externo frente a las reglas del derecho, tomándolas no como orientaciones de su conducta sino como parte del entorno de su acción, «juega» a su modo el juego del derecho: sus acciones están definidas por el «reglamento» y las reglas se le imponen contra su voluntad. De este carácter constrictivo, que el derecho comparte con la moral y los usos sociales, no da cuenta adecuadamente el modelo de los juegos

(Este carácter constrictivo explica, por ejemplo, que uno pueda con sentido alegar como excusa para la inobservancia de las reglas del derecho la circunstancia de que no las acepta. Tal excusa puede o no basarse en buenas razones, pero es un género de excusas posible frente al derecho y la moral convencional; por el contrario, está fuera de lugar en relación con los juegos. Quien infringe una regla de un juego puede excusarse alegando inadvertencia, ignorancia, olvido y cosas por el estilo, pero no que no la acepta).

ii) En la sección cuarta he hecho algunas consideraciones sobre la diferente forma de relacionarse los juegos y el derecho con el mundo de la vida social, con la «facticidad». Con ellas está conectado el hecho de que, por lo que se refiere a la materia, las reglas de los juegos son constitutivas del ámbito de referencia de forma algo diferente a cómo lo son las del derecho. Antes de que dispongamos del reglamento del ajedrez no existe nada que pueda denominarse con sentido «enroque» o «jaque mate», igual que no existe «gol» ni «penalty» independientemente de las reglas del fútbol. Estos son términos técnicos que carecen de correspondencia originaria en el lenguaje ordinario y mediante los que se constituyen fenómenos antes inexistentes. Por el contrario, creo que cabe hablar con sentido de donaciones (regalos), relaciones familiares, transacciones (tratos), etc., como formas de relaciones sociales preexistentes al derecho y para las que es posible encontrar designaciones en el lenguaje corriente antes de su acuñación como términos técnicos del lenguaje jurídico. En otras palabras, las acciones de los juegos son actividades convencionalmente construidas, las del derecho están en alguna medida preconstituidas y preinterpretadas en el mundo social de forma que en cierto modo preexisten al «juego» del derecho.

iii) Relacionada con las anteriores consideraciones se encuentra la de que el derecho se encuentra sujeto de forma característica a un género de críticas que no afecta a los juegos. De un juego podemos decir que es estúpido, demasiado arriesgado, aburrido y cosas por el estilo —y apoyarnos en consideraciones de ese género para negarnos a tomar parte en él. No podemos, sin embargo, criticarlo como irracional, aunque quizá lo sea para nosotros entrar en él; ni tampoco como injusto, incluso en el supuesto de que distribuyera de forma notoriamente desigual las expectativas de ganancia de los eventuales jugadores. (Tal vez diríamos que lo es si se nos

fuerza a jugarlo; pero me inclino a pensar que en ese caso convendríamos en que ha dejado de ser un juego). Por el contrario, el derecho está sujeto de forma característica a la cuestión de la justicia; y no como una cuestión meramente extrínseca. No quiero con ello decir tanto como que el *atributo* de ser justo o injusto entre en la definición del derecho de tal modo que una norma injusta no pudiera ser tenida por norma jurídica; pero sí que la *pretensión* de justicia le es inherente de modo que no puede eludir como impropia la discusión sobre su justicia —cosa que no ocurre con otros órdenes de regulación de la conducta tales como los juegos y los rituales—. Desde el punto de vista de su justificación, los juegos son sistemas de reglas enteramente arbitrarios y todo intento de crítica racional está fuera de lugar. El derecho, como la moral convencional y los usos sociales, está sujeto al problema de su justificación racional.

iv) En distintos momentos de su exposición insiste Robles en que una característica de los sistemas de reglas propios de los ámbitos óntico-prácticos es la de ser «convencionales» y (por tanto) «arbitrarios»: «convención no significa otra cosa que el establecimiento arbitrario de algo. Arbitrario significa lo que bien podría ser de otra manera» [133]. Dejando aparte la *consideración nada trivial de que, aun cuando fuera arbitrario que haya tal o cual derecho, no lo es que haya derecho en general, creo que no es necesario sustentar una concepción determinista para persuadirse de que el grado de desarrollo de las fuerzas productivas, el acervo de valores culturalmente transmitidos y acumulados, el nivel de desarrollo de los sistemas morales y de las concepciones del mundo representan límites severos al arbitrio en la creación y modificación de un sistema jurídico. El derecho está vinculado a problemas de la reproducción de la vida social de una forma que carece de equivalente en el campo de los juegos. Con ello guarda conexión una consideración metodológica. Si mal no entiendo, en la idea de que el derecho es una entidad «convencional y arbitraria» se apoya Robles para extraer una recomendación metodológica para una teoría del derecho, a saber: que una teoría que aspire a determinar en qué consiste *el* derecho *en general*, y no un determinado sistema jurídico particular, tendría que proceder con «un formalismo extremo» y desentenderse por completo de cuestiones relativas al contenido que eventualmente pudieran poseer las reglas. Pues bien, también en este punto la analogía con los juegos tiene sus límites. Basta examinar la variedad de juegos que conocemos e imaginar el número infinito de variaciones que podríamos introducir en los ya conocidos para aceptar sin violencia que entre ellos podemos advertir a lo sumo «un aire de familia», pero no un contenido material que les fuera común. En contraste con ello, pienso que de la enorme variedad de ordenamientos jurídicos de que tenemos noticia, y pese al amplio margen de variaciones que reconocemos, no se infiere que las cuestiones de contenido sean enteramente indiferentes a una investigación sobre el concepto de derecho. En realidad creo que en ningún sistema de reglas que no incluya —en una enumeración ni exhaustiva ni sistemática—, v. gr., reglas relativas a las formas de apropiación, reglas para regular transacciones válidas, reglas relativas al ejercicio de la violencia, reglas sobre el modo de*

dirimir conflictos, etc., estaríamos dispuestos a reconocer un ordenamiento jurídico. Pienso, en suma, que una investigación sobre el contenido (abstracto) de un sistema jurídico posible forma parte de cualquier intento de establecer en qué consiste el derecho. Las cuestiones de contenido están relacionadas con la inserción del sistema jurídico en el mundo cultural y social y con su peculiar forma de contribuir a la reproducción de la vida social. Hacerse cargo de ellas requiere generalizaciones empíricas. De ello trataban de dar cuenta a su modo algunos enfoques tradicionales bajo rúbricas como «función» o «fin» del derecho. Por su parte, Hart se hacía cargo de este difícil problema no sólo mediante su tipología funcional de las reglas sino también bajo el rótulo provocativo de «el contenido mínimo del derecho natural». Independientemente de lo afortunado o desafortunado de tales formulaciones del problema y de lo satisfactorio o insatisfactorio de los resultados que en particular han arrojado, opino que una investigación en esta dirección —todo lo *abstracta* que se quiera, pero en ningún caso «extremadamente *formal*»— es tarea ineludible para cualquier intento comprensivo de elucidar el concepto de derecho que, como con razón señala Robles, es la tarea primordial de una teoría del derecho.

Estas indicaciones, inconexas como son, tienen en común, por así decirlo, un punto de fuga. En el reparto de incumbencias que Robles establece en su compendioso apéndice sobre las distintas partes de la filosofía del derecho (17), atribuye a la teoría del derecho como cometido principal el de establecer el concepto de derecho. Ahora bien, dentro de su concepción de la filosofía del derecho «como análisis del lenguaje de los juristas» (18), sólo la dimensión lógico-sintáctica de las reglas es competencia de tal teoría del derecho. Creo que las observaciones que he esbozado sobre las diferencias existentes entre los juegos y el derecho indican más bien que un enfoque orientado a la mera sintaxis lógica no sería lo suficientemente rico para ofrecer lo que de él se espera. En otras palabras, una teoría de los «ámbitos óntico-prácticos» que se desentendiera de las dimensiones semánticas y pragmáticas tal vez podría proporcionar una tipología de las reglas del tipo de la de Robles y una base para investigaciones de lógica deóntica; no sin embargo una caracterización suficientemente diferenciada del derecho. Si una teoría del derecho aspira a determinar criterios para identificar un sistema de reglas *en cuanto que* sistema jurídico (y no, por ejemplo, como un juego o un mero ritual) la sintaxis lógica es un instrumento demasiado poco potente para el cometido que se le asigna.

(17) Entretanto publicado en DOXA, *Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho*, Alicante, 1984.

(18) De paso, y frente a un tópico demasiado extendido, ¿por qué del lenguaje (o de la experiencia, el conocimiento, la práctica, etc.) gremial de los juristas, y no más bien del del hombre de la calle?

LA COMPARACION ENTRE EL DERECHO Y LOS JUEGOS (*)

(Réplica a Miguel Angel Rodilla)

GREGORIO ROBLES

Palma de Mallorca

Por desgracia para la ciencia en general y para el desarrollo individual de las capacidades intelectuales, no es frecuente, entre nosotros, el ejercicio de la crítica y la consiguiente práctica del diálogo sin fronteras. Conveniencias de índole académica o llanamente profesionales suelen ser la causa de la sustitución de la verdadera confrontación por el comentario excesivamente dulzón y halagüeño o por la crítica que no merece tal nombre. Y, lo que es aún peor, sucede con gran frecuencia que el silencio es la respuesta colectiva a muchas horas de trabajo. Por todo ello, saludo con gran complacencia la crítica, digna de tal nombre, que el profesor Miguel Angel Rodilla ha tenido la generosidad de ejercer sobre mi libro *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*. El profesor Rodilla constituye, así lo pienso, una buena esperanza en el seno de la filosofía jurídica española. Le conozco desde hace años y puedo decir sin ambages que estimo en alto grado su valía intelectual. El hecho de que sea precisamente su crítica la que aparece en el ANUARIO es para mí una satisfacción adicional. Su crítica es abierta, sincera y directa. Una verdadera crítica, en definitiva. Nadie se extrañe, pues, que la respuesta posea esas mismas características. Contestaré a mi crítico con la misma sinceridad implacable que él, legítimamente, utiliza, en el entendimiento de que en el terreno de la teoría no hay cosa más ridícula y, por lo tanto, fuera de lugar, que hacer concesiones. Me centraré primero en algunas consideraciones de índole general para pasar, a continuación, al esclarecimiento de algunas cuestiones que o bien quizá no quedaron claras en la exposición de mi libro, o bien han sido oscurecidas de tal modo por mi crítico que difícilmente puedo reconocer en ellas lo que pienso y creo haber dicho.

A) CONSIDERACIONES GENERALES

1. Pienso (y ruego se me perdone la ingenua franqueza de hablar de mi propia obra, pero aquí no puede ser de otra forma) que mi libro representa un nuevo punto de vista en la Teoría del Derecho. Y próxima a ésta parece

(*) Este estudio ha sido elaborado y redactado en la Universidad de Friburgo, de Brisgovia, en la que el autor trabaja como Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (Alexander von Humboldt-Stiftung).

ser también la opinión de mi crítico cuando sostiene que se trata «de una obra original y de perfiles e intenciones bien definidos» (1). Lástima que, a pesar de esta declaración, su autor no haya mostrado con comentarios un poco en profundidad en qué radica tal originalidad y cuáles son los perfiles que diseño o las intenciones teóricas que me mueven. A pesar de que afirma al comienzo que se propone «comentar lo que (cree) que constituye la estructura básica de ideas y conceptos» (2), quien haya leído mi libro se dará cuenta de que en la crítica que comento no aparece reflejada tal estructura básica. Así, por ejemplo, no hay en toda ella una palabra sobre lo que yo llamo los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico (esto es, todo el capítulo III, más de 40 páginas) y cuya comprensión es previa e imprescindible para entender la naturaleza de los distintos tipos de reglas. Temas tales como el concepto de competencia o el de procedimiento, que se delimitan en este capítulo, están de tal modo conectados con las reglas, en este caso con las reglas de competencia como una especie de reglas ónticas y con las reglas técnicas o procedimentales, que no puede entenderse lo uno sin lo otro. En la exposición de Rodilla resalta mucho tal ausencia y llama poderosamente la atención que nunca conecte el esquema conceptual de este capítulo III con la tipología de las reglas. Es como si para él tal capítulo no existiera o como si pensara que es posible comprender la problemática de las reglas sin tener en cuenta los elementos estructurales del ámbito. Lo mismo ocurre con el capítulo IV, en el cual se analiza el concepto de regla, obviamente importantísimo para entender después la tipología de reglas que establezco. Pero las cosas no paran aquí, en lo que respecta al sorprendente cúmulo de notables ausencias. De todo el capítulo VIII, que lleva por título «Los tres tipos de reglas y la clasificación tradicional de las "normas jurídicas"», y en el que intento una reformulación —que Rodilla considera «interesante»— de la tipología tradicional de las «normas jurídicas» a la luz de la clasificación que establezco de reglas ónticas, técnicas (o procedimentales) y deónticas (o normas) y que ocupa —de nuevo— casi cuarenta páginas, mi crítico tan sólo alude a las reglas potestativas. Las demás, esto es, las imperativas, las prohibitivas, las permisivas (en sus diversas variantes), las interpretativas, las admonitivas, las procesales, las organizativas y las derogatorias, quedan fuera de su consideración. El se ha fijado tan sólo en las potestativas, sin decir si en el resto de mi análisis está o no de acuerdo, como sería de esperar si su crítica abordara de verdad «la estructura básica de ideas y conceptos». Por lo demás, lo que dice acerca de la regla potestativa no puede tener gran consistencia si se la desconecta, como mi crítico hace, de los conceptos de competencia, capacidad jurídica, capacidad de obrar y derecho subjetivo, así como de la relación existente entre poder y necesidad convencionalmente establecida, categorías todas de las que trato en el capítulo III, al parecer «inexistente».

(1) M. A. RODILLA, *El Derecho y los juegos. Utilidad y límites de una analogía*. AFD, n. 3, pág. 548. En adelante las citas harán referencia a la página de este trabajo.

(2) RODILLA, pág. 548.

2. Otra ausencia notable, quizá la decisiva en orden a comprender la «utilidad y los límites» de la analogía entre el Derecho y los juegos, es la que corresponde al Apéndice 2, titulado «La Filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas» y del cual digo en la «Nota preliminar» del libro (por tanto, en un lugar especialmente destacado) que «recoge mi concepción de la Filosofía del Derecho, (...) posibilitando al lector que sitúe adecuadamente el esquema lógico-formal propio de *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos* en el lugar que dentro de la Filosofía jurídica, tal como yo la entiendo, le corresponde» (3). Rodilla se limita a calificar tal apéndice de «compendioso», pero a pesar de mi advertencia prologal no se toma el más mínimo trabajo en conectar el planteamiento del libro con el esquema general propuesto allí aunque sea brevemente. De tal conexión surge sin gran esfuerzo en qué sentido establezco la comparación entre el Derecho y los juegos, así como el alcance que doy al «formalismo extremo» con que he operado en un estudio que pertenece a la Teoría del Derecho tal y como empleo esta expresión (4). Si se desconocen los tres niveles de consideración filosófica del Derecho (Teoría del Derecho, Teoría de la Dogmática jurídica y Teoría de la Decisión jurídica) (5) no veo la posibilidad de entender realmente dónde sitúo yo los límites de una obra de la que digo expresamente que pertenece sólo al primero de ellos. No alcanzo a ver cómo mi crítico, que se propone comentar «la estructura básica de ideas y conceptos», puede llevar a cabo tal tarea si además de dejar al margen capítulos enteros de mi libro, se despreocupa de entender en qué conexiones más amplias sitúo mi propia obra, y eso a pesar de mi explícita petición.

3. Paradójicamente, Rodilla sí hace un uso extenso del Apéndice 1 («Norma y regla técnica»), que representa tan sólo un avance, aunque ciertamente representativo, respecto al texto principal (6) y del que advierto en la Nota Preliminar: «Si el lector compara este estudio con el texto principal (esto es, *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*) advertirá matizaciones notables en determinados puntos, algunas de las cuales han sido expresamente señaladas» (7). Otras, por tanto, no. Yo esperaba que quien leyera el texto entendería que el punto decisivo de referencia sería siempre el texto principal y que el Apéndice 1 sería utilizado para aclarar por qué se matizó o sencillamente se cambió de idea. En lugar de esto, Rodilla incorpora el Apéndice 1 al texto principal, como si fueran la misma cosa. De esta manera, mi crítico hace caso omiso del Apéndice 2, al que yo doy pleno valor actual y cuya conexión con el texto principal recomiendo, mientras que del Apéndice 1, del que digo expresamente que ha sido objeto de matizaciones notables, hace uso profusa e indiscriminadamente. Si no fuera por

(3) ROBLES, *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos* (en adelante: *Reglas*), pág. 11.

(4) *Reglas* pág. 275.

(5) *Reglas* págs. 271 y ss.

(6) *Norma y regla técnica* fue publicado primero en la Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1982) y en las Actas del Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en La Plata (Argentina) en octubre de 1982.

(7) *Reglas* pág. 11.

mi fe inamovible en la letra impresa, diría que hay lectores que pasan por encima de prólogos y notas preliminares, dando así testimonio de su inutilidad

4. Y en esta línea de ausencias y exclusiones ya no puede extrañar lo que pudiera parecer más chocante: que en un comentario crítico de sabor predominantemente metodológico no se entre a discutir, con un poco de detenimiento, mi planteamiento epistemológico. En el capítulo 1 del libro hablo de cuatro enfoques posibles: el causalista o genético, el estratégico, el teleológico o finalista y el lingüístico. Después de rechazar los tres primeros como no aptos para llevar a cabo el análisis que me propongo, elijo el último y aduzco razones, que a mí me parecen poderosas, por las que tomo tal decisión metódica.

Pues bien, mi severo crítico no dice palabra de los tres primeros enfoques, y respecto del último, esto es, del elegido, aduce que «es un instrumento demasiado poco potente para el cometido que se le asigna» (8), esto es, conocer la estructura formal del Derecho analizando los tipos de reglas. Porqué tal rechazo es algo que Rodilla no aclara. Mucho menos pone de manifiesto cuál es su criterio respecto a los tres primeros modelos. Y, por último, ni siquiera se atisba cuál es de verdad el planteamiento que él considera idóneo para definir el Derecho. La referencia a Hart y a su *Concepto del Derecho* parece que apunta hacia lo que él considera la vía idónea. Pero ¿qué decir de una obra que como la de Hart es la expresión más acabada de una Teoría del Derecho *sin* planteamiento metódico riguroso? Invito al lector a que, con toda la paciencia posible, busque en la obra de Hart su planteamiento metódico. Desde luego, no encontrará un método explícitamente expuesto y justificado como idóneo. Y si analiza el modo como procede Hart de hecho al construir su teoría, se encontrará ante un *totum revolutum* en el que mezclado con las *rules* aparece el contenido mínimo del Derecho natural (para que no nos olvidemos que el Derecho encarna los valores mínimos del orden y la seguridad, como ya dijera Hobbes, quien en este aspecto debe ser considerado como el teórico por excelencia del Derecho natural de contenido mínimo) y unas gotitas de Sociología, para que no se pase por alto que el Derecho es algo real que tiene que ver con la sociedad y, por tanto, con hombres de carne y hueso. En definitiva, en Hart nos encontramos ante un planteamiento implícito que es buena muestra de lo que Kelsen criticó, con razón, respecto de otras concepciones: el sincretismo metódico. Llámese tridimensionalismo o pluridimensionalismo, tales actitudes metódicas ahogan, por su confusión indiscriminada, la posibilidad de un planteamiento metódico riguroso.

5. De todo lo expuesto anteriormente creo que se puede desprender que el comentario de M. A. Rodilla ha de ser necesariamente parcial, aunque no por eso carente de interés. En mi libro los diversos elementos están enlazados de tal manera entre sí que no es posible un análisis del mismo con pretensiones de objetividad si se prescinde en bloque de sectores enteros. Quien

(8) Pág. 577.

lea sólo las páginas de la crítica de Rodilla tendrá una visión muy distorsionada de lo que es mi libro y de lo que en él se contiene.

6. Otros rasgos «negativos» de la crítica también son de destacar. Así, por ejemplo, parece que mi crítico muestra notable celo en «recortar» lo que podrían denominarse planteamientos o soluciones originales. Podemos leer: «Que la diferencia entre Derecho y Moral es de naturaleza estructural no es algo enteramente nuevo» (9). «La posición de Robles no está demasiado lejos, creo yo, de la de Hart, aunque como se verá procede de un enfoque algo diferente» (10). «La distinción que Robles propone entre normas, por lado, y reglas ónticas y técnicas, por otro, no es enteramente nueva» destacando «el estrecho paralelismo que existe entre la tipología de Robles y la de Searle» (11), si bien en mi tipología «se añaden dos ingredientes que la hacen más compleja, facilitando una aplicación más cómoda (sic) al caso del Derecho» (12). Y a pesar de mi proximidad a Hart y del estrecho paralelismo con Searle, mi «marco de conceptos acusa ya en la propia terminología» mi relación con Kelsen (13). ¿Quiere decir Rodilla con todo ello que mi obra es una combinación de Hart, Searle y Kelsen? ¿O bien que existen elementos de parentesco con estos autores, que la obra tiene una entidad distinta a la de cada uno de ellos aisladamente considerados? Si bien Rodilla me coloca en excelente compañía, no deja de causar cierta perplejidad sus apuntes, poco fundamentados y escasamente explicitados en su alcance.

Quizá hubiera sido interesante (para mí, sin duda, muy interesante) que hubiera desarrollado un poco más en profundidad las conexiones que él ve con Hart y con Kelsen, así como también las diferencias que nos separan, que en mi opinión son relevantes. Sin embargo, el lector atento a similar tarea se quedará desilusionado ante la crítica de Rodilla. Que mi obra acusa tan notable influencia del pensamiento marburgués y, en concreto, de Kelsen, como «versión epigonal», es algo que queda dicho, pero sin desvelar el porqué, sin prueba, sin explicación. Lo mismo ocurre respecto de mi conexión con Hart. En qué se parece mi obra a la de Hart es algo que Rodilla debería haber explicado un poco a fondo, ya que él da mucha importancia a tal parentesco. En lugar de eso, se ha limitado a acentuar la idoneidad sincrónica del análisis hartiano, a diferencia del mío, que, según opinión de mi crítico, constituye lisa y llanamente «una falsa alternativa» (14). Sobre este punto de la bipolaridad diacronía-sincronía, que en mi opinión Rodilla ha interpretado tan erróneamente como es posible no sólo en relación a lo que yo digo, sino también a lo que dice Hart, volveré después con cierto detenimiento.

Respecto a la distinción de Searle entre reglas constitutivas y reglas regulativas, tengo que decir con toda claridad que tiene otro enfoque distinto al de la tipología que yo establezco. Searle y yo hablamos en parte de lo

(9) Pág. 549.

(10) Pág. 550.

(11) Págs. 557, 558.

(12) Pág. 558.

(13) Pág. 558.

(14) Pág. 569, n. 14.

mismo, pero sólo en parte; a él le preocupan ante todo las reglas que rigen los actos de habla, a mí las reglas del Derecho. Que los planteamientos son muy diferentes lo muestra el hecho de que para él las reglas de los juegos constituyen *un* tipo de reglas encajables únicamente en lo que denomina reglas constitutivas. Esto no es así en mi obra. Creo que mis planteamientos son mucho más amplios que los de Searle, además de distintos. Sobre este aspecto volveré después. La expresión que utiliza Rodilla, según la cual mi tipología de reglas es «más cómoda» para ser aplicada al Derecho que la de Searle, me parece cuando menos poco afortunada. La «comodidad» es un valor secundario, de mucha menor jerarquía que otros, tales como la corrección teórica dentro de un sistema de pensamiento o la adecuación idónea al objeto. Utilizando este término, mi crítico introduce la idea, consciente o inconscientemente, de que mi tipología no añade nada sustancialmente nuevo respecto de la de Searle. Mi tipología no es que sea más «cómoda»; es simplemente más compleja, ya que, en definitiva, se trata de una tipología diferente, pensada directamente en relación con el Derecho. Sobre estos problemas volveré después.

De lo expuesto en este epígrafe creo que puede extraerse la conclusión de que el profesor Rodilla muestra en su crítica mayor interés en señalar parentescos y afinidades, que en destacar los perfiles e intenciones de «una obra original» en la que se tocan «problemas fundamentales de teoría del derecho, y por cierto de forma original y sugestiva» (15). Son sus propias palabras, que desafortunadamente no han tenido desarrollo en el comentario. En este afán de recortar originalidades y de acentuar más las similitudes y las influencias que se ciernen sobre las cabezas pensantes del terreno patrio, nos diferenciamos demasiado los españoles, para nuestro desconsuelo, de otras culturas. Siempre me ha llamado la atención el modo en que, por ejemplo, los ingleses resaltan sus propias obras. En la Teoría del Derecho esto ha llegado a un punto que puede ser calificado de sumamente llamativo. En general, no sólo suelen desconocer las mejores aportaciones foráneas, sino que por lo visto constituye una táctica implícita comúnmente aceptada silenciar lo que allende las fronteras se produce. Nosotros operamos al revés. Basta con que asome una obra con ciertos barruntos originales para que, de inmediato, se le encuentren padres y, posiblemente ancestros. «Ya lo dijo fulano» es una de nuestras frases más corrientes. Si además, el autor se defiende y destaca que su obra constituye, parcial o totalmente, una nueva contemplación de una determinada realidad, entonces el pecado cometido es todavía superior, no habiendo casi palabras para calificarle.

7. Una consideración general merece también la insistencia de Rodilla en dejar bien claro que el Derecho no es un juego y que, por tanto, mi analogía tiene unos límites que es preciso no traspasar. La insistencia de mi crítico en este tema (las últimas páginas de su trabajo están dedicadas a él) puede inducir al lector a pensar que yo poco más o menos que identifico juego y Derecho, que considero que el Derecho es un juego. Y ello, aunque mi propio crítico señala no ser así. «Una lectura apresurada del libro de

(15) Pág. 558.

Robles podría inducir la idea de que para su autor el Derecho *es* (como) un juego (...) No es ésta, desde luego, la intención de Robles (...)» (16). Para añadir a continuación que se echa de menos en mi libro el análisis de las diferencias, aunque en la nota 16 señala cuatro lugares de mi obra en los cuales hago alusión al tema. Rodilla debería, en mi opinión, haber comentado tales pasajes, poniéndolos en relación unos con otros. Al corresponder a partes muy distintas del libro (págs. 21, 44, 130 s. y 169 s.) posibilitan una exégesis rica en conexiones. Creo que de estos lugares y del conjunto de la obra queda fuera de duda de que mi Ensayo no tiene por objeto estudiar la comparación entre el Derecho y los juegos en todos sus aspectos. En principio, tan sólo me han interesado los aspectos formales y estructurales, y más en concreto el problema de las reglas. No en vano el libro lleva por título «las reglas del Derecho y las reglas de los juegos», y no por ejemplo «el Derecho y el juego». Mi propósito real es la elaboración de una Teoría del Derecho, aunque en el Ensayo no se contienen aún todos los elementos que considero pertenecen a tal parte de la Filosofía del Derecho (17). Hay, sin duda, un gran número de problemas tratados, y otros que están implícitos o que se desprenden con facilidad (como, por ejemplo, el de la validez formal de las reglas o el de la relación entre validez y eficacia). Otros, solamente apuntados (como sucede con el tema del derecho subjetivo). Hay, por fin, aspectos de la Teoría del Derecho que no han sido abordados.

Todos los argumentos que utiliza Rodilla para convencerme de que el Derecho no es un juego, pueden resumirse en una frase que aparece en mi libro en la página 16 y que, sorprendentemente, él no cita. Digo allí: «La comparación no tiene, desde luego, carácter absoluto, pues es evidente que el Derecho no es un juego. No se trata de equipararlos desde un punto de vista antropológico o sociológico ni tampoco desde la perspectiva de una teoría de los valores» (18). Es realmente chocante que Rodilla haya omitido este pasaje tan expresivo y que aparece nada menos que en el primer epígrafe del primer capítulo, y precisamente bajo el título «La comparación entre el Derecho y los juegos». Todos los argumentos que Rodilla aduce para señalar mi deficiencia expositiva de las diferencias entre juego y Derecho, o inciden en el punto de vista antropológico, o en el sociológico (o psico-sociológico) o en el marco de la teoría de los valores. De tal manera que Rodilla me reprocha no decir lo que precisa y claramente digo.

B) ASPECTOS CONCRETOS

8. *Normativismo versus empirismo*. Mi crítico se queja de que no desarrollo suficientemente esta alternativa, sobre todo en lo que se refiere al normativismo (19), habiendo sido más explícito respecto a las tendencias empiristas. Está en lo cierto, pero también tiene su explicación. En mi libro

(16) Pág. 574.

(17) *Reglas*, apéndice II.

(18) *Reglas*, pág. 16.

(19) Pág. 549.

doy por supuesto, quizá injustificadamente puesto que no hago ninguna referencia expresa, que el lector conoce (o puede conocer) mi crítica a Kelsen contenida en «Consideraciones críticas sobre la teoría de la norma jurídica de Hans Kelsen», trabajo que apareció primero en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1980) y que he recogido posteriormente en *Epistemología y Derecho* (20). Este estudio constituye una crítica inmanente de algunos aspectos fundamentales de la teoría pura del Derecho. Trato de resaltar las contradicciones internas del «método jurídico» propugnado por Kelsen, así como de apuntar algunas salidas para dichas contradicciones. En mi modesta biografía intelectual, ese trabajo constituye mi primera toma de postura ante la Teoría pura del Derecho. Tal crítica ha sido continuada posteriormente en la redacción de un libro que lleva por título *Crítica de la teoría pura del Derecho*, cuya (aproximadamente) primera mitad redacté en Viena en el verano de 1981 —gracias a una beca del Ministerio austríaco— y que tuve que interrumpir para poder concluir mi Memoria de oposiciones a cátedra por el viejo y riguroso sistema. Si algún día concluyo esta obra, habrá de ser leída en conexión con *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*, puesto que la crítica de la Teoría pura del Derecho supuso para mí un paso previo. Mi libro sobre las reglas es, no sólo sino también, una respuesta a las aporías que plantea la teoría pura del Derecho.

Si se consulta el trabajo mencionado en primer lugar, creo que se podrá aceptar fácilmente que mi crítica del normativismo no se limita, como dice Rodilla, a señalar su «obsesión» del carácter homogéneo de las reglas. A partir de un análisis inmanente de la teoría pura del Derecho compruebo la existencia de un conjunto de contradicciones —centrándome sobre todo en la teoría de las normas jurídicas— y trato de dar respuesta a la cuestión de por qué aparecen tales contradicciones. Son tratados allí problemas tales como: la desmesurada ampliación del significado del *sollen* (problema del carácter homogéneo de las normas), la distinción entre normas dependientes e independientes, el concepto de norma, el problema de la coactividad del Derecho como elemento estructural de la norma jurídica, la insostenibilidad de la norma fundamental y de la teoría de la estructura piramidal del orden jurídico, la naturaleza de las normas constitucionales, el método de la *Reinheit*, etc. Además de eso, se apunta ya la idea de que las normas procesales no son normas sino reglas técnicas, así como lo que después he llamado la construcción hermenéutica de las reglas y del sistema. Sugiero, pues, al lector y también al profesor Rodilla que completen mis someras críticas del normativismo en el libro sobre las reglas con las realizadas más en profundidad anteriormente (21).

9. *Normativismo, empirismo y análisis lógico-lingüístico*. El profesor Rodilla me reprocha y no me reprocha (simultáneamente) lo que bien pudiera haber denominado «ilusiones» de mi planteamiento. Por una parte sostiene

(20) Ed. Pirámide. Madrid, 1982.

(21) También me ocupo del tema en *Die Begrenzungen der Reinen Rechtslehre*, que probablemente aparecerá en O. Weinberger-W. Krawietz (ed.) *Reine Rechtslehre, im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*. Wien.

que «la fórmula para despachar tamaños males (se refiere a los males que provienen de la aporía normativismo vs. empirismo) es tan sencilla que uno recela de su eficacia» (22), ya que si bien «(Robles) tiene la impresión de que su concepción está más allá de la alternativa es (...) porque en realidad se encuentra más acá» (23). La razón de ello radica, según mi crítico, en que no doy una respuesta a «una cuestión que la teoría jurídica aborda bajo el rótulo de «fundamentos de la validez o de la vigencia». Pero, por otra parte, en la página siguiente me exculpa de la falta: «Robles no elabora una teoría capaz de hacerse cargo del problema de la vigencia o validez de las normas. Pero no hay que reprochárselo. Dirigiendo sus preocupaciones a una investigación de la estructura formal del Derecho y al logro de una adecuada tipología de las reglas no tiene necesidad alguna de inquietarse por semejantes cuestiones» (24). En esta sorprendente contradicción de mi crítico creo poder encontrar algunas claves adecuadas a la comprensión de mi concepción. Rodilla me ha entendido muy bien en la pág. 45 pero no así en las dos anteriores. P imero lanza el reproche, después dice que no tiene nada que reprocharme. En este ir y venir de la mirada, donde la crítica se niega a sí misma, hay quizá «enigmas» que es necesario desvelar.

Lo que subyace en mi libro (y que creo que Rodilla no ve, de ahí su flagrante contradicción) es una Teoría del Derecho entendiendo este último término como «Derecho posible» y no como «Derecho positivo». En este sentido, la estructura formal del Derecho agota su concepto, siendo el problema de las condiciones de su existencia real —lo que Rodilla llama validez, y yo llamaría positividad— un problema que se sitúa fuera (más allá o más acá, como él quiera) del problema del concepto. Tanto el normativismo como el empirismo tratan de definir el Derecho fijando las condiciones de la positividad. Para mí, tales condiciones constituyen algo distinto al problema del concepto. Que un determinado orden jurídico sea positivo o no, es simplemente una cualidad de dicho orden que, en principio, se sitúa en un nivel distinto del que corresponde al problema del concepto o de la estructura formal. Tanto el normativismo como el empirismo constituyen sendas versiones del positivismo jurídico. Pero mi concepción *no es* positivista. Tampoco es, obviamente, iusnaturalista, puesto que no introduzco ningún elemento axiológico en la consideración del concepto.

En cuanto Teoría del Derecho posible, mi planteamiento es compatible con las tesis —elaboradas y sostenidas en gran parte por las concepciones sociologistas— del pluralismo jurídico. No hay por qué excluir la idea de un pluriverso jurídico. El análisis de la estructura y, por consiguiente, del concepto del orden jurídico es independiente de la discusión de las condiciones de su existencia real. La cuestión de cuáles sean las condiciones de la existencia de los órdenes jurídicos particulares que componen el pluriverso jurídico es una cuestión que ha de ser discutida en el terreno de la Sociología. La Teoría del Derecho define *qué es* el Derecho y cuál es su estructura interna. La Sociología jurídica dice *cuándo* nos encontramos ante un orden jurídico *positivo*,

(22) Pág. 570.

(23) Pág. 570.

(24) Pág. 571.

esto es, existente en la realidad social de los hombres. Por lo demás, el problema de decidir sobre cuál de los órdenes existentes recae la prioridad, calificándole por ejemplo de «jurídico», es un problema típicamente *ideológico*, que, como tal, no puede resolver la Teoría del Derecho. Así, para algunos juristas el Derecho Canónico no es tal Derecho, pues parten del supuesto, sólo justificable políticamente, aunque se trate de enmascarar con otros argumentos, de que no hay otro Derecho sino el del Estado. Problema similar plantea la siempre debatida cuestión en torno a la llamada naturaleza jurídica del Derecho Internacional. Que se le niegue el carácter de auténtico Derecho o que por el contrario se le conceda tal cualidad, depende tan sólo de presupuestos que no pueden ser discutidos en base a argumentos estrictamente científicos. Hay más bien una opción en favor del carácter jurídico del Derecho Internacional, o en su contra.

Mi concepción de la Teoría del Derecho no es que eluda el problema de la *positividad* del Derecho. Simplemente lo que intenta es situarlo adecuadamente. Se trata de un concepto sociológico, que hace referencia al *hecho* de la posición o *imposición del Derecho*. Que el Derecho esté «puesto» es un problema analizable sólo en términos de investigación fáctica. Por el contrario, cuál sea la estructura del Derecho es independiente de su implantación real y, por tanto, analizable en un terreno distinto al de ésta. El reproche contra el normativismo, tan frecuentemente formulado, de que a la postre cae en las redes del factualismo sociológico, está plenamente justificado, ya que aquella corriente de pensamiento se empeña con terquedad en incorporar al concepto del Derecho la nota de la positividad. Pero dado que lo positivo es lo existente en la facticidad, no puede por menos que enmarañarse en un terreno que por principio había señalado como ajeno. Lo que pretende el normativismo es definir el concepto del Derecho *positivo* en términos de normas, incorporando el criterio de la positividad, que en sí no es sino la forma de la existencia social del Derecho.

Por su parte las corrientes realistas o sociológicas lo que hacen en el fondo es aplicar categorías sociológicas al análisis del concepto del Derecho. Tienen de común con el normativismo que también ellas se plantean como objetivo la indagación del Derecho *positivo* incorporando la positividad en el concepto del Derecho. Pero se diferencian en que también las normas son entendidas en clave sociológica. Las normas son para la mentalidad realista regularidades de comportamiento observables, esto es, hechos sociales.

Nos encontramos así ante el siguiente panorama: el normativismo cae en las redes de la Sociología al pretender incorporar la positividad al concepto del Derecho, mientras que el realismo pretende entender el Derecho no en sí mismo, sino como realidad social, como conjunto de hechos observables, incapacitándose de esta manera para describir su estructura formal.

Que mi posición esté más allá o más acá de esta alternativa, que como se ve no resuelve el problema, importa bien poco. Al fin y al cabo, «más acá» es «más allá» desde la otra parte. La ambigüedad, o mejor, contradicción de que mi riguroso crítico hace gala, al reprocharme y a la vez no reprocharme, es buen exponente de que, por una parte, él sigue pensando el problema del concepto del Derecho en los términos acuñados por la alternativa normati-

vismo vs. empirismo, pero por otra *intuye* que de mi libro se desprende una posición «no reprochable», en virtud de la cual la cuestión de la positividad (repito que la palabra validez es menos apropiada) queda fuera de la consideración estrictamente formal del Derecho. Y así, podría convenir conmigo en que el método lógico-lingüístico no es un instrumento «poco potente» para cumplir el cometido que se le asigna. Pues tal cometido no es la delimitación del Derecho positivo, sino el análisis formal, estructural, de cualquier orden jurídico, lo cual conduce no al estudio de las condiciones de su existencia fáctica, sino al concepto universal del Derecho. Creo que, en este sentido, mi concepción es más consciente de sus propios límites que la Teoría pura del Derecho o que la teoría de Hart.

Puede objetárseme que, a la postre, yo también introduzco la Sociología en mis planteamientos teóricos y que, en este sentido, yo también sería un sociologista. Sin embargo, esta objeción no será propiamente tal, sino a lo sumo una incompreensión de lo que digo. Naturalmente que la Sociología tiene su papel, que obviamente es el que corresponde a su marco de problemas. Dentro de éste está precisamente el de la positividad del Derecho y, en general, de cualquier sistema de reglas. La Sociología se introduce, junto a otros esquemas metódicos, en la concepción global de mi esquema, pero sólo para centrarse en los problemas que le son propios. La Teoría del Derecho no tiene por qué plantearse el problema de las condiciones de la existencia real del Derecho, sino tan sólo (y nada menos) su estructura formal. Como se ve, no sólo no desdeño la tarea de la Sociología, sino que muy por el contrario, le adscribo tareas que tradicionalmente han sido vinculadas —como demuestran precisamente las obras de Kelsen e de Hart— a la Teoría general del Derecho.

Este empeño de «poner las cosas en su sitio» recorre todo mi libro. Al menos, ese ha sido mi propósito. Conecta con esfuerzos precedentes en el terreno de la Epistemología, pues a fin de cuentas no es ésta otra cosa que la reflexión teórica en torno a los deslindes metódicos que necesariamente subyacen, de manera explícita o implícita, a toda construcción científica o filosófica.

10. *El problema de la validez.* En esta línea de depuración epistemológica, o de poner las cosas en su sitio, es tarea capital la demarcación conceptual de algunos términos, tales como validez, eficacia, vigencia y positividad. En el comentario crítico de Rodilla no estoy seguro de que se utilicen con la precisión necesaria. Sostiene mi crítico que no resuelvo el problema de la validez. Ya hemos visto que lo que quiere decir tal término, atendiendo al «uso» que Rodilla hace de él, es lo que más claramente suele llamarse *positividad*. También podría ser denominada «validez sociológica» como es frecuente entre los sociólogos. Pero parece más adecuado utilizar el término positividad ya que con él se alude directamente a la idea de implantación real de un orden de reglas conseguida mediante un conjunto de actos humanos.

La palabra *vigencia* se aproxima muy de cerca al significado de positividad. Decimos que un determinado orden jurídico es Derecho vigente para expresar que tal orden jurídico está implantado en un determinado contexto so-

cial, lo que es decir que constituye Derecho positivo. No obstante, la palabra vigencia posee en ocasiones una connotación más fuerte que el término positividad, aproximándose a lo que con mayor claridad suele designarse como *eficacia*. La vigencia de una regla sería así su «vigor», su implantación real, su fuerza de imponerse a los destinatarios, y no simplemente la cualidad derivada de haber sido «puesta» como regla del sistema.

Pues bien, yo no resuelvo en mi libro, porque ni siquiera me los planteo, ni el problema de la positividad ni el de la vigencia, entiéndase como se entienda este último término (vigencia como positividad o vigencia como eficacia). Ya he dicho por qué: son problemas que pertenecen a la Sociología y que, por tanto, han de ser tratados en esa sede. Lo que sí se desprende de lo expuesto en el libro es la solución del problema de la *validez* intrasistémica o validez puramente formal. A ésta es a la que hay que denominar pura y simplemente validez. Es cierto que no hay un desarrollo explícito y completo de este problema. No hay que olvidar mi propia pretensión: el Ensayo lo concibo como un paso previo a la elaboración de una Teoría del Derecho, aunque en él esté ya contenida en gran parte. En la pág. 17 digo que el libro «se limita a resaltar el parecido de los distintos tipos de reglas y de sus caracteres estructurales», añadiendo que «tiene como norte la elaboración de una teoría de las reglas jurídicas, mencionando el sistema allí donde es necesario, pero sin pretender la acuñación acabada de una Teoría del sistema jurídico». Creo que más claro no se puede ser. Lo que hago es desarrollar una Teoría de las reglas jurídicas, y no —todavía— una Teoría del sistema jurídico (25). Ahora bien, no obstante lo anterior, de la Teoría de las reglas allí desarrollada se desprenden numerosos elementos teóricos que pertenecen a una Teoría del sistema. Tal sucede precisamente con el tema de la validez. Creo incluso que podría decirse que este problema está *siempre* presente en mi Ensayo. Validez de una acción, de una decisión o de una regla no es otra cosa que su correspondiente pertenencia al ámbito. De por qué las acciones, las decisiones y las reglas pertenecen a un determinado ámbito es uno de los temas capitales de mi libro. Y no otro es el tema de la validez. Mi concepción de la validez hay que vincularla con la teoría de la acción, que en mi libro tiene un papel muy relevante. Sorprendentemente, el profesor Rodilla ha hecho caso omiso de la teoría de la acción. Realmente no me explico por qué.

Refiriéndonos a la acción, diremos —siguiendo el esquema de mi libro— que una determinada acción es válida cuando pertenece al ámbito, lo que es lo mismo que decir cuando es una acción del ámbito. Dado que la acción genérica es un procedimiento genérico, una acción concreta es válida cuando el procedimiento concreto en que consiste ésta se subsume en el procedimiento genérico (26). Exactamente lo mismo puede afirmarse respecto de una decisión o una regla concretas. Téngase presente que a ambas subyace siempre el concepto de acción. Una determinada regla es válida cuando pertenece

(25) *Reglas*, pág. 17.

(26) *Reglas*, págs. 84 y ss.

al sistema proposicional que expresa, hermenéuticamente construido, el «texto bruto» que constituye el ámbito. La pertenencia de la regla al sistema está condicionada por el hecho de que la acción creadora de la misma sea una acción concreta que se subsuma en el procedimiento genérico establecido como necesario para crear aquélla. Y puesto que el procedimiento es, a su vez, establecido mediante reglas, puede decirse que una regla determinada es válida si el procedimiento de su creación cumple las exigencias establecidas por las reglas ónticas correspondientes (espacio y tiempo, sujeto y competencia) y las reglas técnico-convencionales indicadoras del procedimiento. Es indiferente que la regla creada sea óntica, técnica o deóntica.

11. *La relación entre los tres tipos de reglas.* Quizá la incompreensión de esto último ha llevado a mi crítico a entender mal lo que yo digo sobre las relaciones entre los distintos tipos de reglas. Para Rodilla estamos ante «relaciones de prioridad unidireccional», esto es: primero, las reglas ónticas, después las reglas técnicas y, por último, las reglas deónticas o normas. De esta manera, dice él, «la imagen del orden jurídico que se desprende de su concepción es la de una especie de formación estratificada: el estrato fundamental vendría constituido por las reglas ónticas, de las cuales de forma inmediata derivarían algunas reglas técnicas sin necesidad de estipulación convencional; sobre este sustrato se erigiría a continuación un estrato de reglas técnicas convencionales; las reglas deónticas o normas constituirían, por fin, el estrato más superficial» (27). Y continúa: «las normas son algo así como un añadido tardío y de rango sistemático subordinado, que entra sólo en juego cuando los estratos anteriores están ya construidos» (28).

Considero esta interpretación como una tergiversación, absolutamente inaceptable, de mi teoría. Según ella, «mi» imagen del orden jurídico sería la representable simbólicamente por un edificio en el que estuvieran alojadas en el primer piso las reglas ónticas, en el segundo las reglas técnicas, y en el tercero —«tardíamente»— las reglas deónticas o normas. Así, primero se crearían *todas* las reglas ónticas, a continuación *todas* las reglas técnicas y, más tarde, *todas* las reglas deónticas. No sólo habría una prioridad sistemática, sino también temporal, de tal manera que para que existiera una regla técnica tendrían que estar creadas todas las reglas ónticas, y para que tuviera validez una regla deóntica tendrían que existir previamente todas las reglas ónticas y todas las reglas técnicas.

Parece claro que Rodilla se ha tomado en este punto demasiado en serio la analogía entre el Derecho y el fútbol. El fútbol es un juego sencillo, mientras que el Derecho es algo sumamente complejo (al menos el Derecho de las sociedades civilizadas). La estructura de los juegos más usuales o conocidos y del Derecho es similar, pero nadie puede dudar que, en todo caso, la estructura del Derecho es la propia de un juego sumamente complejo. Mi crítico se empeña continuamente en su comentario en esclerotizar mi modelo comparativo, cosa que yo no hago. En esta línea de esclerotización es donde hay que situar su afán simplificadorio con respecto a la estructura del orden

(27) Pág. 554.

(28) Pág. 554.

jurídico y, en conexión con ello, también con respecto al problema de la «sincronía de la diacronía». Pero vayamos por partes.

Yo no digo nunca que primero se crean todas las reglas ónticas, después todas las reglas técnicas y después todas las reglas deónticas. Decir esto constituiría ciertamente un disparate, que implicaría un absoluto desconocimiento de cómo es cualquier orden jurídico. Es evidente que una regla deóntica, para ser creada, necesita de la existencia previa de su creador y también del procedimiento de creación. Pero de esto no puede desprenderse que la propia regla deóntica no pueda establecer como deber precisamente la creación de una regla óntica o de un conjunto de reglas ónticas, o de una regla técnica o de un conjunto de ellas, o de ambos tipos. En este sentido, hay reglas deónticas que preceden a las ónticas y a las técnicas. El establecimiento de una regla óntica o de una regla técnica puede ser el objeto del deber formulado por una regla deóntica. No veo qué dificultad hay en ver esto. Podemos encontrar ejemplos pertinentes tanto en el Derecho público como en el Derecho privado. Un determinado órgano del orden jurídico puede ordenar a otro órgano inferior la tarea de planificar determinada actividad, a cuyo efecto deberá de crear nuevos órganos, instituyendo sus competencias y señalando sus procedimientos. No hay duda de que todo ello habrá de hacerlo dentro de su propia competencia y de acuerdo con el procedimiento que le ha sido prescrito. Pero esto no es obstáculo para darse cuenta de que la creación de los nuevos órganos inferiores, el establecimiento de sus competencias y la demarcación de los procedimientos respectivos constituyen el objeto del deber que le ha sido impuesto. Por el contrario, también puede acontecer el supuesto de que la acción de creación de nuevas estructuras orgánicas sea una competencia de un determinado sujeto de Derecho, y que no exista formulación de un deber que le obligue a ello.

Lo que yo digo es cosa bien distinta de esa curiosa interpretación. Yo digo que para que se cree *una* regla deóntica es necesario la existencia de un sujeto que la cree dentro de su competencia y de acuerdo con un procedimiento en el marco espacio-temporal señalado. Creo que mi crítico no pondrá en entredicho que la creación de una regla deóntica o norma exige alguien que la cree y que ese alguien ha de decidir dentro de su competencia —por muy amplia que ésta sea— y de acuerdo con un determinado modo de proceder, por muy flexible que éste pueda ser. *Esto* es realmente lo que yo digo, y no otra cosa. Traducido en términos de reglas puede ser expresado de otra forma: para que exista un determinado deber, esto es, una regla deóntica, tiene que existir antes un conjunto de reglas ónticas que establezcan quién es el sujeto creador de la regla deóntica, lo cual implica señalar igualmente cuál es su competencia, al menos respecto de la creación de esa regla deóntica determinada, y una o varias reglas técnicas que indiquen el procedimiento necesario para que la decisión del sujeto necesario sea una decisión válida y sea susceptible, por tanto, de generar la validez de la regla deóntica. En este sentido, es ésta, la regla deóntica, posterior respecto de las reglas ónticas y técnicas que son presupuestos de su creación y, por tanto de su validez. Pero de esta manera de ver las cosas no puede extraerse la errónea conclusión —que no deriva de la lectura de mi libro, sino de una incompreensión de la naturaleza de las reglas y de su recíproca relación— de que todas las

reglas ónticas son previas a las reglas técnicas y a las deónticas, y de que todas las reglas técnicas son previas a las deónticas. Y, consiguientemente, tampoco se puede pensar que yo sostenga algo tan llamativo como la imagen de una «estructura estratificada» del orden jurídico. Algo así como una *Schichtenbau*, en lugar de la *Stufenbau* que ideara Adolf Merkl y recogiera el conjunto de la Escuela de Viena. Realmente yo no pienso el Derecho en términos geológicos.

Lo precedentemente expuesto encaja con el problema de la validez, al que me he referido antes. Una regla —ya sea óntica, procedimental o deóntica— es válida si ha sido creada cumpliendo los requisitos necesarios establecidos como tales para su creación. Esos requisitos son de dos tipos: de carácter estático (espacio, tiempo, sujeto y competencia) y de carácter dinámico (procedimiento). Puesto que los requisitos estáticos son establecidos por reglas ónticas y los dinámicos por reglas técnicas, llegamos a la conclusión de que la validez de una regla —del tipo que sea— es equivalente a creación de la misma de acuerdo con lo establecido por las reglas ónticas y técnicas correspondientes, que han establecido los elementos necesarios para su creación.

Así, pues, puede decirse que en mi concepción —bien entendida— los tres tipos de reglas se encuentran en los diversos «pisos» del orden jurídico. Si se quiere seguir con la comparación arquitectónica, puede afirmarse que las reglas ónticas y las técnicas (que yo denomino «necesarias») constituyen el armazón básico de la estructura, las vigas maestras y sostenedores del conjunto. Pero es evidente que sin las reglas deónticas el edificio no puede ser habitado. Por tanto, la relación de prioridad no es «unidireccional» ni «estratificada». Sencillamente, y apartándonos ya de toda imagen arquitectónica, que al principio puede servir de ayuda, pero para profundizar lleva a malentendidos, se trata de una prioridad lógica que se da siempre en la creación de las reglas. La clave de todo este planteamiento está precisamente en el cap. III de mi libro (que Rodilla sorprendentemente olvida) y, más en concreto, en la teoría de la acción.

12. *Diacronía y sincronía en el Derecho.* Todo lo expuesto anteriormente puede aclarar en qué sentido hay que entender el calificativo «sincrónico» aplicado al análisis que llevo a cabo en el libro. Quien lea detenidamente la página 43 y ss. sin prejuicios previos, podrá comprender que yo sólo excluyo la explicación de la dinamicidad *como tal*. La realidad es en sí misma dinámica, y lo mismo sucede con la realidad del Derecho. La Teoría del Derecho ha de operar, sin embargo, con modelos sincrónicos. Mediante un corte sincrónico de la realidad (por sí misma dinámica) se fijan los elementos estructurales y se analizan sus relaciones. La diacronía se incorpora a la sincronía, haciendo así posible un análisis sincrónico de aquélla. Para explicarme mejor, séame permitido hacer uso de cierta fantasía. Supongamos que poseemos un ingenio electrónico que nos permite escribir en un momento determinado sobre un inmenso panel todas las reglas que en ese momento componen un orden jurídico. Allí tenemos desde la Constitución, pasando por las leyes ordinarias, disposiciones de la Administración, sentencias jurídicas, negocios llevados a cabo por los particulares, etc., etc. Ni siquiera falta el llamado «derecho no escrito», los usos o costumbres. Todo el Derecho vigente en un

determinado momento está allí presente, hasta la última sentencia dictada en el segundo anterior. Mediante la máquina hemos detenido el tiempo. La vida se ha detenido y también, por tanto, el orden jurídico que es expresión de aquélla. Hemos dado un corte a la dinamicidad y ahora nos disponemos a estudiar lo que tenemos delante. La pregunta que tenemos que contestar es: ¿Cómo es este orden jurídico que está ante nosotros? ¿Cuál es su composición, cuáles son sus partes? ¿Cómo se relacionan las partes entre sí? El orden jurídico ha de ser reconstruido como un *puzzle* en el que encajen todos los elementos. Nada va a ser transformado ya en el interior del sistema, pero sí podemos entender cómo han operado las transformaciones internas precedentes.

Mi análisis es sincrónico en este preciso sentido. Se trata de una sincronía metódica, exactamente igual que sucede en el caso de la Teoría pura del Derecho o en la teoría de Hart. No entiendo por qué mi crítico tiene a bien aceptar el «corte sincrónico» realizado por Hart y ve con tan malos ojos el mío. Puede decir que yo no desarrollo todos los elementos dinámicos que se reflejan en el corte sincrónico, pero eso se lo concedería yo sin ninguna dificultad, ya que tales elementos ausentes son los correspondientes a una Teoría del Sistema acabada, de la que ya hemos hablado. Pero si quiere ver dichos elementos en la obra de Hart se verá algo sorprendido, pues tampoco allí hay tal desarrollo.

Me parece que lo que subyace a los reproches de Rodilla es que él piensa que yo me tomo al pie de la letra la analogía entre juegos sencillos, creados de una vez por todas, y Derecho, que es —como todo el mundo sabe— un sistema autorregulado. El que yo haya utilizado como ejemplos el fútbol y el ajedrez puede haberle llevado a este malentendido. Desde luego hubiera deseado haber comparado el Derecho con un juego de gran complejidad, pero para ello me encontraba con dificultades difícilmente superables. Para empezar yo no conozco ningún juego de ese tipo, aunque sé que existen. En todo caso ésta habría sido una dificultad superable, pues lo que se ignora se puede aprender. El obstáculo mayor provenía de otro lado. Pensé que un libro sobre las reglas del Derecho que utilizara como comparación un modelo de juego sumamente complejo (esto es, similar al Derecho) sería absolutamente indigerible para el lector y tedioso hasta la saciedad para su autor. Por tanto, me decidí por juegos que conozco (y que me gustan) y que sé que en general son conocidos y gustan también a los demás. Pero del hecho de que mi elección haya recaído sobre juegos sencillos, de los que son creados de una vez por todas, no puede dar pie para pensar que todos los juegos son de esta sencillez ni que yo piense que el Derecho es creado de una vez por todas. Con respecto a lo primero, cualquiera puede comprobar que existen juegos muy complejos. Además no hay obstáculo en que podamos idear un juego de tales características. En cuanto a lo segundo, digo expresamente en mi libro que el Derecho, a diferencia de los juegos, no constituye un sistema cerrado de reglas generado de una vez para siempre, sino un sistema con una dinamicidad interna extraordinaria. Es mi propio crítico quien se empeña no sólo en pensar en los juegos como «sistemas cerrados», sino también en pretender que yo piense lo mismo.

13. *La definición de un orden jurídico y la definición del Derecho.* La diferenciación entre definición de *un* determinado orden jurídico y definición *del* Derecho, es un problema cuya respuesta adecuada se encuentra ciertamente en las páginas de mi libro, pero quizá sólo si se lee con ánimo de encontrarla. Yo no afirmo en ningún momento que el Derecho sea un sistema de reglas en el cual se pueda prescindir de las reglas deónticas. Mas bien digo lo contrario: *el* Derecho es un sistema de reglas ónticas, técnicas y deónticas. Reglas ónticas son aquellas que establecen los elementos necesarios de carácter estático; técnicas, las que crean los procedimientos, es decir, los elementos necesarios de carácter dinámico; y deónticas, las que establecen deberes. Ser, tener que y deber, que constituyen los correspondientes verbos expresivos de los tres tipos de reglas, forman el ser del Derecho. El Derecho es un ámbito óntico-práctico. Parece que mi crítico se fija tan sólo en el primero de los calificativos («óntico»), omitiendo el segundo absolutamente («práctico»). Yo no digo que el Derecho sea un ámbito óntico, sino un ámbito óntico-práctico. Los dos calificativos son importantes. Es lo mismo que decir que en el Derecho hay elementos ónticos y elementos prácticos. El ser del Derecho es un *ser práctico*, esto es, dirigido inmanentemente a regular la acción. El aspecto práctico forma parte de su «ser» tanto como el aspecto óntico.

Cuando me refiero a la «definición de un ámbito óntico-práctico» (29) aludo a algo muy diferente. Cierto que utilizo aquí la palabra «definición» con un significado distinto que cuando la aplico al concepto del Derecho. Mientras que para definir *el* Derecho es preciso atender a los caracteres generales contenidos en el concepto universal de Derecho, en el caso de la «definición» de un orden jurídico determinado no hay tal posibilidad. Un orden jurídico determinado no es un universal del que se pueda extraer los caracteres generales comunes de todo universal. Es, por el contrario, una realidad concreta, existente aquí y ahora. Todo orden jurídico concreto se encaja, es un caso del concepto «orden jurídico» y, por tanto, los caracteres universales del concepto de Derecho son igualmente aplicables a la realidad concreta. En este sentido, si yo afirmo que el Derecho es un sistema de reglas de tres tipos diferentes *también* estoy diciendo que un orden jurídico particular posee estos tres tipos de reglas, pues en caso contrario no sería un «caso» del concepto general. El orden jurídico concreto tiene todos los elementos que caracterizan el concepto universal de Derecho. Aquél sólo es un orden jurídico porque cumple precisamente lo que el concepto de Derecho exige. Es, por tanto, radicalmente absurda la conclusión que extrae Rodilla de sus análisis, y según la cual yo sostendría que en un orden jurídico particular podemos prescindir de las reglas deónticas.

Esta incompreensión surge, en mi opinión, porque mi crítico no sitúa adecuadamente lo que significa «definir» un orden jurídico determinado. Ya he dicho que tal operación no puede tener el mismo alcance que el adscrito a la tarea de definir el concepto *del* Derecho o del orden jurídico en general. No hay un concepto de un orden jurídico determinado, porque el concepto

(29) *Reglas*, págs. 31 y ss.

lo es siempre de lo general. En este sentido estricto, y sólo en este sentido, no hay posibilidad de «definir» tal realidad concreta. Si utilizo, a pesar de todo, el término «definir» en relación con un determinado orden jurídico o un determinado juego, es porque obviamente estoy utilizando dicho término con un sentido distinto, pero no por eso quizá menos legítimo.

Es correcto que, si queremos dar noticia de en qué consiste un determinado juego o un orden jurídico, habremos de enunciar todas sus reglas (30). Eso, en el supuesto de que nuestro interlocutor quiera saber «de qué va» con respecto al juego o al Derecho determinado en toda circunstancia y ocasión. Con un juego (de los sencillos) es fácil tal enunciación, con el Derecho algo más complicada. Pero con la expresión «definición de un juego determinado o de un orden jurídico determinado» es evidente que tampoco quiero decir enunciado de todas sus reglas ni información exhaustiva acerca de todas las peculiaridades. Lo que *define* un orden jurídico no son todas sus reglas, sino aquellas sin las cuales el orden jurídico no puede funcionar. Se me responderá que un orden jurídico no puede funcionar sin reglas deónticas; a esto respondo: un orden jurídico no está «completo» sin reglas deónticas, pero sí puede funcionar si se han establecido los sujetos, las competencias y los procedimientos para crear las reglas deónticas. En este sentido, llevando el pensamiento al límite de la existencia mínima de un orden jurídico, podría decirse que tal orden existiría desde el momento que estuviera establecida una autoridad creadora de normas y, en general, de todo el sistema. Lo contrario no es sostenible: un orden jurídico no es pensable sólo como un sistema de reglas deónticas, puesto que para que éstas existan es precisa la existencia previa de los elementos necesarios del ámbito, naturalmente no de todos, sino de los necesarios para comenzar la «producción» de las reglas. Es por este camino por donde se puede entender que lo que «define» un orden jurídico determinado o un juego concreto, son las que yo llamo *reglas necesarias*, esto es, las reglas ónticas y las técnicas. Mediante estas reglas se establecen los elementos necesarios del ámbito (estáticos y dinámicos), los cuales hacen posible que se produzcan las acciones pertenecientes al mismo. Entre estas acciones figuran las decisiones que dan lugar a reglas. Dados los elementos necesarios de un determinado juego, ya pueden realizarse las acciones propias de él. Y exactamente igual, respecto de un orden jurídico: sólo son posibles las acciones jurídicas cuando se han establecido los elementos necesarios del sistema, al menos aquéllos que hacen factible acciones generadoras de nuevas reglas.

Llamo necesarias a las reglas ónticas y a las técnicas por dos motivos diferentes pero conectados. Por una parte, como acabamos de ver, son esas reglas las que constituyen los presupuestos necesarios para que tenga lugar la acción propia del ámbito. Sin ellas, la acción no puede producirse y, por tanto, entre otras cosas, no pueden crearse las reglas deónticas. Este carácter necesario se refleja por lo demás en la configuración lingüística de estas reglas. Ser y tener que expresar la necesidad convencionalmente establecida, a

(30) ROBLES, *Trois types de règles dans le droit*. Colloque International de Sémiotique juridique (versión francesa de V. Martínez Bretones). *Revue de Recherche Juridique Droit Prospectif*. Aix-Marseille 1986-2, págs. 335-355, pág. 337 y ss.

diferencia del deber. De esta manera, el carácter necesario de las reglas ónticas y técnicas queda expresado en su propia configuración lingüística, ya que ésta no es otra cosa sino la forma de ser de la regla. Si la regla es necesaria con respecto a la acción, es lógico que tal necesidad se exprese en lenguaje, puesto que la regla no es sino una proposición lingüística dirigida a orientar o dirigir la acción.

Nadie puede dudar de la importancia de las reglas deónticas en el Derecho (no así en la mayoría de los juegos). Que el Derecho es un sistema de reglas que, entre otras cosas, establecen deberes, es una verdad cuyo origen se pierde en la lejanía de los tiempos. Yo no discuto esto. Lo que pongo en tela de juicio es la concepción tradicional, según la cual el Derecho es un sistema de normas impositivas de deberes, y esto aunque se entienda el término deber en su significado más amplio (31). Las reglas deónticas califican como debidas determinadas acciones, pero no crean las acciones mismas, ya que la acción es un procedimiento, y éste es expresado por las reglas técnicas. Hay acciones que son objeto de deber y acciones que no, pero tanto en un caso como en otro la acción en sí misma no es sino un procedimiento, que como tal no es establecido por la regla deóntica. Esta se limita a establecer el deber de realizar una acción. Lo que sea ésta corresponde a la regla técnica. Esto es lo que creo no ha sabido ver en todo su alcance el profesor Rodilla.

Sus reproches en esa dirección así lo atestiguan. Según mi crítico, atendiendo a mi concepción de la «definición» de un orden jurídico, habría que suprimir nada menos que el código penal «que es en lo sustancial un conjunto de reglas deónticas» (32). Ya hemos visto en qué sentido hay que entender el término «definición» cuando la aplico a un orden jurídico determinado. Ahora no me ocuparé de este problema, sino del de la naturaleza de las reglas deónticas y su conexión con las técnicas. Yo no niego que el código penal contenga gran cantidad de reglas deónticas, como tampoco negaría que lo mismo sucede en el Código civil o en el de Comercio. Lo que me parece inaceptable es la afirmación de que casi exclusivamente contiene ese tipo de reglas. Una de las tareas capitales de los códigos penales consiste en tipificar las acciones delictivas. Pues bien, las reglas tipificadoras son otras tantas reglas técnicas que establecen la acción delictiva, el tipo penal. Incluso cuando el código no crea expresamente el tipo, sino que lo da por implícitamente delimitado, la regla (implícita) que lo establece es una regla técnica. Y eso por la sencilla razón de que el tipo es un procedimiento genérico, esto es, una acción genérica, respecto de la cual pueden producirse acciones concretas que se subsuman en ella. Las reglas deónticas lo único que hacen es ordenar (o prohibir) esas acciones. Para que se ordene o prohíba una determinada acción, previamente es necesario saber en qué consiste tal acción.

(31) Como hace, por ejemplo, Kelsen en la segunda ed. de *Reine Rechtslehre* y más aún en *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien, 1979), en la cual incluye en el *sollen* el *nicht-sollen* de las reglas derogatorias. Sobre el tema v. ROBLES, *La Teoría de la norma jurídica de Hans Kelsen. Consideraciones críticas*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1980), recogido posteriormente en *Epistemología y Derecho*, ya citado.

(32) Pág. 555.

La acción *jurídica* que se ordena o prohíbe es establecida por la regla técnica y, posteriormente, ordenada o prohibida. La comisión de un delito podrá ser una acción *ilícita*, porque infringe el deber, pero en todo caso se trata de una acción *jurídica*, ya que pertenece al ámbito que es el Derecho. Es más, si no fuera una acción jurídica no podría ser calificada de ilícita (y tampoco de lícita), ya que tal calificación sólo es posible dentro de un sistema regulativo de la acción, si la acción realizada pertenece a dicho sistema. Piénsese además en otros tipos de reglas que aparecen también en los códigos penales, tales como las referentes a la capacidad penal y a sus limitaciones (problemática de la imputabilidad penal) o al marco espacio-temporal en que las reglas penales tienen validez. Es evidente que en el código penal se contienen gran cantidad de reglas deónticas, pero desde luego no sólo reglas deónticas. Las reglas ónticas y las técnicas tienen también un lugar destacado. Y en cualquier caso, aunque no fuera así, en nada se alteraría el problema de la «definición» de un orden jurídico, tal como ha sido expuesto. Una cosa es cuál sea el contenido de una determinada ley y otra muy distinta, cómo ha de ordenar el jurista el material que dicha ley le proporciona, pasando del «texto bruto» al texto hermenéuticamente construido (33).

En su argumentación, tendente a demostrar lo desatinado de mi idea de «definir» *un* orden jurídico atendiendo tan sólo a las reglas que yo denomino necesarias, desciende el prof. Rodilla a ocuparse del problema de la definición de la propiedad. Abandonando la problemática propia de la definición de un orden jurídico, pasa a ocuparse de una determinada institución. Este salto argumentativo no es legítimo por dos razones. Primero, porque no se puede poner al mismo nivel el problema de la definición de un orden jurídico con el de la definición de una institución. Y en segundo lugar, porque Rodilla reflexiona sobre la institución «general» de la propiedad, mientras que de lo que se trata es de discutir la cuestión de la definición de *un* orden jurídico concreto. Pues bien, a pesar de estos «desniveles» argumentativos, de cuya legitimidad hay que dudar, tampoco se le puede dar la razón en *lo que dice*.

Según mi crítico, «si el robo no estuviera prohibido, tampoco existiría la propiedad», por lo cual hay que concluir que el robo (o mejor, la prohibición del robo) forma parte de la definición de propiedad (34). Esta argumentación va dirigida a demostrar que las reglas deónticas, que son las que prohíben el robo, forman también parte de la definición de la propiedad, y por tanto, de la de un orden jurídico determinado. Dejemos de lado lo impropio del razonamiento, y vayamos a la argumentación misma. Si se parte de la premisa de que la definición de la propiedad implica la del robo y su definición, no veo por qué motivo habría que pararse ahí. Es evidente que sin jueces que dijeran cuándo hay robo y cuándo propiedad y sin policía que detuviera a los ladrones y protegiera a los propietarios, tampoco habría, según el mismo razonamiento, propiedad. Pero, a su vez, los jueces y la policía no existirían (o no podrían ser definidos) sin hacer referencia al Estado y a su organización interna, que establece que determi-

(33) ROBLES, *Trois types de règles dans de droit*, ya cit., pág. 340.

(34) Pág. 556.

nadas personas tienen competencia para juzgar y otras para poner las esposas a los ladrones. Y, continuando, para que efectivamente tal propiedad existiera, los jueces tendrían que dictar sus fallos y los ladrones habrían de ser encarcelados, para lo cual sería necesario todo el aparato de ejecución y los establecimientos correspondientes. Y así podríamos continuar casi indefinidamente. Si aceptáramos la premisa del profesor Rodilla, tendríamos que llegar a la conclusión de que para definir la propiedad habría que referirse no sólo al robo, sino también al hurto, al allanamiento de morada, al estado de necesidad, a la posesión, a la distinción entre cosas muebles e inmuebles, y todo lo dicho precedentemente más un largo etcétera. Rodilla se hubiera expresado mejor si hubiera dicho que si no existiese la prohibición del robo (y no sólo del robo sino de todos los delitos contra la propiedad) *no estaría garantizado* el ejercicio de las facultades que se insertan en la propiedad, y de la misma forma tendría que decir entonces que sin Estado, jueces, policía, etc., no estaría garantizado que la prohibición de los delitos contra la propiedad tuvieran grandes efectos. La prohibición del robo, junto a otras muchas, contribuye a garantizar la propiedad; incluso puede decirse que constituye un «reflejo» lógico de la existencia de la propiedad. Pero no menos «lógico» será también la existencia de jueces o de policía.

Creo sinceramente que en el problema de la definición de *un* orden jurídico el profesor Rodilla ha sacado mis argumentos de sus propias casillas, pretendiendo llevarlos hasta la frontera del absurdo. Pero en este juego es precisamente mi crítico quien utiliza razonamientos insostenibles, como acabo de mostrar. Cuando yo hablo de definición de un orden jurídico quiero decir algo bastante sencillo, para cuya comprensión no es preciso entrar en ningún laberinto de sinsentidos. Es evidente que un orden jurídico está compuesto por *todas* sus reglas y que, por tanto, saber en qué consiste en todas sus dimensiones conllevaría una enumeración de todas y cada una de tales reglas. Si alguien quiere llamar a esta enumeración definición de un determinado orden jurídico está en su derecho. Pero yo aplico el término definición en un sentido distinto, y creo tener buenas razones para hacerlo. Respecto de un juego determinado, puede decirse que los jugadores pueden jugar desde el momento que saben el contenido de sus reglas necesarias (reglas ónticas y técnicas), y eso aunque carecieran del conocimiento acerca de las reglas deónticas. Ciertamente jugarán torpemente, ya que incurrirán en infracciones en las que no hubieran incurrido en el caso de un conocimiento completo de todas las reglas del juego. A pesar de jugar «torpemente», sin embargo juegan, es decir realizan las acciones propias del juego. Aunque las reglas necesarias no agoten el ser completo del juego, lo «definen», puesto que ya ellas solas permiten la acción típica del juego. Este es el sentido que hay que dar a mi afirmación de que las reglas necesarias definen el ámbito óntico-práctico. Son esas reglas las que constituyen la estructura básica del ámbito, las que hacen posible la acción dentro del sistema. Definir éste, tal como yo utilizo la expresión, es limitarse a describir su estructura básica, y no negar la existencia de elementos deónticos. De igual manera, un orden jurídico puede «funcionar»

desde el momento en que se han establecido los elementos necesarios del ámbito. En rigor, puede comenzar a funcionar una vez establecidos los elementos necesarios decisivos, es decir, los órganos (u órgano) que han de generar el resto del sistema y los procedimientos para hacerlo. Por esta vía, nos acercamos a la idea de *Constitución* de un orden jurídico. La definición de un orden jurídico determinado sería así identificable con su *constitución*, en el sentido teórico-jurídico de esta palabra, y no en su sentido político.

14. *Sobre la reconstrucción hermenéutica de las reglas.* En varias ocasiones me echa en cara Rodilla la «arbitrariedad» de mis construcciones hermenéuticas y los «análisis especiosos» que suelen acompañarlas. Al parecer, si bien mi método lógico-lingüístico resulta «demasiado sencillo» para resolver algunos problemas —como el del mal denominado por mi crítico «validez» del Derecho—, en otras ocasiones parece ser realmente «especioso», lo que viene a querer decir «preciosista», y supongo que en el sentido negativo. Mi crítico me coloca así de nuevo ante una situación difícilmente superable, ya que me acusa de que mi método es sencillo y complejo al mismo tiempo. Para demostrar la especiosidad de mis análisis alude Rodilla a la regla del fútbol que «prohíbe» tocar el balón con la mano. El da por supuesto que se trata de una regla deóntica y que yo, mediante mis maquinaciones hermenéuticas (no sé si dolosas), la puedo retorcer en la cámara de tortura lingüística hasta convertirla en una regla óntica, y así hacerla entrar en la definición del fútbol. Pues bien, mi severo y querido crítico yerra una vez más su tiro. Como no se preocupa un ápice del concepto de acción que yo establezco, ni de la relación de la acción con las reglas, es muy difícil que vea que la solución que yo doy al problema que plantea es muy sencilla, sin necesidad de acudir a especiosidades. Cómo hay que jugar para que los movimientos realizados sean acciones del juego es algo que establecen las reglas técnicas, las cuales crean el procedimiento necesario. Ahora bien, si un determinado jugador no utiliza tal procedimiento, lo que pasa es que no juega. En el fútbol la regla técnica (y no óntica, por tanto) dice: todo jugador de fútbol, excepto el portero, tiene que utilizar todo el cuerpo, excepto brazos y manos, etc. Si alguien no lo hace así, sencillamente no juega.

Por lo tanto, estamos, en el ejemplo propuesto ante una regla procedimental que señala los requisitos necesarios de la acción, es decir, la acción genérica del juego. Para que un conjunto de movimientos pueda ser calificado como acción de fútbol, tiene que cumplir esos requisitos, y si no los cumple no hay tal acción. El movimiento consistente en parar el balón con la mano no es una acción del juego, ya que tal movimiento no se subsume en la acción genérica del juego. Parar el balón con la mano es, más bien, una interrupción de éste. El hecho de que se haya establecido que el balón pase a poder del equipo contrario en el mismo lugar donde se interrumpió el juego no hay que interpretarlo necesariamente como una pena. Esa interpretación responde a un análisis «especioso» del profesor Rodilla, y no a una derivación lógicamente necesaria. Si, a pesar de todo, se insistiera que

también hay una sanción y, por tanto, el incumplimiento de una regla deóntica, no por eso habría que abandonar la interpretación que propongo. El acto de parar el balón con la mano, realizado por un librecampista, supone, en relación con la regla técnica que establece el procedimiento, un acto nulo, una interrupción del juego. Si se entiende que hay, *además*, una «obligación lúdica» de no realizar ese movimiento, habría que pensar que junto a la regla técnica que establece el procedimiento hay *también* una regla deóntica que obliga a cumplirlo. Esta interpretación es desde luego algo forzada, pero podría ser admitida como hipótesis de trabajo. Tendríamos entonces el siguiente cuadro: Hay una regla o conjunto de reglas técnicas o procedimentales que establecen el procedimiento que necesariamente han de seguir los jugadores para jugar al fútbol. Se exige la utilización de todo el cuerpo, excepto brazos y manos. Si alguien para el balón con la mano, incumple la regla técnica, lo que equivale a decir que no realiza una acción de juego, no juega. Como consecuencia de ello, el juego se interrumpe. Para continuarlo o reanudarlo se conviene que el balón pase al equipo contrario, el cual utilizará el procedimiento establecido para continuar el juego. Con lo dicho hasta aquí se explica perfectamente el movimiento de parar el balón con la mano en un lugar del terreno de juego, fuera del área de castigo. En el caso del penalty, la explicación precedente también sería suficiente si se piensa que el lanzamiento del penalty es el procedimiento establecido dentro del área para continuar el juego. La palabra *penalty*, desde luego, hace referencia a la idea de sanción, pero eso no quiere decir que haya que interpretarlo necesariamente así. En todo caso, aun cuando hubiera que admitir que existe además una regla deóntica que «prohíbe» parar el balón con la mano, no por eso sería erróneo el análisis precedente. La acción en este caso no sólo sería nula, sino también ilícita.

15. *El problema de las reglas potestativas*. En el capítulo de mis «reconstrucciones hermenéuticas no controladas» (35) sitúa Rodilla el tema de la naturaleza de las reglas potestativas, que ciertamente es preciso reconocer que plantea en sí problemas no insignificantes. Pero el modo en que mi crítico despacha el tema y la manera algo brusca de su expresión dejan, desgraciadamente, en la sombra lo que creo debería haber sido el modo correcto de operar. Rodilla debería haber hecho una crítica extensa de todas mis reconstrucciones hermenéuticas «no controladas». Quiero decir: Si realmente piensa en la artificiosidad de mi manera de concebir las reglas del Derecho, tendría que haberla demostrado respecto de *todos* los tipos de reglas, y no referirse sólo a uno. Pero además tampoco se aproxima al problema de las reglas potestativas con la objetividad y carencia de prejuicios que cabría esperar. No se puede entender lo que digo en este tema sin conectarlo con el concepto de competencia, tal como está desarrollado en el cap. III de mi libro. Está claro que Rodilla piensa este concepto tal como es usual, es decir, como *poder* de hacer algo. Si se hubiera detenido un poco en averiguar qué entiendo yo por competencia, sus apreciaciones probablemente hubiesen sido más benévolas (36). Igualmente me ha llamado

(35) Pág. 566, n. 13.

(36) *Reglas*, págs. 65 y ss.

la atención que pase por alto mis explicaciones diferenciadoras entre el poder propio de la competencia y el del permiso (37), siendo también muy chocante el que no diga una palabra sobre este último (38).

16. *Toda norma es hipotética* (39). Así reza uno de los epígrafes de mi libro. La idea es simplemente ésta: una regla deóntica no es sino el deber que en ellas se expresa; todo deber es condicionado; luego, la regla deóntica o norma es siempre hipotética. No acepto la distinción entre las llamadas normas categóricas y las normas hipotéticas. Creo que el profesor Rodilla no ha captado bien lo que expongo al respecto, puesto que él reconduce el problema a la necesidad de que la hipótesis recoja «un propósito en relación con el cual el mandato tuviera necesidad práctica» (40). Mi idea es otra: el deber es siempre condicionado porque va dirigido a alguien que se encuentre en determinada situación. Las condiciones que han de cumplir el sujeto destinatario como tal y la situación en que se ha de encontrar son condiciones del deber y, por consiguiente, de la regla deóntica. Pueden verse los ejemplos citados en el libro (41).

17. *Sobre la distinción entre reglas constitutivas y regulativas, de J. Searle*. Según mi crítico, la tipología que yo establezco de reglas ónticas, técnicas y deónticas es, por decirlo así, una concepción que tiene su antecedente más claro en la conocida distinción del filósofo del lenguaje John Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Rodilla propone, en el cuadro 1, que mis reglas ónticas y mis reglas técnicas son reglas constitutivas en el sentido de Searle, y que mis reglas deónticas son reglas regulativas en el sentido también de Searle. Con ello, creo que tergiversa tanto el planteamiento de Searle como mi propia concepción. La raíz de la tergiversación radica en que Rodilla pasa por alto el carácter dispar del planteamiento de Searle y el mío propio. Baste decir que para Searle el ejemplo característico de reglas constitutivas son las reglas de los juegos, mientras que yo distingo *dentro* de las reglas de los juegos los tres tipos mencionados. Además, Searle ni se plantea el problema de la naturaleza lingüística de las reglas (y eso, a pesar de ser un filósofo del lenguaje), mientras que mi análisis es, básicamente, un análisis lógico-lingüístico. La distinción de Searle afecta más bien a sistemas enteros de reglas de tal manera que él tiene interés en subrayar que hay sistemas de reglas constitutivas y sistemas de reglas regulativas. Ejemplo de los primeros son los juegos y de los segundos las reglas de etiqueta. Por el contrario para mí la distinción es analizable dentro de los diversos sistemas.

Quizá no es éste el lugar adecuado para adentrarnos en la obra de Searle pero sí es preciso hacer algunas consideraciones sobre el tema que nos ocupa, no ya en referencia a las afirmaciones del profesor Rodilla sino en torno al esquema básico de Searle. La finalidad de este autor consiste en explicitar qué quiere decir que los actos de habla son actos sometidos a

(37) *Reglas*, págs. 210 y ss.

(38) *Reglas*, págs. 205-216.

(39) *Reglas*, págs. 185 y ss.

(40) Pág. 562, n. 10.

(41) *Reglas*, pág. 186.

reglas. En conexión con la distinción entre «hechos brutos» y «hechos institucionales», ya de por sí poco aclarada en la obra de Searle, introduce su tipología de reglas: constitutivas y regulativas. Las primeras son aquellas que regulan formas de conducta que existen independiente o antecedentemente, de tal manera que la conducta puede ser descrita con independencia de la regla; tienen forma imperativa. Por el contrario, las reglas constitutivas no regulan meramente, sino que crean o definen nuevas formas de conducta, constituyendo (y también regulando) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas. «Algunas», dice Searle, no tienen forma de imperativo; poseen carácter «casi tautológico», son «definiciones». Ejemplo de reglas regulativas son las reglas de etiqueta (como «los oficiales deben llevar corbata en la cena») y otras del tipo «cuando cortes alimentos, mantén agarrado el cuchillo con la mano derecha». Ejemplo de reglas constitutivas son, característicamente, las reglas de los juegos (42).

Lo primero que salta a la vista en la exposición de Searle es su confusión terminológica y su ambigüedad constante. En lo que al primer aspecto se refiere, ni aclara qué quiere decir exactamente con el término regla ni tampoco lo que ha de entenderse con la palabra sistema; exactamente igual sucede con su aplicación del término «institución» a todo lo que no es «bruto». Por lo que se refiere a la ambigüedad, ésta salta a la vista en el tema de las reglas que nos ocupa. Así, por ejemplo, dice que las reglas constitutivas son aquellas que «constituyen (y también regulan) una actividad», lo cual parece querer decir (o al menos esa parece ser la interpretación más plausible) que las reglas constitutivas son también, y al mismo tiempo, reglas regulativas, por lo que el sentido de la distinción, tal como la formula Searle, se desvanece. Claro que Searle no extrae esa clara conclusión, resultando por ello ambiguo su planteamiento. Esta ambigüedad confusionista se manifiesta también cuando afirma que «algunas» reglas constitutivas no tienen forma de imperativo, lo cual quiere decir evidentemente que algunas otras sí lo tienen. Si la forma imperativa constituye un carácter diferenciador de las reglas regulativas respecto de las constitutivas, debería haber aclarado cómo así hay también reglas constitutivas que también lo poseen. Y de igual forma, debería haber aclarado qué quiere decir cuando afirma que las reglas constitutivas tienen carácter «casi tautológico». Mi severo crítico reconocerá que mis exposiciones del concepto de regla y de sus tipos, además de apuntar a objetivos diferentes y de tener planteamientos dispares, son notablemente más extensas (y por tanto es de esperar que más detalladas) que las breves anotaciones de Searle, y además mucho menos ambiguas y confusas. Por lo demás, el propio Searle no está muy seguro de lo que sostiene, pues afirma: «Estoy bastante seguro de la distinción, pero no la encuentro fácil de clarificar» (43).

En mi esquema los tres tipos de reglas son a la vez constitutivas y regulativas. Constitutivas porque crean algo. Así, las reglas ópticas constituyen

(42) SEARLE, *Speech Acts, An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press, 1969 (reimp. 1984), págs. 33 y ss.

(43) *Ibid.* 33: «I am fairly confident about the distinction, but do not find it easy to clarify».

los elementos ónticos de carácter necesario, las técnicas los elementos dinámicos de carácter necesario (procedimiento) y las deónticas constituyen los elementos posibles de la deonticidad (deberes). Y son regulativas, porque todas ellas regulan la acción, las reglas ónticas indirectamente, y las reglas técnicas y deónticas directamente. Como se ve, aunque mi distinción *suene* parecido a la de Searle, no pueden ser más contrapuestas.

18. *Comentario del cuadro 1.*

a) Donde dice «referencia directiva a *la conducta*» debe decir «referencia directiva a *la acción*». Yo distingo claramente acción y conducta (44). Este error se desliza en la exposición de Rodilla varias veces, quien en ocasiones utiliza la expresión «acción social», incorrectamente, para referirse a la acción de un ámbito. Como ya he señalado, considero la teoría de la acción como un elemento clave para comprender muchos aspectos de mi concepción.

b) Donde dice —para referirse a las reglas ónticas— «indirecta: crea *el ámbito*» debe decir «indirecta: crea *los elementos estáticos del ámbito*», o bien: «indirecta crea *los elementos necesarios de carácter estático del ámbito*». Esta última formulación es la más correcta. Considero muy desacertada la formulación de Rodilla. El ámbito es *todo* el sistema. Las reglas ónticas no crean todo el ámbito, sino sólo determinados elementos necesarios, los de carácter estático.

c) Donde dice —refiriéndose a las reglas técnicas—: «directa: establece *conducta necesaria para acción válida*» se muestra de nuevo la incompreensión del concepto de acción y del de conducta. La regla técnica crea el procedimiento que *es* la acción. La conducta es la acción debida. Debe de decir algo sí como: «directa: establece la acción:», o bien: «directa: establece los requisitos o elementos necesarios de carácter dinámico del ámbito». Repito lo que he dicho varias veces antes: Rodilla da la impresión de olvidarse por completo del cap. III.

d) Donde dice —para referirse a las reglas deónticas o normas—: «directa: establece *conducta debida*», debe decir: «directa: establece *acción debida*» o bien: «directa: establece *conducta*» ya que conducta y acción debida es lo mismo. Pero mejor aún sería: «establece *deber*».

e) Hay que añadir aquí que Rodilla no entra para nada, ni en el texto de su crítica ni en sus cuadros, en el tema de la tipología de reglas deónticas que expongo en el libro (45), y que denomino, respectivamente, normas de conducta (entendiendo aquí esta palabra en su sentido más estricto), normas de decisión y normas de ejecución. Un cuadro más completo debería aludir a estas distinciones.

f) Igualmente, deberían haber sido introducidos en el cuadro los distintos tipos de reglas ónticas a los que aludo en el cap. VIII, así como los posibles modelos de reglas técnicas que aparecen aquí y allá en el libro.

(44) *Reglas*, pág. 88.

(45) *Reglas*, págs. 189 y ss.

Rodilla también se olvida, sorprendentemente, del cap. VIII, en el cual se establecen precisamente tipologías funcionales, que tanto le preocupan.

g) Donde dice «consecuencia de inobservancia» debe decir «consecuencia del incumplimiento», o mejor aún: «resultado del incumplimiento».

h) Donde dice «sanción» debe decir simplemente «infracción del deber», aunque teniendo en cuenta las matizaciones introducidas en las páginas 183 y ss. de mi libro. Allí puede leerse: «Respecto del incumplimiento de la norma (...) sucede cuando el comportamiento fáctico del destinatario no se adecúa a la acción exigida como debida, esto es, cuando tal comportamiento no es un «caso» de ésta. Se habla entonces de infracción o violación de la norma, y de infracción o violación del deber. En realidad, no se produce ninguna fractura ni violación de la norma o del deber, ya que éstos permanecen incólumes a pesar del incumplimiento. Constituyen éstas más bien expresiones figuradas para señalar enfáticamente que la norma no ha sido acatada. Es evidente que tanto la norma como el deber mantienen su propia validez, a pesar del incumplimiento. Cuando se dice de la norma que es, por su propia naturaleza, infringible, no se quiere decir sino que es posible tanto su cumplimiento como su incumplimiento, puesto que expresa un deber y el deber supone, no la necesidad sino la posibilidad.

En mi estudio «Norma y regla técnica» he sostenido que el «efecto» de la infracción de la norma es la imposibilidad de una sanción, esto es, de la privación de algo que comúnmente se considera como un bien. Esta afirmación hay que matizarla, ya que si bien es verdad que, por lo general, en lo que respecta a los ámbitos óntico-prácticos las normas van enlazadas a las sanciones imponibles en caso de infracción, eso no ocurre necesariamente siempre, y por otra parte, no ocurre en absoluto en los ámbitos prácticos o, al menos, en algunos de ellos, singularmente en la moral» (46).

Y a continuación se desarrolla en el libro todo lo relativo a la coactividad en conexión con los tres tipos de reglas deónticas (normas de conducta, de decisión y de ejecución) llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones:

1. La sanción no es elemento esencial de la regla deóntica.

2. El orden jurídico prevé sanciones; eso quiere decir tan sólo que en general existen normas del tipo N (3) (normas de ejecución) conectadas con normas del tipo N (2) o normas de decisión, las cuales a su vez apoyan, por decirlo así, el cumplimiento de la norma de conducta, que son las normas del tipo N (1).

3. Pueden existir, y existen, normas de conducta (del tipo N 1) que no están conectadas con normas de decisión (del tipo N 2) y, por tanto, no prevean ninguna decisión de la autoridad en el supuesto de que sean incumplidas.

4. De igual modo, pueden existir normas de conducta (del tipo N 1) conectadas con normas de decisión (del tipo N 2), pero *no* conectadas con

(46) *Reglas*, pág. 183.

normas de ejecución (del tipo N 3), lo que permite pensar que aun cuando haya decisión de la autoridad competente que ordena imponer una sanción, ésta no tiene posibilidad de producirse ya que no existe la norma de ejecución correspondiente.

El profesor Rodilla ha pasado por alto esta parte del libro, que considero muy importante para entender el concepto de regla deóntica. Mi crítico sigue pensando, de acuerdo en esto con las concepciones más usuales, que la «consecuencia de la inobservancia» de las normas es «la sanción». Y está en su perfecto derecho de pensar así, Pero no de atribuirme a mí tal idea.

i) Donde dice «carácter de la regla en relación con *las acciones*» debe decir: «carácter de la regla en relación con *la acción constitutiva del ámbito*». Es preciso eludir la expresión «*las acciones*», puesto que es obvio que hay acciones que no lo son del ámbito. Ya he señalado que en la exposición de Rodilla se deslizan aquí y allí expresiones que tienden a causar confusión sobre el significado de la acción. Así, por ejemplo, habla en varias ocasiones de «*acciones sociales*» para referirse a acciones propias de un determinado ámbito. Tal terminología no es correcta, ya que desde el punto de vista del ámbito, sea de los juegos o del Derecho, las acciones no son sociales, sino lúdicas y jurídicas. Que además sean sociales, porque sobre ellas puede hacerse una «lectura» distinta, es un problema muy interesante, que sin embargo yo no me planteo en el libro ni Rodilla en su crítica.

j) A continuación introduce Rodilla en su cuadro la distinción de Searle reglas constitutivas-reglas regulativas, que, como ha expuesto, él considera paralela a la de reglas ónticas, técnicas y deónticas. Aun a riesgo de ser reiterativo, interesa dejar sentadas nuevamente las diferencias sustanciales. Para mí, tanto las reglas ónticas como las técnicas y las deónticas son «regulativas» y «constitutivas» *al mismo tiempo*. Regulativas ¿de qué? De la acción. Las reglas ónticas son reglas regulativas de carácter indirecto, las técnicas y las deónticas de carácter directo. Se llaman precisamente reglas, porque regulan. Toda regla es regulativa. El calificativo de Searle es, por tanto, un pleonasma, no teniendo sentido aplicarlo a un tipo de reglas y no a otros. Pero, al mismo tiempo, tanto las reglas ónticas como las reglas técnicas y las deónticas son «constitutivas» puesto que constituyen o crean algo. Yo prefiero hablar de creación. Las ónticas crean los elementos necesarios del ámbito que son previos a la acción, no la acción. Las reglas técnicas son, sí, las que crean la acción misma; son, si quiere Rodilla, las reglas constitutivas de la acción, porque ésta es el procedimiento y la regla técnica crea el procedimiento. Por último, las reglas deónticas «constituyen», crean, establecen los deberes. La distinción constitutivo-regulativo, para referirse a las reglas, me parece, por todo lo dicho, algo confusa. Por eso, preferiría que no se aplicara a mi tipología, pues aunque «suenen parecido» son algo muy distinto. En todo caso, si a pesar de todo se perseverara en aplicar tal terminología, el calificativo «constitutiva», como sinónimo de «creadora», para referirse a la acción corresponde a la regla técnica, que es la que establece los requisitos

necesarios de la misma, o mejor aún, la acción misma puesto que la acción no es sino el procedimiento.

k) Donde dice «relación con la definición *del* ámbito» debe decir «relación con la definición de *un* ámbito *determinado*», como por ejemplo un determinado juego o un determinado orden jurídico. Con respecto a la definición de un determinado ámbito óntico-práctico, las reglas ónticas y las técnicas son reglas necesarias, mientras que las reglas deónticas son no necesarias (véase la explicación precedente). Si se mantiene igual el cuadro inferior de la izquierda, esto es, «relación con la definición *del* ámbito», entonces las reglas ónticas, las técnicas y las deónticas son, todas ellas, necesarias, aunque aquí este término tiene una significación distinta que el que posee cuando nos referimos a un determinado orden. Todo ello ha de ser entendido en conexión con el problema de la definición del que me he ocupado anteriormente.

19. *Comentario del cuadro 2.* Este cuadro presenta tergiversaciones aún más graves que el cuadro precedente. Algunas de ellas son las siguientes:

a) Se sitúa al mismo nivel las leyes naturales, las leyes lógicas y las reglas ónticas, desconociendo así el carácter prescriptivo o vectorial de todo tipo de reglas y, por consiguiente, también de las reglas ónticas. Mientras que las leyes naturales y las leyes lógicas se expresan mediante un verbo ser descriptivo de la realidad preexistente (realidad natural, realidad lógica), las reglas ónticas son, ellas mismas, las que crean la realidad, en su caso la realidad convencional.

b) La «expresión de la necesidad» no sólo se reduce a las reglas ónticas. También las reglas técnicas son expresión de la necesidad.

c) El cuadro desconoce la distinción entre reglas técnico-convencionales que son derivación de reglas ónticas y reglas técnico-convencionales creadas directamente como tales y que ni son derivación de reglas ónticas ni son traducibles en términos de reglas ónticas.

d) La teoría de los ámbitos óntico-prácticos no sólo integra a las reglas ónticas y a las técnicas sino también a las reglas deónticas o normas. Mi libro, que es una teoría de los ámbitos óntico-prácticos, creo que da clara muestra de que las reglas deónticas también existen en ellos. Es absurdo que Rodilla excluya de ellos el deber ser.

e) Los ámbitos óntico-prácticos no son sólo expresión del ser sino también del tener y del deber. Su naturaleza es compleja, no siendo aquí aplicable en modo alguno el esquema neokantiano que al parecer pretende mi crítico encasquetarme como sea. La dicotomía ser-deber ser como dicotomía global que abarca todo el conjunto del cuadro, constituye el más craso error de interpretación de mi libro.

LA RECEPCION DE RAWLS EN ESPAÑA

JESUS IGNACIO MARTINEZ GARCIA
Zaragoza

Me propongo en este estudio dar cuenta, hasta donde tengo conocimiento, de las aportaciones españolas hasta 1985 a la ya abigarrada bibliografía sobre Rawls, comentando algunos de los aspectos que considero más interesantes o discutibles.

En poco más de una década se ha pasado de unas referencias vacilantes y ocasionales a lo que constituye uno de los mayores esfuerzos de nuestros días por ahondar en el problema de la justicia, a una cierta floración que nos va aproximando, al menos cuantitativamente, a lo ya ocurrido en Italia y Alemania, aunque en nuestro caso ha habido un cierto y comprensible retraso. Dada la dispersión bibliográfica, debida en parte a los múltiples intereses que Rawls está suscitando, es probable que desconozca la existencia de alguna aportación, incluso valiosa, al estudio de este autor. Y como yo mismo he tomado parte activa en este proceso mi perspectiva tiende a colocarse desde dentro, con las ventajas y con los riesgos que se le puede suponer.

La teoría de Rawls ha tenido internacionalmente un éxito fulgurante, aunque todavía sea pronto para conocer su verdadero peso específico, lo que hay en ella de fecundo o de direcciones estériles. Ha sido un detonante formidable en un mundo analítico saturado de metáética y es de esperar que a medida que nos va llegando la onda expansiva tenga un efecto vitalizador para nuestras muchas veces entecas discusiones en torno a la justicia.

Su éxito no está basado en el escándalo o en ningún tipo de sensacionalismo, como las astucias y mordacidad del anarquismo libertario de Nozick y sus críticas a las políticas redistributivas en nombre de la *entitlement theory* o al intervencionismo estatal en nombre del *minimal State*. Su poder de seducción deriva más bien de su clasicismo, de su coherencia y ortodoxia, y no de sus elementos de transgresión. Planea majestuosa y solemne, y también hay que decir que un tanto pesadamente, lejos de toda actitud desafiante, sin más provocación que las pausadas argumentaciones de la *original position* y el deseo de una *well ordered society*.

En todo este fenómeno hay mucho de crecimiento bibliográfico un tanto artificial movido por un mundo académico competitivo, ávido de novedades. Pero es también la respuesta natural a un enorme esfuerzo teórico que a lo largo de muchos años ha ido edificando pacientemente una obra de gran ambición y dimensiones, que une viejos elementos de la tradición iusnaturalis-

ta con algunas de las más modernas aportaciones no sólo del pensamiento filosófico sino también de la sociología, psicología y teoría económica, en una obra verdaderamente interdisciplinar.

Entre nosotros no ha habido verdadera polémica, pues los trabajos de más envergadura son casi contemporáneos y no discuten entre sí, aunque, como se verá, las interpretaciones no son siempre coincidentes. Hay mucho de recepción, de información cuidada, de introducción de una temática aunque con talante bastante crítico. El tono general es reticente, con algo de distanciamiento manierista, sin que predominen las adhesiones ni los entusiasmos. Todavía no puede hablarse de estratos bibliográficos, que por otra parte tampoco he detectado en la bibliografía extranjera, aunque sí se nota cierta presencia de la monografía, consecuencia del género tesis doctoral, que no se observa entre los anglosajones pero sí en Italia y Alemania. El *tempo* bibliográfico, como puede imaginarse, es muy distinto de la eclosión extranjera.

En ciertos ambientes comienza a estar de buen tono hablar de Rawls, algunas veces como coletilla de óidas, que nunca está de más para concluir un trabajo con una bella cita. Invocar a Rawls sirve para hablar de ciertos problemas abandonando algunos nombres muy manidos y puede dar un cierto aire de modernidad, cuando la confusa etiqueta de modernización parece haberse convertido últimamente entre nosotros en uno de los principales aspirantes a principio legitimador del derecho. Por el contrario, en otros círculos, Rawls es el representante oscuramente presentido, ya que no siempre bien leído, de un aborrecible neoliberalismo en donde Reagan, la Escuela de Chicago y otros nombres acuden por asociación de ideas.

Comenzaré con una exposición de datos bibliográficos, manteniendo cierta progresión cronológica, aprovechando luego, ya con más libertad, para detenerme en el examen y discusión del tratamiento dado a algunas cuestiones, principalmente de carácter metodológico e ideológico.

El primer estudio español sobre la obra de Rawls de que tengo noticia es el debido a E. Albi, que aparece precisamente en el campo de la teoría económica interesándose por la utilización que se hace de la *game theory* en cuestiones de justicia distributiva (1). En el ámbito filosófico la primera referencia supongo que es el breve comentario de J. Rodríguez Marín, *La teoría del contrato social rediviva* de 1975 (2). Allí se daba cuenta esquemáticamente de los rasgos fundamentales del pensamiento de Rawls y del debate originado, recogiendo las críticas que Lyons le hizo a poco de publicarse *A Theory of Justice* y que dieron lugar a una respuesta del propio Rawls (3). En aquel momento sólo podía leerse en español un viejo trabajo de Rawls,

(1) Cfr. E. ALBI, «La teoría de la justicia de Rawls y el criterio redistributivo maxi-min», en *Revista Española de Economía*, mayo-agosto (1974), páginas 33-46.

(2) Cfr. J. RODRÍGUEZ MARÍN, «La teoría del contrato social rediviva», en *Teorema*, vol. V-1 (1975), págs. 109-116.

(3) Se trata del trabajo de D. LYONS, «Rawls versus utilitarianism», en *The Journal of Philosophy*, LXIX, 18 (1972), págs. 535-544, contestado por J. RAWLS, «Reply to Lyons and Teitelman», en *ibidem*, págs. 556 y s.

Dos conceptos de reglas, incluido en un *reading* de filosofía analítica recopilado por Philippa Foot, cuya traducción se había publicado el año anterior (4). Este trabajo, lleno de sutilezas analíticas, fue publicado originalmente en 1955 y no estaba destinado a ocupar un lugar decisivo en el pensamiento de su autor. Dedicado a distinguir entre justificar una «práctica» y justificar una acción particular que cae dentro de ella, y con un punto de vista de corte utilitarista, no se adivina en él casi nada de lo que luego sería la teoría de la justicia.

Precisamente este estudio, aparecido de manera un tanto furtiva, dio pie a un eco lateral del pensamiento de Rawls, el primero en la filosofía jurídica española, en el trabajo de J. J. Gil Cremades, *Razón práctica y razón jurídica* de 1977 (5). En ese mismo año J. Muguerza publicó *La razón sin esperanza*, en cuyo último capítulo, *A modo de epílogo: Últimas aventuras del preferidor racional*, se detiene en tono un tanto desenfadado en varios aspectos de la posición originaria y la idea de imparcialidad, conectándola con la tradición utilitarista (6). A propósito del viejo problema de cómo racionalizar nuestras preferencias morales, comenta las condiciones de validez universal, información suficiente y libertad frente a restricciones internas y externas, que definen el observador ideal o preferidor racional, una de cuyas variantes sería la posición originaria de Rawls, lamentando la idealidad de este tipo de planteamiento que lo hace inoperante. Esta visión me sigue pareciendo más sugestiva que la que posteriormente ha dado su autor, creo que menos crítica de sus planteamientos y más receptiva a los elementos de idealización, considerando la teoría de Rawls como una ética de carácter dialógico (7). Mientras tanto, desde preocupaciones de teoría económica A. Casahuga publicaba su documentado artículo *La polémica en torno a la Teoría de la Justicia de John Rawls*, aportando además una valiosa selección de trabajos sobre Rawls, que tanto interés había despertado ya entre los economistas preocupados por los problemas del *Welfare State* (8). También en 1977 apare-

(4) Se encuentra en las págs. 210 y s. de Ph. FOOT (ed.), *Teorías sobre la ética*, trad. M. Arbolí, F.C.E. (México-Madrid-Buenos Aires, 1974).

(5) Cfr. J. J. GIL CREMADES, «Razón práctica y razón jurídica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 17 (1977), págs. 1-24. La referencia a Rawls se encuentra en pág. 20.

(6) Cfr. J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza*, Taurus (Madrid, 1977). Trata de Rawls en págs. 251 y s.

(7) Me refiero a J. MUGUERZA, «Entre el liberalismo y el libertarismo (Reflexiones desde la ética)», en *Zona Abierta*, 30, enero-marzo (1984), págs. 1-62, que se anuncia como el capítulo V de un próximo libro del autor, *Desde la perplejidad*. Siendo parte de una obra más amplia es posible que ciertas ideas adquieran matices diferentes una vez considerado el conjunto.

(8) Cfr. A. CASAHUGA, «La polémica en torno a la Teoría de la Justicia de John Rawls», en *Hacienda Pública Española*, 48 (1977), págs. 295-305. En la sección documental de ese mismo volumen se encuentran las siguientes traducciones: S. S. ALEXANDER, «La evaluación social mediante elecciones simuladas», págs. 337-354; J. M. BUCHANAN, «Una interpretación hobbesiana del principio de la diferencia de Rawls», págs. 326-336; J. M. BUCHANAN y W. C. BUSCH, «Restricciones políticas en la redistribución contractual», págs. 321-325; J. C. HARSANYI, «¿Puede el principio maximin servir como base ética? Una crítica a la teoría de John Rawls», págs. 305-321. El año anterior había aparecido el conocido libro de A. K. SEN, *Elección colectiva y bienestar social*, trad. F. Elías Castillo, Alianza, (Madrid 1976), que trata sobre Rawls en págs. 167 y s.

ció la traducción del conocido libro de D. Bell *Las contradicciones culturales del capitalismo*, que se detiene agudamente en ciertos aspectos del pensamiento de Rawls, criticando entre otras cosas su limitación al problema de la redistribución olvidando el crecimiento económico, resultando así una teoría para una situación estacionaria (9).

En este momento todavía la presencia de Rawls en nuestra bibliografía era incipiente, sólo tanteos si lo comparamos con la situación no ya en el mundo de lengua inglesa, sino en Alemania e Italia (10). Mientras que durante esos años se había desencadenado una espectacular bibliografía secundaria y se contaban ya por cientos los artículos dispersos en casi todas las revistas de filosofía del mundo, en España se estaban dando los primeros pasos. Esta desproporción entre una bibliografía abrumadora y el carácter casi inédito del tema entre nosotros resultaba muy patente al aparecer el artículo de C. R. Alba Tercedor y F. Vallespín *El neocontractualismo de «A Theory of Justice» de John Rawls: una introducción a la literatura*, que aportaba junto a una breve presentación del tema y del debate con Barry, Nozick y Wolff, valiosa y extensa bibliografía, fundamentalmente en lengua inglesa (11). En estos años el pensamiento de autores como Quine, Piaget y Chomsky, que tanta importancia tienen en la formación del sistema conceptual de Rawls, resultaba parcialmente accesible en español, y se contaba ya desde hacía algún tiempo con valiosos trabajos de información sobre la plural filosofía analítica en que se inserta nuestro autor, aunque escaseaban las traducciones de obras de ética anglosajona (12).

En 1979 se publica la a veces un tanto descuidada y desconcertante traducción española de *A Theory of Justice* realizada por María Dolores González, que desgraciadamente no ha conservado el excelente índice de materias del original (13). Si por una parte una traducción es una grata noticia, pues es una condición para que un pensamiento se difunda y llegue a formar parte de nuestro mundo cultural, en este caso ha sido también un elemento causante de cierta distorsión que iba a dar más de un quebradero de cabeza a los bien intencionados lectores de Rawls. Aunque así se facilita el manejo de una obra tan extensa para quien no lee cómodamente el inglés, es una

(9) Cfr. D. BELL, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, trad. N. A. Míguez, Alianza (Madrid, 1977), págs. 254 y s.

(10) Sirven de ejemplo las bien conocidas colecciones de artículos ya publicadas por entonces: N. DANIELS (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' «A Theory of Justice»*, Basic Books, (New York, 1975), XXXII-352 pág.: O. HÖFFE (ed.), *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*, Surhkamp, (Frankfurt am Main, 1977), 303 págs.; el número 65-66 (1977) de la revista italiana *Biblioteca della libertà*. Sin embargo, en Francia nunca ha habido verdadero interés por estas cuestiones, como por otras muchas de las relacionadas con la filosofía del derecho.

(11) Cfr. C. R. ALBA TERCEDOR y F. VALLESPÍN, «El neocontractualismo de 'A Theory of Justice', de John Rawls: una introducción a la literatura», en *Revista de Estudios Políticos*, 8, marzo-abril (1979), págs. 233-250.

(12) Pienso en las contribuciones en el ámbito de la filosofía analítica de J. Ferrater Mora, M. A. Quintanilla, V. Camps, E. Guisán, M. Santos, entre otros.

(13) Cfr. John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. M. Dolores González, Fondo de Cultura Económica (México-Madrid-Buenos Aires, 1979), 654 págs.

traducción no tan rigurosa como se hubiera deseado, a veces insegura y sintácticamente defectuosa, y sobre todo no recoge exactamente la versión inglesa (14). Hay ciertas discrepancias —ampliaciones, párrafos que faltan en la traducción española o que aparecen con variaciones—, lo que ocasiona perplejidad e incluso indignación en el estudioso que se ve obligado a relativizarla como material peligroso para su trabajo crítico. Y no se encuentra ninguna nota explicativa sobre estas divergencias, que el lector va descubriendo por su cuenta con cierto sobresalto, haciéndose además referencia entre los datos técnicos a una primera edición en inglés de 1971, mientras que en la inglesa de 1973 la primera publicación se sitúa en 1972, siendo 1971 únicamente la fecha del *copyright* y del prólogo de Rawls (15). Todo hacía sospechar que la versión inglesa citada por toda la bibliografía era la definitiva y así lo supusimos varios de los que estábamos entonces estudiando el pensamiento de Rawls, pareciendo la traducción española poco fiable e incluso enigmática, pues los descuidos de su autora tampoco eran una explicación plausible de las numerosas variantes. Yo imagine que podría deberse a que la traducción se realizó sobre una primera edición de la obra de Rawls que éste modificó después sin avisarlo. La fecha del original consignada en la edición española, el proceder de Rawls propenso a introducir retoques y la información proporcionada por él mismo de que en el largo período de gestación de su teoría habían circulado un tanto privadamente versiones provisionales sometidas a la crítica de estudiosos, podía llevar a pensar en alguna versión previa ligeramente diferente, explicación que tampoco era muy satisfactoria, pues no aclaraba por qué se tomó una versión distinta de la que parecía definitiva y posterior como base de una empresa de traducción en cierto modo ambiciosa, tratándose de una obra tan extensa y con un círculo más bien restringido de posibles lectores (16).

El misterio se ha desvelado con un artículo un tanto detectivesco de María José Agra informando que gracias a la buena disposición de la editorial traductora ha podido comprobar que las modificaciones se deben a una revisión que hizo el mismo Rawls, sin que extrañamente se indique en ninguna parte, a pesar de lo cual aconseja que el lector se atenga a la versión inglesa para sortear las confusiones e imprecisiones de la traducción, alguna de las cuales detecta pacientemente (17). Todo esto resulta un poco sorprendente y es

(14) Me refiero a la más accesible, la de la *Oxford University Press paperback* (London-Oxford-New York, 1973), que yo he manejado, cuyas páginas coinciden con la edición, también muy citada, de la *Harvard University Press* (Cambridge, Mass., 1972).

(15) Cfr., por ejemplo, M. JIMÉNEZ REDONDO, «A propósito de la versión castellana de la obra de John Rawls *A Theory of Justice*», en *Teorema*, vol. XI-2-3 (1981), págs. 231-239.

(16) En mi libro *La teoría de la justicia de John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1985), se sugiere esta posibilidad en la página 6, nota 10. En la pág. 139, nota 150, pensaba que Rawls había suprimido un párrafo que me resultaba un tanto incómodo de la interpretación kantiana de su teoría, que aparece en la versión española, pero no en la inglesa. Estas hipótesis, por lo demás marginales, hubiera debido modificarlas tras aparecer el trabajo de María José Agra en el largo intervalo transcurrido entre la redacción de mi estudio y su publicación.

(17) Cfr. María José AGRA ROMERO, «¿Es la versión castellana de *A Theory*

un hecho lamentable, pues el lector de la versión española, renqueante y desaliñada, no puede sospechar que el original está escrito en un inglés sobrio, equilibrado y transparente, en ocasiones de cierta belleza. La obra de Rawls no merecía haber acumulado a sus considerables tensiones internas la tortura de un lenguaje inconexo y ortopédico. Críticas que, por otra parte, tampoco olvidan lo mucho que el esfuerzo de traducción de María Dolores González ha contribuido a la difusión de este pensamiento entre nosotros.

Los preocupados por cuestiones de objeción de conciencia y desobediencia civil pueden leer las páginas de la *Teoría de la Justicia* dedicadas a estos problemas en una traducción diferente, más fluida aunque no totalmente satisfactoria (18). Actualmente Miguel Angel Rodilla está preparando una traducción de los más significativos artículos de Rawls, con lo que el lector español va a tener fácil acceso a la casi totalidad de su obra, cosa que creo no ocurre en otros países europeos. Entre estos trabajos se encuentra el importante *Kantian Constructivism in Moral Theory* que supone un reajuste casi subrepticio de ciertos aspectos de su teoría, al cabo de una década de críticas y reflexiones (19).

Dentro del fenómeno de difusión y aceptación del pensamiento de Rawls hay que notar que al margen de la literatura especializada ya comienza a ocupar un lugar importante en manuales y libros utilizados como texto en las Facultades de Derecho, junto con los autores clásicos, lo que es decisivo para entrar a formar parte de la cultura jurídica media. Entre nosotros fue pionero en este sentido José M. Rodríguez Paniagua, que en la cuarta edición de su *Historia del Pensamiento jurídico* de 1980, incluía ya un capítulo dedicado a Rawls, con una exposición muy ponderada de su pensamiento, intentando situarlo enlazando con los clásicos del contractualismo —Hobbes, Locke, Rousseau y Kant—, en un momento en el que la bibliografía española sobre el tema era escasísima (20). Ese mismo año aparecía en la Argentina

of Justice de J. Rawls una versión modificada?», en *Teorema*, vol. XIII/1-2 (1983), págs. 273-283.

(18) Se trata de los párrafos 55 a 59 de *A Theory of Justice*, que se incluyen en R. M. DWORKIN (ed.), *La filosofía del derecho*, trad. J. Sainz de los Terreros, Fondo de Cultura Económica (México, 1980), págs. 169-210. La dimensión práctica y la actualidad de estas cuestiones han hecho que las páginas que Rawls les dedica estén entre lo más leído de su teoría. José Martínez de Pisón, del Departamento de Filosofía del Derecho de Zaragoza, ha realizado un extenso estudio titulado *Justicia y desobediencia civil (Una aproximación a la sociedad justa de John Rawls)*, aún inédito.

(19) Apareció en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXVII, 9, (1980), páginas 515-573. Hay un comentario de J. RUBIO CARRACEDO, «John Rawls y la versión de 1980», en *Revista de Estudios Políticos*, 30 (1982).

(20) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, 4.^a edición, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Madrid, 1980), cap. XXXIII, págs. 365-394. No sólo se detiene en los aspectos técnicos de la teoría de Rawls, sino que también le preocupa su confrontación con la realidad práctica. Así, a propósito del título o cualidad de menos favorecidos, que tanto papel tiene en el diseño de los principios de justicia, dice: «Hoy, en los inicios de los años ochenta, es más que inevitable añadir como candidato al título el grupo de los parados; y en algunos países, como el nuestro, también los jubilados o pensionistas pueden alegar buenas razones como aspirantes al título» (pág. 387).

el valioso manual de Carlos Santiago Nino *Introducción al análisis del derecho*, que reimpresso en España ha tenido un éxito considerable, dedicando a Rawls un apartado lúcido y crítico dentro de las teorías deontológicas de la justicia (21). En mi opinión la parte dedicada a los valores morales del derecho es la más unilateral y discutible de este libro, además de faltar una perspectiva histórica que hace, en cierto afán por estar al día, que las únicas teorías de ética normativa en que se detiene sean las de Santo Tomás, el utilitarismo, Kant y Rawls, lo que resulta algo exagerado, dando la sensación de que nuestro autor tiene ya garantizado un puesto entre los consagrados. Más recientemente la *Introducción al Derecho* de Manuel Atienza también engarza a Rawls en su argumentación sobre los valores jurídicos utilizando, según informa su autor, un trabajo inédito de Ernesto Garzón Valdés convenientemente retocado con vista a las necesidades didácticas (22).

El general interés despertado por Rawls, no siempre acompañado de un conocimiento suficiente de su pensamiento, no se debe sólo a razones de moda y recepción cultural. Por más que la polémica entre los partidarios del derecho natural y el positivismo jurídico, en cualquiera de las múltiples versiones de estos dos términos, pueda aparecer hoy en gran parte desgastada o embarazosa, los problemas subyacentes siguen vivos. Y Rawls no tiene inconveniente en reconocer para su teoría los rasgos de la tradición del derecho natural (23). Siendo un punto de encuentro de inquietudes procedentes de muy variados campos constituye un ambicioso intento de restaurar la competencia de la razón práctica y tiene por ello un interés central para el filósofo del derecho. En opinión de José Delgado Pinto «avanza un paso más en una dirección que nos aproxima a lo que en otro tiempo constituyó el objetivo del programa yusnaturalista», y refiriéndose conjuntamente a las teorías de Rawls y de Habermas piensa que «el camino para una verdadera superación del positivismo jurídico y para una reconstrucción de las intenciones históricas del yusnaturalismo ha de comenzar por tomarlas en cuenta, discutir las y desarrollar las» (24).

Una vez traducida la *Teoría de la Justicia* las contribuciones españolas al estudio de Rawls se van sucediendo espaciosamente de la mano de profesores de ética y de filosofía del derecho, que en este caso ya actuaban indistintamente antes de la problemática unificación administrativa de las áreas de conocimiento.

En 1982 apareció *La utopía ética del Estado justo: De Platón a Rawls* de José Rubio Caracedo, en edición no comercial que por dificultades de distri-

(21) Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea (Buenos Aires, 1980), págs. 408-416. Se reimprimió por Ed. Ariel (Barcelona, 1983), con prólogo de A. Calsamiglia.

(22) Cfr. M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova (Barcelona, 1985), páginas 158-165.

(23) «... justice as fairness has the characteristic marks of a natural rights theory». J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., n. 30, pág. 506 (pág. 558 de la traducción española).

(24) J. DELGADO PINTO, *De nuevo sobre el problema del Derecho Natural (Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico 1982-83)*, Ediciones Universidad de Salamanca (Salamanca, 1982), págs. 31-32.

bución resultaba de difícil acceso y no he podido consultar, aunque sí la segunda edición, revisada y ampliada (25).

Trata en distintos capítulos de Platón, Marx, la Escuela de Erlangen, Rawls y Nozick, lo que permite al lector establecer relaciones y correspondencias. El pensamiento de Rawls aparece expuesto dinámicamente, en el proceso de su evolución, con varias etapas que se despliegan en una ambiciosa perspectiva genética que no se encuentra en la bibliografía española. Su interés desborda la mera erudición, pues el enfoque reconstructivo se adapta perfectamente a la metodología constructivista de Rawls. Es un planteamiento en parte coincidente con el de Wolff, aunque más hondo y completo, inscribiendo a Rawls en la tradición del pensamiento utópico. Destaca particularmente elementos de inspiración platónica, nunca asumida conscientemente por Rawls, aunque sólo en la tradición de la sociedad justa pueda entenderse su teoría. Es uno de los aspectos menos frecuentados por la crítica y muy sugestivo, aunque por mi parte considero que junto a elementos de utopía estimulante desde la que poder pensar la realidad hay mucho de irrealidad estéril, por no hablar de la teoría no ideal que se acerca más al conformismo que a la lucha por la justicia. Comparto con su autor la opinión de que esta conexión puede permitir neutralizar algunas de las críticas que suscita la trama argumental propiamente científica de Rawls, aunque en general se limita a resaltar las líneas maestras de la teoría sin detenerse en la discusión de cuestiones concretas. Pone además especial cuidado en reducir a sus justos términos el reproche de ahistoricidad que tantas veces se ha esgrimido, y que si en buena medida sigue siendo fundado hay que matizar tras la lectura de *Kantian Constructivism*.

En el año siguiente publicaba Manuel Jiménez Redondo un libro recogiendo trabajos anteriores inéditos, uno de ellos dedicado a nuestro tema, *La estructura inconsistente de «A Theory of Justice»*, fechado en 1979, sugestivo por su crítica —bastante dura— a los elementos de teoría psicológica y a la tan controvertida interpretación kantiana (26). Jiménez se siente incómodo ante lo que le parece insostenible mezcla de elementos dispares y proyectos teóricos incompatibles que constituye la obra de Rawls, llena de zonas confusas que se van arrastrando un tanto solapadamente y desembocan sin posible resolución en la tercera parte de la *Teoría de la Justicia*. También en 1983 se publicó *La imaginación ética* de Victoria Camps, que desde fuera de la teoría de Rawls le dedica unas páginas criticando su pretensión de con-

(25) Cfr. J. RUBIO CARRACEDO, *Legitimación ética del poder: La utopía del Estado justo: De Platón a Rawls*, 2.^a edic. revisada, Ed. Rubio Esteban, (Valencia 1985), 247 p. También se ha modificado el título con respecto a la primera edición, igualmente publicada por Ed. Rubio Esteban, (Valencia 1982). Se prepara una nueva edición idéntica en su contenido a la segunda y ya de ámbito nacional en Ed. Promoción de Publicaciones Universitarias (Barcelona), con prólogo de José Luis L. Aranguren. Un extracto de este libro se encuentra en el interesante artículo «Constructivismo, utopía y ética: la legitimación ética del poder», en *Revista de Estudios Políticos*, 40, julio-agosto, (1984), p. 139-154.

(26) Cfr. M. JIMÉNEZ REDONDO, *Constructivismo, Rawls, Nozick*, Universidad de Valencia (Valencia, 1983), págs. 65-140.

tar con una razón universal (27). Incómoda ante los elementos conciliadores e ideales de Rawls reivindica un pensamiento crítico, imaginativo e insatisfecho, rechazando el punto de vista trascendental, presente también e insatisfecho en Habermas, por lo que significa de pretensión de juzgar inequívocamente el mundo. Comparto estos reproches e indignación ante la perspectiva *sub specie aeternitatis* que en alguna ocasión invoca Rawls, y que parece otorgar el don de discernir el bien del mal, superando toda dicotomía y escisión, con la arrogancia de quien cree representar el punto de vista de la racionalidad.

Un año después aparecía *Teoría de la justicia y derechos humanos* de Eusebio Fernández, reuniendo en parte trabajos anteriores revisados, que recoge aspectos importantes de la teoría de Rawls en la defensa de un procedimiento de legitimación contractualista. Muchos problemas éticos tienden a ser planteados por los filósofos del derecho como cuestiones referidas a los derechos humanos, y hoy comienza ya a ser frecuente hablar de Rawls en el problema de su fundamentación (28).

Mientras tanto el lector español podía encontrar accesibles en su propia lengua algunas contribuciones importantes a la bibliografía sobre Rawls. Se ha traducido el conocido *Understanding Rawls* de Wolff, libro valioso con una reconstrucción de las etapas de desarrollo de la teoría, aunque con cierta tendencia a centrarse en la posición originaria y en los artificios de teoría de la decisión (29). También se dispone de un interesante artículo de Hart, a quien se debe alguna de las más destacadas aportaciones al debate rawlsiano, en el que destaca la contribución de Rawls a la crítica al utilitarismo, al no tomar éste en serio la distinción entre personas cuando opera con cálculos globales (30). Y con la traducción del ya famoso *Taking Rights Seriously*, de Dworkin, se puede leer en español uno de los trabajos más agudos y sugerentes que conozco, en donde se conecta la técnica constructiva del equilibrio reflexivo con la experiencia de los juristas del *com-*

(27) Cfr. Victoria CAMPS, *La imaginación ética*, Seix Barral (Barcelona, 1983), págs. 57 y s.

(28) Cfr. E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Edit. Debate (Madrid, 1984), Cap. V: *Neocontractualismo, Estado y derechos humanos*, págs. 175-241. También A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos (Madrid, 1984), comenta sucintamente la concepción de Rawls en págs. 156 y s. Anteriormente se había referido a la noción de justicia puramente procedimental en «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1 (1981), págs. 271 y s. En 1984 apareció también el artículo de C. THIEBAUT, «Las racionalidades del contrato social: Kant en Rawls», en *Zona Abierta*, 32, que no he podido consultar.

(29) Cfr. R. P. WOLFF, *Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica de la teoría de la justicia*, trad. M. Suárez, F.C.E., (México, 1981), 204 páginas. Es muy notable el papel desempeñado por la editorial Fondo de Cultura Económica en la difusión de Rawls, y es curioso que se ha traducido la obra citada —independientemente de su gran mérito— cuando aún no se ha hecho lo mismo con el *Anarchy, State and Utopia* de R. Nozick, mucho más importante en el debate neocontractualista.

(30) Cfr. H. L. A. HART, «Utilitarismo y derechos naturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1 (1981), que se detiene en Rawls en págs. 162 y s.

mon law, y se ve el contrato como un punto intermedio de una argumentación más amplia (31).

Muy afortunado para la literatura rawlsiana ha sido 1985, especie de *annus mirabilis* de cierta exhuberancia si lo comparamos con el lento goteo bibliográfico a que estábamos acostumbrados. Nos encontramos casi simultáneamente con varios libros, originariamente tesis doctorales, que escritos independientemente no son redundantes, aportando enfoques diferentes, además de otros interesantes trabajos.

A Fernando Vallespín se debe el estudio *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, reelaboración de la tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en 1980 (32). Aspira a suministrar una perspectiva de conjunto sobre el neocontractualismo, aun reconociendo que no se trata de un movimiento lo suficientemente homogéneo como para constituir una metodología unitaria. Declara intenciones modestas: «En principio, nuestra única meta reside en dar a conocer estas teorías al público español, sin tener más pretensiones que las puramente expositivas» (33), pero como era de esperar encontramos mucho más que divulgación, siendo la parte dedicada a Rawls la más amplia y trabajada, situándole en el contexto de los otros autores y estableciendo paralelismos y divergencias. Muestra preocupaciones jurídicas, siendo de especial sensibilidad el análisis de los principios de justicia, como corresponde a un jurista —su autor es profesor de derecho político— aportando interesantes observaciones, como el paralelismo entre la secuencia en etapas a través de las cuales lo general se acerca a la concreción histórica y el modelo constitucional anglosajón, basado en unos pocos principios básicos que se van adaptando a las cambiantes circunstancias sociales sin necesidad de auténticas modificaciones en su formulación inicial.

María José Agra, del Departamento de Ética y Sociología de la Universidad de Santiago de Compostela, publica su *J. Rawls: el sentido de justicia en una sociedad democrática*, que dejando de lado el contractualismo —o mejor ignorándolo, ya que este abandono no aparece explícitamente razonado— se centra en los elementos psicológicos y sociológicos de Rawls, con especial referencia a Piaget y Parsons, informando sobre la genealogía de algunas ideas importantes (34). Y si partiendo del contrato social se tiende a

(31) Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel (Barcelona, 1984). Se trata del Cap. 6: «La justicia y los derechos», páginas 234 y s. Ese mismo año aparecen otras dos traducciones de cierto interés: D. C. MUELLER, *Elección pública*, Alianza (Madrid, 1984), sobre Rawls en págs. 234 y s.; B. PAREKH, «La teoría de la justicia de John Rawls», en *Revista de Occidente*, n. 35, abril (1984), págs. 7 y s.

(32) Cfr. F. VALLESPÍN, *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza (Madrid, 1985) 226 págs. Dedicó el Cap. II a Rawls, págs. 50-134. Su preocupación pionera por estos temas era ya conocida a través del artículo bibliográfico ya citado. Se ha publicado también un artículo de R. del AGUILA y F. VALLESPÍN, «Sobre Rawls y Habermas», en *Zona Abierta*, 31 (1984), que no he podido consultar.

(33) *Ibidem*, pág. 30.

(34) Cfr. María José AGRA ROMERO, *J. Rawls: el sentido de justicia en una sociedad democrática*, Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 1985), 175 págs. Su autora era ya conocida

presentar a Rawls como innovador de una venerable tradición, al leer el trabajo de Agra se tiene la sensación de encontrar un mero receptor acrí-tico de otras teorías, especialmente sociológicas. Es una perspectiva infre-cuente en la bibliografía y atractiva por lo que tiene de externa, evitando esa sensación opresiva que produce gran parte de la crítica cuando se limita a escudriñar afanosamente por los muchos veces angostos corredores de la teoría de Rawls.

Por mi parte, *La teoría de la justicia de John Rawls*, presentada original-mente como tesis doctoral en la Universidad de Bolonia en 1981, ha aparecido con algunas modificaciones, prologada por Juan José Gil Cremades (35). Me proponía hacer una presentación crítica desde algunas de las preocupa-ciones habituales de la filosofía del derecho, recuperando una sistemática que no siempre está clara para el lector de la teoría de Rawls e intentando una evaluación de sus propuestas. Parto del problema de la justicia, viendo cómo lo plantea Rawls, cómo lucha por sujetarlo a la razón y cómo para ello va introduciendo las diversas piezas de su intrincada maquinaria teórica, aunque no hago un estudio genético. Se trata de llegar a la teoría desde algo previo, repensándola con Rawls desde el problema a que intenta responder, lo que lleva a resaltar especialmente los presupuestos (antropológicos, socio-lógicos y metodológicos) que están presentes antes de que la posición origi-naria se ponga en marcha, y a seguir a veces un itinerario inverso al pro-puesto por el mismo Rawls en sus escritos. El enfoque predilecto de la literatura anglosajona es circunscribirse a alguno de los elementos de la teo-ría y analizarlo microscópicamente, exprimiéndolo en todas sus implicacio-nes en un tratamiento agotador. También desde dentro del modelo de Rawls se ha intentado prolongar la teoría en los puntos en que ha quedado sólo insinuada, llevándola a sus últimas consecuencias, proponiendo caminos y soluciones más coherentes con el resto de la teoría, depurando el contrac-tualismo, aplicándola a problemas no tratados con la idea de poner a prue-ba su fecundidad. Sin embargo, mi planteamiento es de carácter global, pues creo que así se pueden evitar los riesgos de un análisis fragmentario de una

por el comentario a la traducción de la *Teoría de la Justicia*, ya citado. Tra-duce *fairness* por equidad en vez de imparcialidad, que yo encuentro más expresivo, pues por lo menos entre juristas se tiende a asociar la equidad con la vieja idea de la justicia del caso concreto o *epieikeia* aristotélica. Esto lleva a expresarse en un lenguaje que desde el mundo del derecho resulta a veces un tanto ininteligible: «Mas, la igualdad moral no significa igualdad pura, sino un igualitarismo matizado, basado en una forma superior de reci-procidad: la equidad. Es decir, aunque moralmente todos los ciudadanos son iguales, la justicia debe considerar las circunstancias que concretan la si-tuación real del individuo, de lo contrario no se distinguiría de la justicia formal. Luego, la reciprocidad ha de manifestarse como equidad, como justi-cia distributiva» (p. 55).

(35) Cfr. J. I. MARTÍNEZ GARCÍA, *La teoría de la justicia de John Rawls*, cit. Por error de diseño aparece en la portada (lo único de lo que no he revisado pruebas) una incorrección: En lugar de «La teoría de la justicia en John Rawls» debe decir «La teoría de la justicia de John Rawls», como se lee en el interior de la obra. Agradezco a Elías Díaz su interés en que este trabajo apareciera publicado en la colección que dirige en el Centro de Es-tudios Constitucionales, «El derecho y la justicia», junto a otros estudios dedicados a pensadores tan significativos como Wittgenstein, Bobbio y Hart.

obra que pretende ser tan sistemática, cuyas piezas aspiran a sostenerse recíprocamente, permitiendo a la vez distanciarse, intentando mantener un equilibrio entre los análisis exclusivamente internos o externos de un pensamiento. Así se hace posible relativizar algunas de las aportaciones y estrategias metodológicas de Rawls, como la prioridad de la justicia sobre el bien, la idea de una justicia puramente procedimental, el enfoque deontológico como contrapuesto al teleológico, la operatividad de la idea de imparcialidad, la fecundidad de la teoría de juegos, la centralidad de la posición originaria en la teoría, etc., y detectar insuficiencias, especialmente la ausencia de perspectiva histórica y el lado estéril de un pensamiento de corte utópico, planteando además el problema lógico de cómo a pesar de pretender hacer geometría moral la teoría cae muchas veces en lo intuitivo, funcionando en bloque como una maquinaria de carácter retórico o persuasivo más que estrictamente racional, y no exenta de circularidad.

Miguel Angel Rodilla ha publicado un sugestivo ensayo: *Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza*, situándose con gran habilidad en el punto de partida del pensamiento contractualista, en lo que creo que es una de las aportaciones más entusiastas a la teoría de Rawls con que contamos (36). El estado de naturaleza no es una pieza más en las teorías del contrato social, sino algo fundamental para su diagnóstico. No discute directamente las conclusiones que se extraen de estas teorías, limitándose a las premisas de unos razonamientos que aspiran a ser en cierto modo teoremas deductivos, y que por eso se arrastran a lo largo de toda la teoría, condicionando el planteamiento y las soluciones.

También Camilo J. Cela Conde, en su libro *De genes, dioses y tiranos. La determinación biológica de la moral*, se detiene en el pensamiento de Rawls, comentando alguno de los rasgos más conocidos de su teoría, dentro de lo que denomina el nivel beta-moral, que se ocupa de los criterios empleados para calificar de moralmente deseable una acción, incluyendo los problemas relacionados con la argumentación moral, el significado de las palabras valorativas, la validez de los juicios morales, etc. (37). Al situar a Rawls en este estrato de problemas morales hace una lectura centrada predominantemente en los elementos lógicos de la *original position* sin referirse a los rasgos genéticos y evolucionistas que creo están presupuestos en la concepción

(36) Cfr. M. A. RODILLA, «Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, II (1985), págs. 229 y s. Este estudio fue presentado como ponencia en las Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho que sobre el neocontractualismo se celebraron en Palma de Mallorca en diciembre de 1984. Su autor, viejo conocedor de esta temática y que está elaborando una tesis doctoral sobre Rawls, escribió un valioso trabajo, «La teoría de la justicia de John Rawls y el problema de la fundamentación de principios de justicia», que quedó en pruebas de imprenta, destinado a un número de la primera época de la revista citada que resultó frustrado interrumpiéndose su publicación durante unos años. Aún permanece inédito y sólo ha circulado privadamente entre aquellos a quienes su autor ha tenido la amabilidad de mandarlo, habiendo podido comprobar que anticipa algunas de las ideas que elabora en su última publicación.

(37) Cfr. C. J. CELA CONDE *De genes, dioses y tiranos. La determinación biológica de la moral*, Alianza (Madrid, 1985). Sobre Rawls, Cap. 5, págs. 95 y s.

que Rawls tiene del sentido de la justicia y que pueden dar a su teoría cierto atractivo desde preocupaciones sociobiológicas, aspecto que no he visto apuntado por la crítica, aunque Rawls ciertamente se inclina a ver el mundo moral más desde el lado de las consecuencias que desde los orígenes.

Joaquín Herrera en una parte de su matizado trabajo *La participación política en John Rawls y el concepto de participación democrática* destaca la importancia que en Rawls tiene la idea de participación para poder hablar debidamente de legitimación, por más que ciertos aspectos de su teoría resulten poco operativos e infructuosos (38). Señala que en todo caso es una participación restringida al ámbito político, que no se extiende a todo el tejido social, como ya exigen insistentemente los ideales democráticos. Por ello contrapone la concepción rawlsiana de participación política a lo que denomina participación democrática, que supone una ampliación de los viejos ideales participativos, analizando además con cierto detenimiento esta cuestión en la Constitución española de 1978. Considero especialmente certero el diagnóstico que hace a la teoría de Rawls de ambivalencia: junto a elementos de carácter liberal progresista —como la exigencia de distritos electorales equitativos, acceso igual a la participación y derecho a la información— encontramos otros que pueden conducir a una lectura conservadora, ejemplificada en la clásica imagen reaccionaria de la sociedad como un barco, que no siempre se tienen en cuenta por los partidarios de un Rawls socialdemócrata y que considero muy significativos de su actitud política. Creo que estos aspectos van más allá de unas zonas marginales un tanto incómodas de su teoría política y se encuadran en una visión idealista que concibe la política no tanto como lucha de intereses sino como búsqueda de la justicia, y en este sentido soy más reticente que Herrera en cuanto a la dimensión participativa de la teoría de Rawls.

Finalmente la traductora de la *Teoría de la Justicia*, María Dolores González Soler, ha publicado su tesis doctoral *Fundamentos, análisis y crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls*, defendida en 1983, y que ahora se encuentra disponible en el Servicio de Reprografía de la Editorial de la Universidad Complutense (39). Creo que el lector de este trabajo —por muy disar que sea su interpretación de Rawls— fácilmente encontrará junto a observaciones prometedoras afirmaciones que le inquieten y desagraden, obligándole a detenerse frecuentemente para reflexionar. Pero llega un momento de la tensa lectura en que cunde el desánimo, y entonces cae en la cuenta de que irremediamente está inmerso en una atmósfera difusa. Es muy probable que esta sensación le acompañe hasta el final, pues las doce conclusiones que extractan y cierran la investigación tampoco resultan suficientemente diáfanas. Y por otra parte quien se acerque pensando en encontrar las claves de la controvertida versión realizada por su autora, o

(38) Cfr. J. HERRERA FLORES, «La participación política en John Rawls y el concepto de participación democrática», en *Revista de las Cortes Generales*, 5, segundo cuatrimestre (1985), págs. 117-170.

(39) Cfr. María Dolores GONZÁLEZ SOLER, *Fundamentos, análisis y crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Edic. de la Universidad Complutense (Madrid, 1985), 537 p.

esperando percibir algo de la natural intimidad que en estos casos se suele desarrollar entre un pensamiento y su traductor, no podrá evitar la decepción.

Una vez descrito el panorama bibliográfico me detendré en el comentario de ciertos aspectos de alguna de las obras citadas que estimo más interesantes o po.ém.cos.

Las cuestiones relacionadas con la antropología y la sociología de Rawls, que están entre las menos estudiadas por los comentaristas, han recibido, sin embargo, entre nosotros un tratamiento notable. La materia no carece de interés, pues la naturaleza social de hombre no es para Rawls, como para otros, un tópico arrastrado de la *Política* de Aristóteles con el que los juristas comienzan a hablar del derecho natural, sino que aparece profundizado y enriquecido con otros motivos. En este sentido los trabajos de Agra y Jiménez aportan comentarios interesantes, permitiéndome introducir alguna acotación.

Al valioso libro de María José Agra se debe el tratamiento más exhaustivo con que contamos sobre la concepción que Rawls tiene del hombre y la sociedad. Entre otros aspectos destaca acertadamente el principio de reciprocidad como algo central, considerado como un hecho profundo de la naturaleza humana. Es la idea de ventajas mutuas, la tendencia a responder de igual modo, que Agra conecta con el *amour de soi* y la piedad natural de Rousseau (40). El paralelismo con Rousseau no se ha destacado lo suficiente por la crítica ni por el mismo Rawls, más propenso a ver los elementos kantianos de su teoría, cuando a mi parecer es una comparación mucho más iluminadora y llena de posibilidades (41). María José Agra se percata de que la reciprocidad es la norma implícita de las relaciones contractuales, consustancial con el *homo oeconomicus* que no da nada sino a cambio de algo, lo que le lleva a pensar que Rawls «nos presenta las relaciones entre los hombres como subordinadas a la relación del hombre con las cosas» (42). Pienso que esto es excesivo y que la reciprocidad no se liga necesariamente a la mercantilización; no es la generosidad, pero sí ese término medio entre altruismo y egoísmo que aspira a ser la justicia —la idea de simetría expresada por el símbolo de la balanza—, y desde una perspectiva funcionalista implica dar importancia a los elementos compartidos como fuente de equilibrio e integración social. Cuestión distinta es que la antropología de Rawls tenga mucho de economicismo reductivo y rasgos marcadamente utilitaristas.

Se expone con gran detalle la dimensión cognitiva que para Rawls tiene el sentido de justicia, como una capacidad que desarrollan las personas en situaciones no patológicas en estrecha relación con sus facultades intelectuales a través de un proceso de aprendizaje, y que supone la interiorización de la norma de reciprocidad. Implica el paso de la heteronomía a la autonomía y es conjuntamente un proceso de maduración personal y de adaptación óptima al medio de relaciones sociales en que se vive. Llamativa-

(40) Cfr. María José AGRA ROMERO, *J. Rawls...* cit., págs. 67 y s. También sobre Rousseau y Rawls, en relación con el autorrespeto, págs. 29 y s.

(41) Por ejemplo, la voluntad de todos y la voluntad general en paralelo con la sociedad privada y la sociedad bien ordenada, el papel de la educación en ambos autores, etc.

(42) Cfr. María José AGRA ROMERO, *J. Rawls...*, cit., pág. 129. Lo confirma al hablar de los bienes primarios en pág. 135.

mente falta aquí una referencia a N. Chomsky y el problema de la generatividad del conocimiento, que considero una de las claves para entender a Rawls, y se centra predominantemente en J. Piaget, cuando creo que podría haberse tratado también de la teoría del desarrollo moral de L. Kohlberg.

Señala que, como para Durkheim, hay un origen social de las categorías morales, y somos seres morales en tanto que seres sociales (43). De todo ello resulta que el derecho natural depende de un atributo natural: el sentido de la justicia. Aquí veo —como sugiero en mi libro— una buena ocasión para plantear el clásico problema de las relaciones entre ser y deber ser, la cuestión de la falacia naturalista, tan cara a los analíticos, que Rawls no afronta y que tampoco se trata en el estudio que comento. Una concepción evolucionista como la implícita en Rawls puede aportar una vía de unión entre el mundo natural y el moral, suavizando la escisión kantiana.

En la concepción del bien y planes de vida se da bastante peso al llamado principio aristotélico, que Agra interpreta adecuadamente como principio de motivación y no tanto de elección racional. Se trata de un deseo y hecho psicológico profundo que según nuestro autor caracteriza la naturaleza humana, también susceptible de explicación evolucionista, por el que las personas disfrutan más cuantas más ocupaciones ejercen y mayor es el refinamiento y complejidad de las capacidades requeridas, tendiendo a actuar en este sentido. Siempre me ha parecido una elaboración un tanto retorcida de la aspiración a un desarrollo integral, o en el peor de los casos un ridículo principio de pluriempleo y laboriosidad. No pueden faltar referencias al bien primario más importante para Rawls, el autorrespeto o sentimiento de que nuestro proyecto de vida es digno de ser realizado, en lo que veo un reflejo de la mentalidad norteamericana competitiva, acosada por la depresión y frustración, que Agra pone en relación con el principio aristotélico (44). Distingue además autorrespeto y autoestima, que se suelen considerar sinónimos en Rawls, inspirándose en el interaccionismo simbólico de G. H. Mead (45).

Estas y otras piezas de la anatomía del hombre rawlsiano son llevadas por María José Agra a la mesa de disección, que se sitúa así en un punto clave: el sentido de la justicia y la concepción del bien, que soportan algunos de los elementos principales de todo el edificio de Rawls. Echo de menos al tratar del proceso de socialización del individuo algún comentario sobre las capacidades naturales consideradas como patrimonio colectivo y también sobre el problema psicológico de la envidia, la competitividad y la sensibilidad a los incentivos, que tanta importancia tiene con relación al principio de diferencia.

Manuel Jiménez, ocupándose también de los presupuestos antropológicos de Rawls, se asoma además a problemas epistemológicos. Se debate en la tensión entre el proyecto de Rawls de elaborar un procedimiento de decisión objetivo —de proporcionar un *moral insight* universal y absoluto— y la

(43) Cfr. *Ibidem*, pág. 64.

(44) Cfr. *Ibidem*, pág. 65.

(45) Cfr. *Ibidem*, págs. 98 y 102.

realidad en que se apoya —un sentido de justicia que no puede ser sino particular y relativo a una tradición cultural—, con lo que la teoría «acaba convirtiéndose en una justificación, sin fundamento, de las sociedades occidentales más que en el supuesto punto de vista arquimédico desde el que juzgar a cualquier orden social» (46).

Rawls se limita a articular ese sentido de la justicia, pero queda sin justificar, lo que lleva a Jiménez a denunciar la presencia de un concepto insostenible de teoría, pues toda la construcción adolece de «inconsistencia que la conduce a un ensimismamiento cada vez más marcado, que hace que a medida que el razonamiento avanza resulte cada vez más difícil decidir de qué está hablando Rawls (47). Piensa que la posición originaria de algún modo le ha ofuscado y no puede por sí misma soportar la tarea pendiente de la justificación dado que —entre otras cosas— la prueba de que está bien construida es que a la vez corrige y confirma nuestro sentido intuitivo de la justicia, mediante la técnica del equilibrio reflexivo.

La pretensión de validez universal que exhibe Rawls intenta apoyarse también en el prestigio de Kant y en la psicología cognitiva de Kohlberg, pero a su juicio no lo consigue, pues estas remisiones funcionan como premisas sueltas, independientes de la construcción, con un peso y lógica propios que Rawls no pone a prueba y que incluso choca con la racionalidad propia de la teoría, aunque en momentos clave busque respaldo en ellas.

Por lo que respecta a Kant comparto la crítica de que a Rawls se le escapa lo más importante: el carácter categórico del imperativo de la razón y la fundamentación de esa categoricidad. La racionalidad propia de la posición originaria es hipotética, instrumental, de carácter económico en su búsqueda de eficacia, siguiendo una estrategia *maximin* a la defensiva de posibles riesgos y asegurando el disfrute de determinados *primary goods*. Sin embargo Rawls ha ido ampliando sus pretensiones kantianas, desde un capítulo de su obra principal sugiriendo una interpretación kantiana hasta denominar su teoría constructivismo kantiano. Se tiene la sensación de que una vez elaborado lo principal de su teoría, *a posteriori*, ha visto analogías y se ha descubierto siendo de la prestigiosa estirpe de Kant, en un ambiente filosófico en cierto modo neokantiano. Entonces ha querido introducir en su espacioso edificio, junto a algunos elementos de modernidad desconcertante, un gabinete kantiano amueblado con antigüedades. Le ve-

(46) M. JIMÉNEZ, *Constructivismo...* cit., pág. 69. Dice, comentando el proyecto metodológico de Rawls ya inicialmente formulado en «Outline of a Decision Procedure in Ethics»: «Al igual que la teoría de Chomsky es una teoría de la competencia lingüística del hablante nativo, que es quien decide sobre la aceptabilidad o inaceptabilidad de una frase formada en su lengua, y no una teoría normativa de la lengua a la que hubiera de ajustarse el hablante nativo, de la misma manera, en la teoría de Rawls no se va a medir al juez por los principios, sino a los principios por el juez» (p. 73). Por eso «la construcción de *A Theory of Justice* no es en el mejor de los casos, sino una 'explicación' de una 'competencia moral' relativa que queda sin palabra cuando, incluso dentro del contexto de esa misma tradición, se le pregunta por la 'prueba', 'legitimación' o 'verdad' de la tradición cultural que le sustenta» (p. 79).

(47) *Ibidem*, pág. 96.

mos intentando algo tan sorprendente como presentar las viejas ideas de Kant en el marco de una teoría empírica, despojándolas de su carácter trascendental y otras incómodas adherencias, pensando además que esto lleva a una mejor comprensión de su concepción moral y a una refundición de sus dualismos irreconciliables. Exagerando un poco parece algo así como si quisiéramos expresar las ideas de Hegel prescindiendo de la historia o las de Platón con una metodología empírica, como si además los resultados de una investigación pudieran separarse de su método.

Y refiriéndose a la psicología cognitiva, a Manuel Jiménez le llega a parecer irritante lo que ha sucedido, pues «el lector ve deshacerse en manos de Rawls una teoría psicológica» (48), que se ha vaciado de contenido intentando una explicación ilusoria del desarrollo del sentido de justicia para el caso ficticio de una sociedad bien ordenada, que no es precisamente el medio en que nace. Pretende dar cuenta del origen de un sentimiento de vinculación a unas instituciones sociales que se sabe que son justas, introduciendo además una dudosa distinción entre sentimientos morales y naturales. Quizá aquí no se valore suficientemente —a mi modo de ver— que lo que Rawls pretende no es tanto mostrar la génesis de una capacidad moral, su objetividad y sus leyes inmanentes, sino comprobar que un sentido de justicia que funciona de acuerdo con los principios elegidos en la posición originaria es congruente con la naturaleza humana y puede arraigar en ella.

La conclusión de Jiménez es que la teoría de Rawls es inconsistente y carece de una concepción de la razón práctica (49). Por mi parte creo que este análisis tiende a radicalizar la actitud de Rawls, exagerando su pretensión de encontrar de una vez por todas la justicia, que confrontándola con la realidad de un planteamiento que se basa en un sentido de justicia relativo, históricamente condicionado, es decepcionante. Sin embargo hay que decir que Rawls mismo es impreciso y vacilante, sobre todo si tomamos en cuenta algunos ligeros desplazamientos de su pensamiento en trabajos posteriores a *A Theory of Justice*.

Muchas de sus observaciones dan pie para pensar que su teoría quiere anclarse en el reino de lo incommovible, haciendo verdadera geometría moral y viendo el mundo *sub specie aeternitatis*. Son afirmaciones propias del

(48) *Ibidem*, pág. 122.

(49) «La teoría de la justicia no puede proporcionar lo que pretende, porque en realidad carece, como hemos dicho, de un concepto de razón práctica. Y carece de él porque ni por el lado de la interpretación kantiana ni por el lado de la psicología cognitiva del desarrollo moral, el concepto de explicación que Rawls utiliza le permite dirigir la argumentación en el sentido de poner al descubierto la estructura de nuestra razón práctica. Lo único que en realidad puede hacer es explicar el contenido de nuestro sentido de la justicia, pero por un camino por el que nada se puede decir sobre su validez y su alcance» (*ibidem*, p. 123). Y añade: «Si preguntamos ahora si para aclarar el significado de 'racional' hemos de recurrir a la 'arquitectónica de la razón pura' o a la *Crítica de la Razón Práctica* de Kant o a un manual de teoría de la decisión racional o de teoría de los juegos, el habitante de la sociedad bien ordenada parece que no sabría exactamente dónde enviarnos; tal vez dependiera de la página del libro de Rawls que estuviera leyendo en ese instante» (p. 128).

racionalismo que hoy no pueden sino sorprendernos, y yo tampoco he escapado de darlas a veces un peso excesivo. Desde aquí la crítica se hace además cómoda y es muy tentador ridiculizar estas pretensiones que nadie ha podido llevar a cabo. Pero conviene matizar y restituir a la teoría de Rawls un *status* más modesto y realista. Sin pretender un fundamento absoluto, apoyándose en un mundo de verdades morales necesarias que se nos impusieran heterónomamente, tampoco cae en un mero relativismo, pues se basa en algo intermedio: la tradición occidental de valoraciones sobre la justicia, un *consensus omnium* más o menos solidificado en una larga historia y experiencia de convivencia, que sin ser algo pétreo tampoco es arbitrario y quizá responda a una cierta lógica de la evolución y adaptación al medio social, y que podemos invocar en situaciones conflictivas.

Creo que no suele ser una buena estrategia poner a un pensamiento de cierta complejidad ante la alternativa de ser absoluto o relativo, asentado en lo necesario o en lo contingente, racional o irracional, reaccionario o progresista. Es la tentación de pensar en sistema binario, dicotómico, como cuando entre los filósofos del derecho se tenía la costumbre de preguntarse ante todo con cualquier jurista o filósofo si era positivista o iusnaturalista, para acabar en muchos casos dudando, matizando o respondiendo eclécticamente, lo que podía ser una manera de reconocer que la pregunta era deformadora o irrelevante. Y este tipo de planteamiento, aunque ya no es el caso del muy meditado trabajo de Jiménez, aparece también referido a Rawls en ciertas ocasiones en que de un modo un tanto informal y con cierta desenvoltura se intenta aventurar alguna interpretación.

Con todo, la epistemología de esta teoría es zona altamente conflictiva, y no deja de ser sorprendente, aunque también experimente el comentarista cierto alivio, que el mismo Rawls advierta que una teoría de la justicia «*is not primarily an epistemological problem*», pues «*the practical social task is primary*» (50).

Considero el planteamiento de Rodilla mucho más matizado que el de Jiménez y más próximo al pensamiento de Rawls, ayudando mucho a entenderlo y a tomar postura. Califica el diseño que Rawls hace del estado de naturaleza —la posición originaria— como «hipotético-reconstructivo», en tanto que situación ficticia de argumentación que pretende reconstruir las reglas que gobiernan nuestra capacidad moral, haciendo explícita su estructura racional (51). En la terminología de Rodilla, no es una concepción «empirista» como la de Buchanan, que al carecer de ingredientes normativos resulta reductiva de la moralidad transformando argumentos prácticos en cálculos económicos, enredándose en aporías si se quiere dar al mundo jurídico otro sentido que no sea el de un mero lenguaje sobre intereses y estrategias (52). Tampoco es «normativista» como la de Nozick, que utilizando

(50) J. RAWLS, «Kantian Constructivism...» cit., p. 519.

(51) M. A. RODILLA, «Buchanan, Nozick, Rawls...» cit., págs. 233 y s.

(52) Para una teoría así «es dudoso que 'tener derecho' signifique algo más y distinto que hacer una previsión acerca de la conducta autointeresada de los otros, y 'tener obligación', algo diferente de someterse a una restricción autointeresada de la conducta. Y entonces la capacidad 'explicativa' del enfoque se desvanece» (*ibidem*, pág. 253).

un lenguaje normativo de carácter irreductible cae en argumentos circulares, pues todo aparece decidido de antemano en unas premisas que prejuzgan iusnaturalistamente el problema (53).

Rawls parece sortear estas dificultades rompiendo el círculo vicioso, monótono y estéril y evitando desembocar en los callejones sin salida de sus colegas neocontractualistas. Su método es claramente diferente, pues busca directamente fundamentar principios de justicia y de modo que «semejante fundamentación se entiende *ella misma* como una forma de discurso práctico: arranca de un contexto práctico que se ha tornado problemático, esto es, de un conflicto entre los valores que forman parte del acervo común de convicciones compartidas, y se orienta a restaurar el entendimiento de fondo en que deseamos que se apoye nuestra vida social» (54). Parece como si nuestro discurso práctico, deformado y atormentado por todo tipo de tensiones, pudiera y debiera generar dentro de sí otro discurso práctico ya liberado de distorsiones, transfigurado, en el que se alcanzara la perfecta armonía que no podía resonar en aquél sin interferencias, y que está llamado a fecundarle, desplegando sus propias virtualidades.

En la posición originaria Rawls pretende hacer explícitas las reglas constitutivas de nuestra capacidad de discurso moral. Por ello si alguien se resiste a entrar, dirá Rodilla con acento wittgensteiniano, «no sabe jugar el juego de justificar principios de justicia», ya que sus reglas «constituyen el apriori de toda justificación» y «desde el momento en que entramos a discutir cuestiones de justicia, 'de hecho' las aceptamos» (55).

La posición originaria tiene un rango cuasi trascendental, aunque, como certeramente apunta Rodilla, se sustenta no en una filosofía trascendental en sentido kantiano, sino en el pragmatismo. Y si nos preguntamos cómo justificar el particular diseño que Rawls hace de la misma, como no tiene sentido pensar en una meta-posición que únicamente trasladaría el problema, sí podemos observar su funcionamiento viendo si sus resultados concuerdan con nuestros juicios en equilibrio reflexivo. Surge entonces el reproche de circularidad que ha esgrimido la mayoría de la crítica y que Rodilla intenta sortear, pues «que incurra en circularidad tampoco es objeción relevante, porque la única forma de someter a prueba una hipótesis de reconstrucción de una competencia es confrontarla con aquellos productos cuyas reglas de producción trata de explicitar» (56).

Rawls traza una guía para delimitar, hacer coherentes y fortalecer nuestras convicciones morales, reconstruir y no reemplazar; pero hay que recordar que no se propone la mera descripción de una competencia empírica, en cuyo caso no habría lugar a la objeción de circularidad, sino de una com-

(53) En las premisas «está ya implícita de punta a cabo la constelación de relaciones sociales característica de una sociedad capitalista de libre mercado y con ello también la concepción del Estado liberal burgués clásico». Por eso «su recurso al estado de naturaleza lockeano se convierte en un modo de paralizar el discurso racional sobre cómo configurar los términos de nuestra convivencia (*ibídem*, p. 268).

(54) *Ibídem*, pág. 268.

(55) *Ibídem*, págs. 279-280.

(56) *Ibídem*, pág. 280.

petencia ideal, una vez purificada y privada de distorsiones. Se ha operado un desplazamiento, una estelización, un calculado distanciamiento. Es una suave corrección de lo que hay en la que encuentro mucho de subjetivo, intuitivo y también circular, en el sentido de que ya en las premisas de la teoría se parte de ciertas opciones no suficientemente justificadas que luego se filtran inocentemente en la posición originaria como «hechos generales» que las partes conocen y «bienes primarios» que todos desean, que allí se destapan como en un juego de prestidigitación, a través de un proceso simulado de razonamiento. Esto, que aparece en un entramado de complejos razonamientos de teoría de la decisión, es lo que permite que los principios de justicia no sean puramente formales. Pero colocándonos entre bastidores no nos alcanza la magia escénica que puede seducir al espectador del teatro situado frente al escenario. Se quiere dar la sensación de un avance, de un despliegue, cuando en realidad es algo estático, carente de dinamismo, que considero próximo al esquema que Rodilla denomina «normativista».

Sin embargo, Rodilla propone con gran destreza un modo de abrir el círculo, evocando al Apel de *Transformation der Philosophie*: «Es, desde luego, un proceso circular, como insistentemente ha subrayado la crítica. Pero sería erróneo interpretarlo como un círculo vicioso de fundamentación. En la medida en que la confrontación entre nuestros principios y nuestros juicios morales se produce en el curso de la reflexión y la argumentación, la idea del equilibrio reflexivo responde más bien a la imagen del círculo fecundo de la espiral hermenéutica» (57). En esta espiral impulsada por la argumentación despliegan su vitalidad los elementos integradores implícitos en el tejido social, pues «estamos apelando al sentido de justicia que suponemos compartido y que movilizamos para restaurar un consenso social dañado» (58).

En la precisa interpretación de Miguel Angel Rodilla en algunos momentos oímos a Rawls entonado con los bellos timbres y el espesor del sinfonismo germánico. Es una orquestación cargada de resonancias que ilumina y tiende puentes, por más que podamos sentir cierto desagrado, o quizá resignación, ante este gran acorde final, serio y solemne, que se presagia a través de tanta riqueza de modulaciones y que acabará reconciliando la dispersión. Final que, naturalmente, pertenece a Rawls, y no a la lectura que Rodilla hace de su pensamiento.

Este último aspecto me lleva a mencionar la cuestión del diálogo en la metodología de Rawls, que últimamente ha destacado Javier Muguerza, pensando que su neocontractualismo es la cristalización de una concepción dialógica de la racionalidad en el dominio de la filosofía analítica. Concede enorme peso a los elementos de diálogo, que en su opinión presiden la posición originaria: «La insistencia de Rawls en señalar el carácter 'cooperativo' de semejante ejercicio de la racionalidad o 'razonabilidad', así como la importan-

(57) *Ibidem*, pág. 281.

(58) *Ibidem*, pág. 284. La elegancia de Rodilla tiende a escoger las líneas de argumentación más fuertes en los pensamientos que estudia, cuando sería mucho más fácil detectar las insuficiencias o seguir las posibles interpretaciones que desvitalizan una teoría.

cia concedida a la 'simetría' y 'publicidad' de la 'discusión entre las partes', abona fuertemente una interpretación *dialógica* de la misma en cuanto diferente del monológico cálculo de medios y fines del simple agente racional de la teoría de la decisión» (59).

Considero optimista esta interpretación —por otro lado tan sugestiva— si se tiene en cuenta que tras el velo de ignorancia cada persona es un puro *homo oeconomicus* maximizador de su propio interés, que incluso la pluralidad de las partes que discuten es pura escenificación a efectos de una mayor plasticidad, pues en esa situación todos los sujetos se equiparan y bien pudieran reducirse a uno, solitario y espectral. Incluso creo que no se puede hablar sin más de un proceso de negociación que culmina en un acuerdo, cuando más bien se trata de una solución que pretende derivar de las premisas como si de un teorema deductivo se tratara. Los elementos dialógicos presentes en Rawls generalmente aparecen desvirtuados, pues por debajo hay un monólogo, un *ostinato* que suena persistente, que lamentablemente los relativiza.

En último lugar me referiré al ideal de la sociedad bien ordenada y al problema ideológico para cerrar estos comentarios.

Observa Vallespín que curiosamente, y salvo raras excepciones, las etiquetas aplicadas a la obra rawlsiana están en relación inversa con la ideología de quien se las asigna. Así los liberales neoconservadores se apresuran a tacharlo de socialista, como Bell, alarmado por la socialización del individuo al considerar patrimonio colectivo las capacidades naturales que rompe con la idea de meritocracia, mientras que los autores de raíz marxista no dudan en subrayar los elementos de defensa del Estado capitalista, como Macpherson, para quien existe un grave peligro de empeoramiento de la situación de las clases trabajadoras debido al mantenimiento de los incentivos necesarios para la eficacia productiva y el avance industrial. Anuncia que su interpretación es ecéctica (60), señalando cómo uno de los presupuestos la economía competitiva, única en la que tendría sentido la aplicación del principio de diferencia, pero con un papel muy activo del Estado en el control de la racionalidad del mercado. Se pretende una amplia movilidad social y una considerable reducción de las desigualdades debido al freno del primer principio de justicia (autorrespeto, derechos políticos) en un sistema político absolutamente transparente. Por lo cual piensa que Rawls justifica «un Estado Social progresista, abierto al fomento de nuevas cotas de dignidad y desarrollo humano» (61).

(59) J. MUGUERZA, «Entre el liberalismo y el libertarismo...», cit., nota 26, págs. 20-21. También F. VALLESPÍN, *Nuevas teorías...*, cit., piensa que la teoría de Rawls «puede incluirse sin mayor problema dentro de este conjunto de teorías que hacen de la comunicación el centro de la fundamentación normativa» (p. 29). Esta interpretación permite conectar fácilmente con la ética comunicativa de Habermas.

(60) Cfr. F. VALLESPÍN, *Nuevas teorías...* cit., pág. 129.

(61) *Ibidem*, pág. 208. Con tono bien distinto se decía en C. R. ALBA TERCEDOR y F. VALLESPÍN, «El neocontractualismo...» cit., que a pesar de las pretensiones de universalidad del pensamiento de Rawls «realmente no es más que una teoría particular de la justicia, la teoría liberal democrática de la justicia, la envoltura ideológica que necesitaba la sociedad norteamericana»

Eusebio Fernández desarrollando la idea de que el Estado democrático de Derecho es la más justa organización estatal y que el mejor modo de legitimarlo es el contractualismo, considera a Rawls defensor de una ideología socialdemócrata, que él suscribe, pareciéndole además su teoría muy próxima a la de Rawls (62). Sin embargo, no estoy tan seguro de que la teoría contractualista que propone en su trabajo esté tan próxima a Rawls, como parece darse a entender, pues aunque muchos de los valores defendidos son los mismos, su sentido y sobre todo su soporte teórico no son siempre coincidentes. En particular creo que la teoría de la obligación política de Rawls no se basa primordialmente en el consentimiento, ni expreso ni tácito, como ocurriría con una teoría inspirada en Locke, sino en una concepción de lo racional. Gran parte del contractualismo, y pienso que también el neocontractualismo de Rawls, no es una teoría del consenso, ya sea del asentimiento de los individuos en una sociedad más o menos pluralista o un acuerdo alcanzado tras un proceso de negociación. Lo decisivo no es tanto la voluntad como la razón, o la voluntad racional. No es la voluntad de todos, por utilizar los términos de Rousseau, sino la voluntad general lo que cuenta para Rawls.

María José Agra ve en Rawls un reformista socialdemócrata, que aspira a un individuo perfectamente socializado; plenamente integrado, pues valora negativamente toda conflictividad y desacuerdo, con un principio de diferencia que supone la compra de los menos aventajados. Señala que no se encuentra en Rawls nada semejante a los grandes críticos de la cultura —Marx, Nietzsche, Freud—: no habla de explotación ni represión, no se cuestiona la división del trabajo, que tampoco se considera un fenómeno esencial, la propiedad de los medios de producción no es problemática; no se denuncia la sociedad de consumo, la uniformidad ni la burocratización de la vida moderna; tampoco se cuestiona la estructura económica, situándose en el ámbito de un Estado social de Derecho, en el que el intervencionismo evita los desgarrones producidos por la mano invisible (63).

(pág. 235), añadiendo que «Rawls no ha tenido éxito en proporcionar una teoría coherente de la justicia, quizá nos ha mostrado el camino para un nuevo mito o para una noble mentira a lo Platón que pueda servir de apoyo y fundamento a los nuevos sistemas políticos encarnados en el *Welfare State*» (p. 241).

(62) Cfr. E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia...* cit., pág. 224. Entre otros aspectos se refiere a valores como la libertad y la igualdad, que son un marco dentro del que se desarrolla el contrato. Estos valores «expresan las grandes exigencias y reivindicaciones morales de la historia de la humanidad y actualmente existiría en torno suyo un consenso generalizado sobre su importancia, necesidad y aceptación. Con ello quiero decir que se trata de principios y valores que cuentan con una identidad propia, sin dejar de tener en cuenta que sus contenidos y concreciones son históricos. No son convencionales, a diferencia de los requisitos y formas del contrato que sí lo son, sino previos al pacto. Tampoco son absolutos, ni relativos, sino que tienen una cierta objetividad y cuentan con suficiente racionalidad. Con ello estoy argumentando a favor de una postura tan distante del absolutismo moral como del relativismo moral (sin olvidar la parte de verdad que hay en el relativismo histórico y sociológico, y distinguiendo éste de aquél), y que, con una terminología quizá no muy adecuada, me atrevo a denominar el punto de vista moral de la racionalidad práctica» (págs. 198-199).

(63) Cfr. M. J. AGRA, *J. Rawls...* cit., págs. 83, 108, 138, 151-152, entre otras.

En mi opinión en estos comentarios no se valoran suficientemente los rasgos utópicos presentes en la sociedad bien ordenada, con todo su componente fantástico o de irrealidad (64). El paso de la sociedad privada a la sociedad bien ordenada, estable y equilibrada, implica un gran cambio que recuerda ciertas concepciones idealistas románticas. Se aspira a superar una sociedad atomizada, sin un fin último compartido, consagrada por la filosofía utilitarista y sus burdos mecanismos agregadores, pasando a una verdadera unión social que ya no sea el ámbito en que los individuos luchan para conseguir sus fines privados, sino una profunda comunidad de valores, en donde se genere y se comporta una misma concepción de la justicia. El diagnóstico de Rawls a la realidad actual parece detectar sobre todo las escisiones provocadas por la falta de un sentido público de justicia, de un común y eficaz asidero en que fundamentar nuestras valoraciones. La reforma social parece que será sobre todo una reforma moral, una transformación de las personas, pasando de un individualismo caótico a una seráfica armonía y complementariedad. Esto llevará a un verdadero florecimiento humano en donde los dilemas público-privado, libertad-igualdad, sean superados, y la política dejará de ser lucha de intereses para convertirse platónicamente en algo sabio y benéfico.

Pero como en toda teoría utópica, hay un profundo abismo abierto entre teoría y práctica, entre los ideales, que no son reales sino reguladores, y la realidad. Y sólo una concepción de la historia y del poder podría tender un puente. Pero en Rawls falta el ingrediente histórico. Únicamente podemos suponer que a la emergencia individual del sentido de la justicia corresponde paralelamente una histórica, desde la indiferenciación de la concepción general a la especial de los principios de justicia. Leyendo los últimos trabajos de Rawls parece que el estado de creencias de una sociedad democrática moderna, eso sí un tanto purgado de distorsiones y limando ciertas asperezas, es el máximo grado de desarrollo del sentido de justicia. El presente tiene así algo de culminación de los tiempos, de autosatisfecha idealización desde la que un tanto olímpicamente se ve el mundo, en una concepción implícita de la historia ingenuamente progresista. Por eso cabría mantener la visión *sub specie aeternitatis*, descartando una ruptura entre *A Theory of Justice* y *Kantian Constructivism*, pues aunque veamos desde el presente (desde la Declaración de Independencia norteamericana para Rawls), en la actualidad desemboca lo mejor de toda la historia. Esto parece también apoyarse en ideas evolucionistas un tanto simplistas e insatisfactorias, y por eso no es tan descaminado como a primera vista pudiera parecer a algunos que Manuel Jiménez eche de menos algo así como una historia hegeliana de la libertad (65).

Si sólo nos quedamos aquí bien puede calificarse a Rawls de reformista que intenta retocar las cosas en un momento de deslegitimación. Pero en el paso del presente de la sociedad privada al futuro de la sociedad bien orde-

(64) Sólo J. RUBIO CARRACEDO, «Constructivismo...» cit., apunta los rasgos utópicos de Rawls. Muchos están también descritos en M. J. AGRA, *J. Rawls...* cit., pero sólo les da un sentido reformista. En J. HERRERA FLORES, «La participación...» cit., hay una completa información sobre la concepción política de Rawls y sus ambigüedades.

(65) M. JIMÉNEZ, «A propósito de la versión castellana...» cit., pág. 239.

nada hay un salto considerable, por encima de ciertas perplejidades, incluso de Rawls, que no siempre parece seguro de hasta qué punto su teoría se despega realmente del presente. Y si puede resultar antipático ver a Rawls consagrando el presente, todavía lo puede ser más viéndole hacer utopía, en una lectura que potencie alguno de los rasgos anticipadores de su obra, que llevan a una sociedad cerrada, en terminología de Popper, en donde por lo que a la justicia respecta se para la historia.

Hasta ahora uno de los propósitos de los estudiosos de Rawls era dar a conocer su teoría y la polémica que ha generado. En este aspecto el objetivo casi se ha cumplido y hoy el lector español posee unos medios suficientes para acceder a este pensamiento. Por eso contando ya con la recepción y liberados de la filología podemos ir pensando en atrevernos a hacer filosofía, pasando de transmitir las ideas de Rawls a utilizarlas como un estímulo más para pensar por nuestra cuenta.

EL DERECHO COMO SISTEMA DE REGLAS

(Sobre un libro de W. KRAWIETZ)

MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

Para Werner Krawietz la cuestión relativa a la estructura de la norma jurídica es la cuestión medular de la Teoría del Derecho. Pero esto siempre que se acepte el supuesto de que el Derecho en toda Sociedad moderna funciona como instancia reguladora de las relaciones interhumanas. Además, esta cuestión central afecta tanto a la Teoría general del Derecho y a la Metodología jurídica como a la Ciencia jurídica práctica y a la praxis jurídica. Una precisión más todavía: la primera, es decir, la Teoría general del Derecho, hay que entenderla en estrecha conexión, no sólo con la Ciencia del Derecho en sentido estricto (Dogmática jurídica), sino también con la Filosofía del Derecho y la Sociología jurídica.

En el nivel teórico esto conduce a una Teoría estructural del Derecho. Pero es necesario precisar en qué sentido, pues también la corriente analítica considera que la cuestión central de la Teoría del Derecho es la relativa a la estructura de la norma jurídica. Ahora bien, según ella, cuando se habla de la estructura de la norma jurídica, se ha de entender su estructura lingüística y lógico-formal. Mientras que para una Teoría del Derecho basada en una concepción *realista*, como la que Krawietz propugna, cuyo punto de partida es el análisis de la estructura social del Derecho, la propia estructura lingüística de las normas jurídicas no puede comprenderse adecuadamente sin tener en cuenta los componentes sociales, así como los presupuestos y condicionamientos socio-políticos de su función normativa. En consecuencia, la cuestión medular de la Teoría del Derecho en la actualidad sigue siendo la relativa a la estructura de la norma jurídica; pero para una Teoría (*realista*) del Derecho tal cuestión se convierte más bien en la cuestión relativa a la estructura del orden jurídico. Una observación muy importante: cuando se habla aquí de «Teoría *realista* del Derecho» es preciso tener muy en cuenta que Krawietz se refiere a la existencia de un verdadero realismo jurídico germánico, que, por su propia naturaleza, se diferencia tanto del realismo jurídico escandinavo como del norteamericano. El exponente más preclaro de ese realismo es para él la llamada «Münstersche Schule», o Escuela münsterana, cuyo pionero y principal representante sería Helmut Schelsky, conocido e ilustre sociólogo del Derecho.

Con miras a clarificar esta cuestión central de la Teoría del Derecho y con ello también con miras a sentar las bases de una Teoría estructural

(*realista!*) del Derecho, Krawietz ha publicado en los últimos quince años una serie de estudios de gran importancia para la investigación teórico-jurídica actual. Una cuidada selección de estos estudios la presenta ahora en forma de libro con el expresivo título de «El Derecho como sistema de reglas» (1). De su denso contenido ofrecemos aquí una breve síntesis.

I

Los tres primeros estudios muestran una configuración similar, pues, partiendo de la estructura normativamente eficiente de las reglas jurídicas en la vida jurídica práctica, tratan de analizar y describir la estructura y las funciones del Derecho tal como una y otras se presentan en los sistemas jurídicos estatalmente organizados de la Sociedad moderna. El punto de vista adoptado es el de una consideración realista del Derecho, pero en el sentido antes indicado.

Bajo este punto de vista, el primer estudio versa sobre las funciones y los límites de la Ciencia dogmática del Derecho. En él se analizan, bajo una nueva óptica realista, algunas cuestiones bien conocidas y se sugieren otras no tan conocidas. Las primeras versan sobre la relación entre Ciencia dogmática del Derecho y Ciencias sociales, así como entre Dogmática jurídica y Ciencia del Derecho, poniendo de relieve por una parte el aislamiento de la Ciencia dogmática del Derecho y la progresiva independencia de las Ciencias sociales, y, por otra, la necesidad ineludible de una cientificación continuada del pensamiento jurídico, pero con conciencia clara de los límites y barreras que ha encontrado en su caminar la Ciencia dogmática del Derecho de los dos últimos siglos. Para obviar estas dificultades y sortear estos límites, es preciso conocer bien cuáles son las premisas del Derecho y de la Ciencia dogmática del Derecho, lo que hará que la Jurisprudencia dogmática evolucione hacia una Ciencia social normativa, que ve en el Derecho un sistema de reglas de la conducta humana. Krawietz pretende aunar bajo esta perspectiva doctrinas tan conocidas por los juristas tanto teóricos como prácticos (aunque, por supuesto, en distinta medida según los países que componen el ámbito europeo), como el último Ihering, el movimiento del Derecho libre, la Jurisprudencia pragmática, con otras doctrinas menos conocidas por los juristas por ser más bien de carácter sociológico, como la interpretación de Max Weber por parte de Talcott Parsons, y sobre todo la nueva versión y formulación de la Teoría social de este último hecha por N. Luhmann en su Teoría de los sistemas sociales. Sólo así cree que se pueden entender adecuadamente las funciones del Derecho como *sistema de reglas*, tanto en el plano del establecimiento del Derecho vigente como en el plano de su aplicación práctica.

En algunos de estos puntos relevantes insiste de nuevo Krawietz en el segundo de los estudios aquí recogidos, el que se ocupa de la «Metodología jurídica y sus implicaciones teórico-jurídicas». Aquí su punto de partida

(1) *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner, 1984, 231 p.

es que el Derecho es una estructura normativa de la Sociedad. De nuevo aparece la crítica a la Dogmática jurídica o Ciencia dogmática del Derecho desde una perspectiva realista, señalando específicamente sus riesgos y sus límites, con gran aportación de datos y con una información bibliográfica de la más reciente actualidad sobre el tema, que además es valorada con sumo acierto. Lo nuevo ahora consiste en hacer girar la discusión sobre la utilidad de la Dogmática jurídica en torno a la cuestión metódica. En este sentido Krawietz analiza, a mi juicio con pleno conocimiento de todas sus implicaciones, la disputa sobre el método que tanta tinta hizo correr a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y desvela los presupuestos doctrinales latentes en esa disputa. Además sugiere algunas alternativas posibles a la Dogmática jurídica tradicional y a su Metodología jurídica, con miras, como siempre procura señalar, a hacerla útil para la praxis jurídica, fundamentalmente para la resolución judicial de los conflictos sociales.

Considero, sin embargo, que mucho más importante es todavía el tercer estudio, no sólo porque cae de lleno en el tema central de mis investigaciones actuales, sino también por ser de redacción más reciente y más amplia (data de 1981 su primera publicación). Su título es *Sistema jurídico y racionalidad en la Dogmática jurídica*. Permítaseme por ello referirme a él con una mayor concreción.

Krawietz describe aquí con buen tino cuáles son los puntos de apoyo para lograr una sistematización del Derecho desde la perspectiva de la Teoría y Filosofía del Derecho seguida por la por él llamada «Münstersche Schule» o Escuela münsterana, la cual, siguiendo las huellas doctrinales del malogrado Helmut Schelsky, podría caracterizarse brevemente con la etiqueta de un «realismo jurídico pospositivista», y que tiene en el propio Krawietz su principal representante actual.

Dentro de este contexto me parecen del máximo interés algunas aportaciones de Krawietz sobre la génesis y evolución de la formación del sistema jurídico, aunque no se adentre en lo que para mí es la puerta de entrada y de salida de toda la cuestión: la formación de la propia idea de sistema. Por eso sus observaciones y sus datos, algunos de ellos para mí hasta ahora ignotos, se limitan a finales del siglo XVIII —época, por lo demás, bien conocida por Krawietz— y más propiamente a Christian Wolff y su Escuela, así como a la trascendencia que para el pensamiento jurídico tuvo el concepto de sistema propuesto por Kant. Además, por lo que se refiere al sistema jurídico propiamente dicho, se ciñe exclusivamente al pensamiento alemán del siglo XIX y parte del siglo XX, concretamente en este caso a la idea de sistema jurídico de dos corrientes de pensamiento por lo demás modélicas: la Jurisprudencia de intereses y la Jurisprudencia valorativa.

Las consecuencias que esta somera evolución histórica comportan para la sistematización del Derecho y para la idea de sistema en el Derecho son múltiples, pero la primordial según Krawietz quizá sea la necesidad de distinguir claramente dos aspectos fundamentales del sistema jurídico. El primero se refiere al sistema jurídico como algo *dado*, bien se entienda esto solamente referido a las normas jurídicas o bien referido a la vez a las

normas jurídicas y a las decisiones jurídicas —aunque no lo explica más, parece que lo que principalmente tiene en cuenta son las sentencias judiciales, sin que dé pie para excluir o incluir también las resoluciones administrativas—. El segundo aspecto se refiere al sistema *construido* por la Ciencia del Derecho para reducir a unidad y orden expositivo lo que es su objeto de estudio, que a su vez son también sólo normas, o bien normas y decisiones (judiciales!). En la práctica, indica Krawietz, ambos aspectos se presentan entrelazados, siendo lo más importante el que conjuntamente apuntan a un tipo de sistema previo, que es el *sistema social*, del que ellos son justamente sistemas subsidiarios o *subsistemas*. Esto, por supuesto, suena a Luhmann y lejanamente a Parsons. La mayor dificultad consiste aquí, a mi modo de ver, en cómo es posible compaginar y armonizar estas diferentes ideas de sistema en un sistema jurídico que se pretende ofrecer condecorado con las prerrogativas de inmunidad, solvencia y funcionabilidad práctica. Sobre ello todavía tendremos mucho que discutir.

II

Un segundo grupo de estudios está dedicado a comparar la Teoría pura del Derecho y la Teoría marxista del Derecho con la Teoría del sistema en la versión que de ésta nos ofrece N. Luhmann, y siempre con miras a configurar una Teoría estructural del Derecho. Su misma rúbrica es similar, pues el primer estudio se titula: *¿Teoría pura del Derecho o Teoría del sistema? Preguntas a una Jurisprudencia analítica*; mientras que el segundo lleva por título: *¿Marxismo o Teoría del sistema? Preguntas a una Teoría marxista del Derecho*.

Por lo que se refiere a la Teoría pura del Derecho, Krawietz analiza ante todo el postulado de la pureza metodológica y principalmente el problema de su aplicación en el campo de las Ciencias sociales —Economía, Sociología, Jurisprudencia— para llegar a la conclusión de su inviabilidad desde el punto de vista de una Teoría *realista* del Derecho. Con mayor finura Krawietz descubre los componentes ideológicos de la Teoría pura del Derecho y advierte seriamente sobre el peligro que consigo lleva una ideologización del sistema social, precisamente como consecuencia de ese sometimiento al postulado (¿decimonónico?) de la pureza metódica. Esto le permite sacar unas conclusiones muy importantes para una autorreflexión crítica sobre el sistema en el Derecho en el doble aspecto ya indicado de sistema del Derecho y sistema de la Ciencia del Derecho. El paso siguiente sería mostrar la relación e interdependencia existentes entre sistema del Derecho y sistema de la Ciencia del Derecho. A pesar de que ambos están integrados en el *sistema social*, Krawietz entiende que se debe admitir la autonomía tanto del sistema del Derecho como del sistema de la Ciencia jurídica; además en esto radica a su juicio, una de las principales aportaciones positivas de la Teoría pura del Derecho y de la Jurisprudencia analítica a la Teoría del Derecho actual.

Sin quitarle valor al conjunto de este excelente estudio, para mí lo más interesante me parece ser el último apartado, en que, bajo la perspectiva de una Teoría *realista* del Derecho enraizada en una Teoría del sistema *auto-*

poiética o *autoreferencial*, se examinan los aspectos tanto positivos como negativos, bien de una *desideologización* o bien de una *reideologización* de la Teoría pura del Derecho, poniendo de relieve los peligros que ambas tendencias, la desideologizadora y la reideologizadora, implican para una evolución ortodoxa de la Teoría pura del Derecho.

El análisis crítico de la Teoría marxista del Derecho desde el punto de vista de la Teoría de los sistemas tiene naturalmente muy diferentes connotaciones, pero conduce a idénticos resultados. Krawietz selecciona para su análisis crítico cuatro aspectos fundamentales: en primer lugar si merece la pena una cooperación con la Teoría marxista de la Sociedad y del Derecho o si se deben mantener el enfrentamiento y la confrontación ya tradicionales en el pensamiento jurídico occidental; en segundo lugar la cuestión básica de la relación existente entre sistema del Derecho y sistema de la Sociedad; en tercer lugar, la conexión entre Teoría del Derecho y Teoría de la Sociedad en la investigación teórico-sistemática; y por último, el análisis de la Teoría del Derecho como Teoría de los sistemas sociales.

III

La última sección del libro comprende un solo estudio, aunque bastante extenso y hasta ahora inédito. Su título es *Theorieintegration oder Theorie-substitution in der Jurisprudenz?*, es decir, *¿Integración de teorías o sustitución de teorías en la Jurisprudencia?* El problema que en él se aborda, como su propio título indica, es si en la Jurisprudencia, entendida como Ciencia fundamental del Derecho, no hay propiamente una tradición doctrinal unívoca, ni siquiera en el sentido de una integración o complementación de teorías, sino más bien una continua sustitución de unas teorías por otras.

Krawietz utiliza conscientemente el término latino «Substitution» en vez del equivalente germano «Ersetzung», entre otras cosas porque lo considera más claro y expresivo. Con él quiere expresar el relevo de una Teoría del Derecho por otra, de modo tal que esta última ocupa el lugar de la primera. En realidad tanto el término como el concepto proceden de Luhmann y pertenecen al lenguaje específico de su Teoría de los sistemas sociales, cosa que el mismo Krawietz reconoce y noblemente agradece; así nominalmente en su estudio *Theoriesubstitution in der Erziehungswissenschaft; Von der Philanthropie zum Neuhumanismus* (ahora publicado den su colección de estudios «Gesellschaftsstruktur und Semantik», t. II, Frankfurt a. M., 1981, pp. 105-194).

Como casos paradigmáticos de sustitución de teorías, Krawietz resalta y analiza los siguientes: la sustitución de las doctrinas del Derecho natural y del Derecho racional por las teorías del Derecho positivo o respectivamente por la teoría de una Jurisprudencia científica específica; la sustitución de una Jurisprudencia analítico-normativa por una Jurisprudencia normativo-realista; la curiosa y a la vez difícil cuestión de si hubo una autosustitución, y no una evolución en la Teoría pura del Derecho de Kelsen; por último, sí puede y debe hablarse de una sustitución de la Escuela pura del Derecho de Viena por la Escuela pura del Derecho de Brünn (El juego de palabras

Wiener rechtstheoretische Schule-Brünner rechtstheoretische Schule, que da a la cuestión un matiz tan específico y atractivo, es obviamente irreproducible en lengua hispana).

Por último, Krawietz examina y establece tanto las condiciones como los presupuestos para una «Teoría de la sustitución de las teorías en la Jurisprudencia» e indica cuáles son los puntos de apoyo, así como los medios y las vías, para un control racional de la sustitución de teorías en la Jurisprudencia. Estamos, por tanto, ante uno de los estudios más originales, mejor elaborados y más sugerentes de los que han salido de la prestigiosa pluma de Werner Krawietz.

ENTRE LA PESADILLA Y EL SUEÑO

Comentario al libro de Juan Ramón Capella
ENTRE SUEÑOS (Icaria, Barcelona, 1985)

MANUEL ATIENZA

Alicante

1. Por una feliz casualidad (feliz porque me permite encontrar un comienzo para este comentario), he leído el último libro de Juan Ramón Capella (por supuesto —o, al menos, así lo creo— entre sueños, es decir en estado de vigilia) inmediatamente después de un ensayo de Hans Buchheim sobre el radicalismo (en *Política y poder*, Alfa, Barcelona-Caracas, 1985). Según este último autor —que no es precisamente un radical—, «quien piensa radicalmente rastrea (...) el principio que se esconde en un asunto, luego infiere las conclusiones que resultan de manera inmediata del principio y, al final, considera la cosa exclusivamente desde el punto de vista de los principios. Quien actúa radicalmente lleva a cabo consecuentemente las conclusiones y exigencias que resultan del principio. Aduce que la coherencia es una virtud y prescinde por ello con buena conciencia de tomar en cuenta otros puntos de vista e intereses. Los objetivos que se infieren inmediatamente de consideraciones de principio son necesariamente extremos; el radical se propone realizarlos en esta forma extrema. Por consiguiente, los conceptos radicalismo y extremismo designan el mismo fenómeno; el primero se refiere más bien a la forma de pensar; el segundo, a los objetivos» (p. 125). De aquí, el autor germánico extrae varias conclusiones que quizá puedan condensarse en las dos siguientes, una referida a la esfera política y otra a la esfera ética: 1) El pensamiento y el actuar radicales son impolíticos, pues «el sentido y el fin de la política reside en que los hombres, que no pueden escapar de la vida en común, no mantengan una guerra de todos contra todos, sino que, a pesar de los intereses contrapuestos, busquen compromisos, a pesar de la diferente orientación de la autocomprensión individual, se preocupen por lograr una base común de comprensión» (p. 125). Y 2) La amenaza del totalitarismo (en Alemania) está siempre latente bajo la forma del radicalismo político y del rigorismo moral. El radicalismo (uno de cuyos productos más típicos es la utopía) en el ámbito de la moralidad entiende los principios no como pautas de orientación, sino como proyecto alternativo a la realidad (p. 130). La manifestación del radicalismo en el ámbito ético es el rigorismo moral, la escrupulosidad. Y «cuando la escrupulosidad se transforma en criterio para juzgar a los demás, se

convierte en terror. Pues al considerar como inmoral en el prójimo todo aquello que no es perfecto, coloca a la persona en cuestión en una permanente culpa de conciencia y provoca la paulatina destrucción de su propia identidad. Por ello la crítica escrupulosa del comportamiento individual es uno de los instrumentos más eficaces del terror de los regímenes totalitarios» (p. 133).

Me apresuro a decir que mientras que la primera conclusión (el carácter impo.ítico del radicalismo) me parece discutible, la segunda la considero lisa y llanamente falsa: no creo que el radicalismo en política lleve necesariamente al rigorismo moral, ni creo tampoco que el rigorismo o la escrupulosidad moral pueda, de ninguna manera, vincularse con las *prácticas* nazis, fascistas o, en general, totalitarias. Aunque no pueda entrar en detalles, comparto la opinión de que el totalitarismo político —en cuanto práctica, no en cuanto ideología— se caracteriza precisamente por la subordinación de la ética a la política, pero no al contrario. El razonamiento de Buchheim es falaz —entre otras posibles razones— porque se empeña en aproximar dos fenómenos que, en mi opinión, pueden darse perfectamente por separado: el radicalismo y el extremismo, entendidos ambos en el sentido en que él lo hace. Yo no veo que sea imposible ser políticamente un radical y, al mismo tiempo, no ser un extremista, sino, por ejemplo, un reformista o un nihilista político. En otras palabras, en política se puede pensar radicalmente, pero contentarse con realizar acciones o participar en movimientos de carácter reformista (es decir, que sólo se plantean —al menos a corto plazo— objetivos limitados), o bien llegar a la conclusión de que no existe ninguna alternativa viable —fácticamente, éticamente, etcétera— para la puesta en práctica de los principios «radicales» de que se parte y renunciar, en consecuencia, a la praxis política. Una persona de alguno de los dos tipos indicados no sería quizá enteramente feliz, pero la felicidad sí que no parece estar entre las notas definitorias del políticamente radical.

Todo este largo excursus viene a propósito de lo siguiente. El libro de Juan Ramón Capella, *Entre sueños*, es, sin duda, el de un teórico de la política de signo radical, pero no creo que sea en absoluto el de un extremista. La duda, el problema —tal y como yo lo veo— estaría en saber si lo que promueve el mismo —objetivamente, es decir, con independencia de cuáles puedan haber sido los deseos subjetivos del autor— es una suerte de reformismo, o de nihilismo político, o alguna otra alternativa distinta.

2. Pero empecemos por el principio. Este conjunto de ensayos de filosofía política que lleva el desconcertante, inquietante, amargo, poético, ingenuo, esperanzador, irónico, ambiguo... título de *Entre sueños* fueron escritos a lo largo aproximadamente de una década. Es éste un dato a tener muy en cuenta, pues permite explicar ciertos cambios de énfasis y, sobre todo, de estilo —más doctrinario y abstracto en los primeros trabajos, más directo y pregnante en los últimos—, que, sin embargo, no afectan a la concepción de fondo que sigue siendo substancialmente la misma. El núcleo del pensamiento político de Capella creo que se puede caracterizar a partir de los tres siguientes rasgos.

El primero es la procedencia marxista del entramado teórico que vertebra su filosofía política, así como de la idea práctica que guía todo su discurso: la emancipación humana, entendida como tarea que desemboca socialmente en el comunismo y políticamente en la acracia. Sin embargo, mientras que la «idealidad fundamental» de Marx no es puesta nunca en cuestión por Capella, no ocurre lo mismo con el aparato teórico del marxismo, con respecto al cual el autor de *Entre sueños* va mostrando a lo largo de su libro una distancia cada vez mayor que no le impide, en todo caso, seguir situándose dentro de la tradición de pensamiento marxista. Los puntos en que se separa de Marx —o del marxismo— me parece que son, esencialmente, los siguientes: 1) La tesis —más propia de todas formas de Engels que de Marx— de que el Estado puede extinguirse por sí mismo cuando desaparezca el antagonismo de clase (p. 60). En opinión de Capella —que modifica así su propia postura de una conocida obra anterior— el Estado no se extingue por sí mismo, sino que ha de ser extinguido (p. 32). 2) La tendencia a considerar —lo que está en la base de la anterior tesis— que las sobreestructuras cumplen un papel prácticamente inerte en el todo social. El «economicismo» y el «mecanicismo» de la tradición marxista ha condenado al subdesarrollo el estudio de los factores sobreestructurales, ha impedido comprender que «las condiciones que penden por realizar para el acceso a la sociedad comunista son fundamentalmente sobreestructurales: políticas, morales, ideológicas, culturales» (p. 37) y que la separación entre el «Estado» y la «sociedad» significa esencialmente la constitución de un aparato específico de poder político, pero no la ausencia de función del Estado en la reproducción económica: las sociedades que conocemos son, en definitivas cuentas, sociedades económico-políticas (p. 186). La política —cabría quizá concluir— tiene tal importancia que no puede ser considerada simplemente como una *sobreestructura*. 3) La idea de que la propiedad privada, en cuanto eje central de la dominación capitalista, permite por sí misma explicar el hecho de la dominación de clase. Dicho de otra manera, la suposición de que la abolición de la propiedad privada significa también la supresión de las clases sociales. Los países de «socialismo real» son la demostración práctica de la falsedad de esta tesis: el fin de la propiedad privada no ha traído consigo el socialismo, sino un nuevo tipo de sociedad de clase y una nueva clase explotadora: la burocracia. 4) La posibilidad de un crecimiento ilimitado de las fuerzas productivas, puesta por Marx como condición para la transición a una sociedad comunista, y que para Capella no constituye ni una condición suficiente ni tampoco una condición necesaria. En efecto, por un lado, el acrecentamiento substancial de las fuerzas productivas se ha dado ya, sin que se haya producido la desaparición de las clases sociales ni siquiera donde ha dejado también de existir el capitalismo; y, por otro lado, el desarrollo ilimitado de las fuerzas productivas no es materialmente posible (por tanto, tampoco es una condición necesaria), pues supone la destrucción del ecosistema en que se basa la vida de la especie. Para Capella, un programa emancipatorio no debe plantearse el objetivo de liberar a las fuerzas productivas del «corsé» de las relaciones de producción, sino el de «liberar a la sociedad de lo que impide ponerlas

bajo control» (p. 119). 5) La escasa importancia concedida a los medios de producción de naturaleza esencialmente intelectual y que cumplen en las sociedades técnicamente adelantadas una función de la máxima relevancia; el problema sin resolver —afirma Capella— es el de la socialización de estos medios de producción, el de acabar con la estratificación social del saber que, en su opinión, es esencial para un programa revolucionario hoy (p. 120). 6) El concepto de necesidad (en que se basa el criterio de justicia de la sociedad comunista) que debería ser revisado, pues mientras que Marx parece pensar (en la *Crítica del programa de Gotha*, que es el texto de Marx más tenido en cuenta por Capella en su obra, lo que no deja de ser significativo) «en necesidades definidas hasta cierto punto subjetivamente» (p. 120), Capella propone la formulación de «un catálogo de necesidades humanas básicas, convencionalmente sostenido, de la misma manera que es un catálogo de derechos convencional, por ejemplo, el de las Naciones Unidas» (p. 112).

El segundo de los rasgos que caracterizan la filosofía política del autor de *Entre sueños* es su crítica radical al sistema político representativo. En su opinión la representación política presupone necesariamente desigualdades sociales *concretas* que tratan de compensarse (precariamente) con la concesión de una igualdad política *abstracta*; en definitiva, el sistema político representativo presupone el capitalismo. Las libertades políticas fundamentales son, por ello, «el dispositivo esencial del consenso respecto de esta forma política. Las libertades del ciudadano formalmente igual» (p. 143). Dichas libertades tienen, por un lado, un carácter ideológico, pues contribuyen a ocultar «la *composición social del aparato del poder*, integrado esencialmente, en sus lugares de realización de trabajo ordenante, por sujetos asimilados a las clases sociales hegemónicas (detentadoras de medios de producción materiales o intelectuales), con su sobredotación de poder político» (p. 143); la existencia en los Estados modernos de poder político en manos privadas (pp. 129-130); el hecho de que el centro real de poder en el capitalismo maduro no es el parlamento, sino el poder ejecutivo y sus relaciones con el capital monopolista, las finanzas, etc., que escapan de *todo* control democrático (p. 25); el carácter elitista de la representación política que se da con amplia independencia de los estratos sociales sobre los que se sostienen los diversos sectores de esta representación: ello revela además que «la causalidad del elitismo corresponde a rasgos estructurales del sistema y no a estrategias de funcionamiento» (pp. 141-142). Por otro lado, las libertades políticas tienen un carácter frágil, están, cabría decir, constantemente en peligro —lo que admiten implícitamente sus propios defensores—, pero lo que las pone en peligro no es «la crítica del sistema político...» que admite. «Si la libertad política está amenazada, desde luego no lo está por el examen de las causas de la amenaza (...) esa amenaza a la libertad procede de la voluntad de mantenimiento del sistema económico social de un mundo en el que coexisten millones de muertos por hambre y productos industriales para combatir enfermedades de sobrealimentación» (p. 139). En definitiva, el mecanismo de la representación política parece ser incompatible con la democracia «real» o participativa (y con el socialismo) no sólo porque donde se da la una no se da la otra (el sistema representativo del capitalis-

mo excluye *por incongruencia con el sistema* «el mandato imperativo, la responsabilidad del representante ante el ciudadano elector la participación política asamblearia, el refreco popular de decisiones concretas que hoy facilitan los medios informáticos y cualquier artificio institucional materializador de la igualdad política formal» (p. 142), sino porque aunque el ejercicio de las libertades democráticas y de la soberanía popular «no sea inútil», «la transformación «parlamentaria» es probablemente imposible» (p. 27), esto es, la vía hacia el socialismo, hacia la emancipación humana, no parece pasar, al menos esencialmente, por las instituciones democrático-representativas; creer otra cosa sería incurrir en las «ilusiones de Engels», en las «ilusiones socialdemócratas de tantos revolucionarios» (p. 27).

Finalmente, el tercero de los rasgos lo constituye la conciencia de que estamos inmersos en una profunda crisis civilizatoria que condiciona toda la reflexión y la práctica política y ética. Algunas de las características de dicha crisis civilizatoria serían las siguientes. 1) Ante todo, la amenaza ecológica y nuclear que hace que la crisis actual sea cualitativamente diferente de todas las anteriores: por primera vez en la historia de la humanidad, lo que está en peligro es la supervivencia de la especie sin más; además, la civilización contemporánea no puede seguir basándose en un crecimiento de tipo cuantitativo sin limitar gravemente las condiciones de existencia de las generaciones futuras. 2) El antagonismo existente entre el progreso tecnológico, por un lado, y el progreso social, por el otro. Como antes se indicó, el extraordinario desarrollo de las fuerzas productivas, hecho posible fundamentalmente por el progreso científico y tecnológico, no sólo no ha supuesto terminar con la miseria en que vive una mayoría de los pobladores del planeta (cuya situación más bien se ha agravado a medida que aumentaba inmensamente la riqueza de los menos), sino que ha permitido construir «artefactos suficientes para materializar el genocidio absoluto» (p. 174). Este antagonismo tiene que ver con la reducción de la razón a la razón cientificista (cuando —argumenta Capella— «la idealidad, el sueño que soñamos despiertos son también ejercicios de la razón susceptibles de argumentación racional y prueba práctica» (p. 178) y con el subdesarrollo en que se encuentran las «ciencias» sociales: «el saber social contemporáneo guarda bastante parecido con el saber natural de los alquimistas del siglo XVI, mezcla de penetración científica y vagar de la consciencia. Su palmario atraso sólo es comparable con su falta de difusión, con la desinformación de las poblaciones respecto de sus pobres conquistas» (p. 177). 3) La «fascitización silenciosa» que caracteriza al Estado burgués de final de siglo que adopta rasgos híbridos permanentes: rasgos de sistema representativo y rasgos fascistas encubiertos. Entre estos últimos se encuentran: la estatalización de los partidos políticos (que de organizaciones generadas por la sociedad y vinculadas a ella pasan a convertirse en elementos del dispositivo estatal mismo), su burocratización interna (el poder de los partidos se concentra en los centros ejecutivos, restando publicidad al procedimiento interno de toma de decisiones), el auge de la «razón de Estado y del «secreto de Estado» (que hace que una amplia zona de actuaciones del poder se vuelva clandestina), la simbiosis entre los Estados y el capital transnacional a tra-

vés de «la industria de la manipulación de las conciencias» (que, a su vez, activa la legitimación de los aspectos fascistizantes que se desarrollan en el interior del Estado representativo), y, en general, todos los aspectos del capitalismo maduro que, como hemos visto, tienden a ocultar la ideología de las libertades políticas (carácter elitista de la representación política, composición *social* clasista del aparato de poder, existencia de poder público en manos privadas, traslado del centro de poder desde el parlamento al ejecutivo y otras instancias que escapan de todo control democrático, etc.). Es importante tener en cuenta que Capella —siguiendo una sugerencia de Cerroni— parte de una definición del fascismo no en cuanto movimiento de masas, sino en cuanto *modo de ejercicio del poder*. Y en este sentido, el fascismo se caracteriza «en primer lugar por la sustitución de la *élite* política propia del Estado representativo por un personal estatal dirigente obtenido diferentemente: ya sea personal procedente del movimiento fascista, cuando existe, ya procedente de la cúpula de la burocracia del Estado, fundamentalmente de personal militar» (p. 145). Sin embargo, en opinión de Capella, «los cambios que introduce el fascismo en los aparatos burocráticos y militares del Estado burgués son mínimos, y nunca estructurales» (p. 146). Y añade luego: «Objetivamente, son los aparatos burocráticos del Estado burgués, y no las libertades políticas, el elemento más esencialmente característico de este tipo de poder» (p. 146). 4) La insuficiencia de los instrumentos políticos de regulación social existentes para hacer frente a la crisis civilizatoria presente (p. 173). Las instituciones políticas —«salvaguardadoras de un intercambio desigual internacional que puede representarse intelectualmente como canibalismo indirecto» (pp. 184-5)— han dejado de cumplir una función civilizatoria. El Estado moderno —un organismo social aparecido hacia el siglo XVI— se muestra hoy «incapaz de contener el progreso de la barbarie» y su evolución apunta hacia «una forma imperial tendencialmente mundial, que es seguramente la *propia barbarie organizada*» (p. 133).

3. Personalmente, comparto bastantes de las tesis de Capella, e incluso diría que lo que me separa de él es, sobre todo y quizá únicamente, una cuestión de énfasis. En particular, mis discrepancias se refieren a lo siguiente:

1) Aunque coincido substancialmente con la valoración que hace de Marx y de la tradición marxista, hay un extremo que no me parece que esté tan claro en la obra de Marx como parece suponerlo Capella. Me refiero a la tesis de la extinción del Estado (y, por tanto, del Derecho) que aparece formulada claramente en bastantes de las obras de Marx, pero no así en la última —en la *Crítica del programa de Gotha*— que precisamente es a la que Capella presta mayor atención —y con razón— en su libro. La cuestión tiene su importancia (mi opinión es que en la *Crítica del programa de Gotha* y en otros escritos del «viejo Marx» «desaparece» la tesis de la «desaparición del Estado» sin que quede claramente indicada su postura al respecto), porque se conecta con el tema de si el proyecto emancipatorio de Marx desemboca o no en la *acracia* política.

2) El planteamiento en relación con las libertades políticas (más inspirado en el «joven Marx», en el de *La cuestión judía*, que en el «viejo Marx»,

en el de *El Capital*) resulta en mi opinión insatisfactorio, no tanto por lo que dice, como por lo que omite. Por un lado, hablar de libertades «políticas» significa emplear un término (y un concepto) excesivamente restringido: los «derechos humanos» (expresión por la que Capella no parece sentir excesivo apego) que se vinculan con el Estado democrático representativo (expresión, a su vez, que nuestro autor emplea en lugar de la más usual de Estado de Derecho) no son sólo las libertades *políticas*, las libertades del *ciudadano* «formalmente igual», sino también los derechos y libertades del *hombre* en cuanto miembro de la sociedad civil o en cuanto individuo; uno puede soñar con una sociedad que no necesite ya de libertades políticas (es decir, de las del Estado representativo), pues los individuos habrían «aprendido a no tener representantes políticos», pero una sociedad que no necesitara, por ejemplo, del derecho de *habeas corpus* sería más bien de temer. Por otro lado, Capella no parece tener suficientemente en cuenta —algo que, según creo, sí que está en algunas de las obras de Marx— el posible carácter contradictorio, *dialéctico*, de algunos «derechos humanos», incluidas las (o, si se quiere, algunas) libertades políticas: aunque el capitalismo los haya hecho surgir, su función civilizatoria no parece que pueda terminarse con este tipo de organización social.

3) El autor de *Entre sueños* es quizá excesivamente crítico con las instituciones del Estado político representativo, y quizá demasiado poco con las que se vinculan con la democracia directa: yo no veo nada claro que el mandato imperativo, la participación política asamblearia, el refrendo popular de decisiones concretas, etc., hayan de tener necesariamente, en nuestras sociedades, un carácter positivo (o «más positivo» que las otras). ¿Resulta imposible pensar —temer— que acaben por imponerse incluso como los instrumentos más eficaces para generar consenso, para mantener el actual modelo de sociedad?

4) Algo parecido cabría decir de otra propuesta de Capella (que aparece en el primero de los trabajos del libro, aunque resulta, en mi opinión, incompatible con algunas tesis centrales de la obra), cual es la de configurar el poder político del período de transición «como si no existiera la política»: la representación económica tendría que hacer de intermediaria de la política, el «legislativo» tendría que reflejar «en su estructura vaciada de la coyuntura política, la estructura misma del aparato productivo» (p. 31). ¿No implica lo anterior una reducción del hombre a su mera condición de agente del sistema de producción económica? Y, por cierto, ¿en qué lugar de la estructura (o sobreestructura) política se ubicarían aquellos individuos que carecen de lugar —parados, pensionistas, niños...— en la estructura económica?

5) Su caracterización del fascismo me parece problemática. Por un lado, Capella indica explícitamente que el elemento que tiene en cuenta es el del *modo* de ejercicio del poder, pero, por otro lado, de su análisis se desprende que la base de su caracterización no está tanto en el modo, en el *cómo* se ejerce el poder, cuanto en el *quién lo ejerce*. Así se explica que las libertades políticas pasen a un segundo plano de importancia y que el Estado

democrático representativo y el Estado fascista aparezcan sumamente (innecesariamente, en mi opinión) próximos entre sí, pues ambos son formas del «Estado burgués».

6) Los análisis de Capella son sorprendentemente ajenos a las circunstancias políticas españolas de la última década. Por ejemplo, cuando describe el proceso de fascistización silenciosa de estos años no parece tener en cuenta que el caso español presenta, al menos, *peculiaridades* notables. E igualmente resulta chocante que para ilustrar el proceso de burocratización del poder, de utilización ideológica de las instituciones democrático-representativas, no haya echado mano del proceso autonómico español que —me parece— desde las cordenadas teóricas de Capella difícilmente podría dejar de verse como un formidable señuelo, como una eficiente forma de dar gato (es decir, exacerbación de la burocracia, de las formas políticas representativas) por liebre (esto es, democracia participativa, aproximación real del poder al pueblo).

7) Su escepticismo frente al progreso tecnológico o su crítica de la reducción de la razón a la razón científicista le lleva quizá a postular un concepto de racionalidad poco claro. Uno puede estar dispuesto, por ejemplo, a aceptar sin más que la idealidad, los sueños son también ejercicios de la razón, pero convendría aclarar qué significa afirmar que éstos son susceptibles de «argumentación racional» y, sobre todo, de «prueba práctica».

4. Y ahora conviene volver de nuevo al problema planteado inicialmente, esto es, al de la alternativa política que el autor de *Entre sueños* formula en su obra.

Lo primero que, me parece, hay que descartar es que el libro en cuestión pueda verse como el proyecto político de un «extremista», entendida la expresión en el sentido en que Buchheim lo hacía. Para Capella, la «idealidad emancipatoria» adquiere hoy «un contenido antiexterminista, pues la calcinación y las cenizas no son susceptibles de liberación» (p. 174), lo que significa que es preciso lograr, ante todo, un «compromiso», una «base común de comprensión» (para seguir empleando expresiones de Buchheim) que permita asegurar la supervivencia. Por eso, Capella plantea la necesidad de una «verdadera universalización de una parte fundamental de la moral»; sólo por ignorancia —añade— o por situarse irracionalmente por encima de la especie, cabría precindir de introducir en cada proyecto particular de vida ciertos «elementos comunes de una moral de especie» que podrían consistir «en la determinación de un catálogo de necesidades básicas de la especie» (p. 196). Quien se aproxima a la obra de Capella desde la filosofía del Derecho —dicho sea de manera incidental— no puede dejar de observar ciertas semejanzas entre esta propuesta y el hartiano «contenido mínimo de Derecho natural».

Resulta también claro, en mi opinión, que lo que anida en *Entre sueños* no es tampoco un proyecto político revolucionario, al menos si se entiende «revolucionario» en su sentido usual. Es cierto que Capella habla de revolución (preferentemente en los primeros trabajos de su libro), pero lo hace para referirse sobre todo, o ante todo, a la revolución *cultural*: «Como

la única prueba de la verdad de las proposiciones sociales, y especialmente de las políticas, la da la práctica de masas, y la experiencia de las vías tradicionales emprendidas hasta el presente por la mayoría de las vanguardias políticas no ha hecho sino aplazar la perspectiva de la sociedad comunista, no parece disparatado intentar la formulación de líneas políticas en las que la revolución cultural sea un objetivo previo o simultáneo a la conquista del poder político para la revolución social. Estas líneas tendrían que poner el acento en la iniciativa de las gentes más que en su adhesión, en la educación política más que en la propaganda, en la perspectiva más que en el movimiento, en la articulación y el poder del común más que en la articulación de las vanguardias» (pp. 23-4). Por otro lado, la obra se «cierra» con un interrogante: «sigue siendo cierto que señalado un objetivo necesario los medios son cuestión técnica?» (p. 197), un interrogante retórico (la respuesta al mismo que se desprende del «espíritu» del libro es obviamente negativa), que —supongo— ningún revolucionario clásico —incluido Marx— suscribiría.

Menos aún cabría suponer en el autor de *Entre sueños* intenciones reformistas. Su proyecto político no es el de un reformista, no tanto porque se plantee como objetivo, como fin, un cambio radical, cualitativo, del sistema socio-político (al fin y al cabo, la socialdemocracia clásica —a diferencia del «socialismo democrático» de nuestros días y de nuestro país— también aspiraba a un cambio *del sistema*), sino porque rechaza —o considera ineficaces— como instrumentos de transformación social los medios que procura el Estado democrático representativo (esencialmente, la vía parlamentaria).

Ahora bien, ¿significa lo anterior que la filosofía política de Capella desemboca en el nihilismo político, en la renuncia a actuar políticamente, habida cuenta de la imposibilidad de modificar los cursos de acción ya emprendidos, de actuar éticamente en el contexto de las sociedades realmente existente, de evitar, en definitiva, la catástrofe? Ciertamente, algunos pasajes de la obra parecen llevar a una interpretación de este tipo: «Parece más probable una historia de la decadencia distinta: la gente se acostumbrará a cambiar de vivienda por causa de los accidentes nucleares, a ser tiroteada por error por los agentes del orden existentes; sonreirá ante la memoria de las generaciones que se bañaban en el Mediterráneo y se consolará de la previsible dieta de escasez recordando la sopa de arcilla proteínica de los esclavos de la descomposición romana. Esta puede ser la historia bucólica de la cotidianidad; se entremezclará con otra de lo que aún hoy entendemos por catástrofe» (p. 96). «Convendría ensanchar el planteamiento subrayando la necesidad de no presuponer que el universo moral es liso, esto es, que en toda situación es posible actuar según un proyecto o un código. Por el contrario, es preciso reconocer la posibilidad de «situaciones podridas» en que ninguno de los cursos de acción posibles se conforme con el código o proyecto» (p. 195). Pero también es cierto que el pesimismo resulta en cierta medida «compensado» por la necesidad de la lucha social y política, aunque ésta no aparezca —no pueda aparecer— muy claramente definida: «La amoralidad moralmente justificada de unos, lo inusitado de la práctica social de

otros, la impotencia literal de los más, configuran un presente —Capella escribe esto en 1983— caracterizado por la dificultad de obtener perspectiva. Salvo negativamente. Sin lucha práctica es seguro el avance de la barbarie» (p. 100). «En esta situación, cultivar el legado de Karl Marx significa hacer como él: combatir la barbarie con el estudio y la lucha político-social práctica, en busca de perspectiva programática. Sin ella el movimiento no es nada, o, peor, es impotente ante la perspectiva de exterminio que dibujan con creciente precisión los restantes poderes de la tierra» (p. 121-2).

La conclusión última, pues, es una cierta perplejidad: ninguna de las opciones políticas existentes o que se dibujan como posibles en un horizonte próximo parece aceptable, pero al mismo tiempo tampoco parece aceptable no tomar opción, esto es, no participar en la praxis social. Quienes compartimos con él esa perplejidad comprendemos también que frente a la perspectiva de realización de las pesadillas más siniestras —como se recoge en la solapa del libro— tal vez soñar sea la única opción. Lamentablemente —resulta innecesario añadirlo— confiar en que la capacidad de soñar de los humanos termine por modificar la propia realidad probablemente no sea ya un sueño, sino más bien una ensoñación.

**UN COMENTARIO A LA LECTURA DE «ENTRE SUEÑOS»
POR M. ATIENZA**

JUAN-RAMON CAPELLA

Barcelona

La suave violencia del director del *Anuario de Filosofía del Derecho* me obliga a redactar un comentario a la lectura crítica que Manuel Atienza ha tenido la amabilidad de dedicar a *Entre Sueños*, y que desde luego agradezco.

Cada lectura se realiza desde el cruce de las preocupaciones, creencias, visiones y valores del lector tiene un sentido (en la acepción que convienen los lógicos para el término) difícilmente coincidente con el puesto por el autor. La disonancia cognitiva se produce fácilmente cuando los discursos no parten de postulados convencionales. Desde mi punto de vista, habla en favor de Atienza su intento de elevación sobre el horizonte de la escuela de la que procede, limitado a la cuadratura del círculo de la legitimación de la forma representativa de dominio político, y la vacilación —en sus páginas transparente— acerca de los postulados del contractualismo. Establecido esto, añadiré que las que me parecen incomprensiones de Atienza han suscitado en mí (aparte de dudas metafísicas acerca de la comunicación lingüística) deseos de protesta imposibles de descargar sin convertirme en un latoso impardonable. Como el libro no está agotado y eventualmente podría leerse, comentaré unos pocos puntos que en las páginas de Atienza me han llamado la atención.

Atienza inicia su exposición sugiriendo tras escrutinio que no pertenezco a la especie de virus observados a través del autoritario microscopio de Bucheim. Entiendo que con esta elucidación previa trata de defender mi caso ante la Policía del Pensamiento. Aclararé que tal defensa me parece inútil. Ciertamente que desde el punto de vista estrictamente estético agradecería la instalación de la guillotina eléctrica en la Puerta del Sol (o más abajo: en la Carrera de San Jerónimo mismamente); pero desde un punto de vista práctico postulo y decidida y enérgicamente la consistencia de medios y fines políticomorales. Sé bien que este modo de dirigir la propia práctica es minoritario y marginal: parecerá poco eficaz a quienes buscan producir por producir o gobernar por gobernar, y no puede interesar a los preocupados por justificar las acciones de los funcionarios. Se trata de un postulado ético-político propio de otras gentes, precisamente las contrarias al exterminismo, al sexismo, a la predación ecológica y a la desigualdad social;

corresponde al intento de vivir e intervenir en la cosa pública *de otra manera*, a la búsqueda de un modo de participar en los asuntos que afectan a la vida en común distinto del *normalizado*, que conduce a la catástrofe de las existencias personales de millones de seres humanos y pone en peligro la de la propia especie. Es obvio que para la Policía del Pensamiento el mío no es de fiar (aunque a mí me parezca lamentablemente inocuo): se obstina en preguntar «libertad, ¿para qué?», esto es, si libertad para armarse, para arruinar el lecho ecológico, para modernizar mendigos, etc., pues si ésas son libertades (hoy lo son), *vivan las caenas*. Creo que Manuel Atienza, al ser benévolo conmigo, se vuelve él mismo sospechoso. Viene al caso una reflexión de P. P. Pasolini —muero de ganas de citarle aquí—: «La sociedad devora tanto a los hijos desobedientes como a los que no son desobedientes ni obedientes. Los hijos han de ser obedientes y basta».

Atienza ha acertado con bastantes de las tesis centrales que he tratado de apuntalar estos últimos años. Pero trivializa una para mí capital, relativa al papel del Estado en el proceso de formación de la sociedad moderna. Cierto que mi tratamiento del asunto no es muy feliz, pues casi siempre ha tomado a forma de una crítica de la separación teórica de «sociedad civil» y «sociedad política». Insistiré aquí: la elaboración conceptual de dos «esferas» sociales, la privada y la pública, la económica y la política, o de dos mecanismos de agregación de voluntades, el Estado y el Mercado, ha sido un presupuesto de la reflexión político-social de fondo de la era burguesa que sólo empezó a resquebrajarse con la obra de Marx (la cual, de todos modos, se presta a equívocos al respecto). Esta separación impide percibir que los «dos» mecanismos son mutuamente dependientes, o, dicho de otro modo, que el agregador de relaciones existente es lo que podríamos llamar «la sociedad politizada». Una perspectiva funcionalista (1) difícilmente podrá percibir esta entidad: precisamente la diferenciación de funciones apoya una intuición teórica en la que Estado y Mercado son entes específicos. La perspectiva del individualismo metodológico, por otra parte, conduce a mi modo de ver a un indebido formalismo (2), cuando de lo que se trata, en una aproximación inicial, es de contemplar históricamente la sociedad politizada sin dejar de analizar y someter a crítica los conceptos de que nos servimos para historiar lo que hay. La forma mercancía y la forma Estado lo son de las enajenadas relaciones sociales que han logrado la práctica universalización entre los miembros de nuestra especie.

A la tesis de la extinción del estado no vale la pena darle muchas vueltas filológicas (3). La aspiración a una vida social cuyas normas (o pautas de vida en común) se sostengan por el consenso moral de personas —no

(1) Incluso de un marxismo funcionalista, como el de E. MENDEL.

(2) Por señalar alguna cuestión que escapa a los individualistas metodológicos, está la eminentemente política del sexismo, aunque tal vez NOZICK demuestre que la subalternidad sexual es el resultado lógico de la anarquía de los cromosomas.

(3) ATIENZA —siguiendo a E. DÍAZ, quien al parecer rectificó posteriormente— sostiene la inusitada tesis del abandono por Marx del ideal de extinción del estado en la *Crítica del Programa de Gotha*. Mejor volver a leer.

sujetos— igualmente dotadas socialmente (y no por la coerción de un aparato represivo especial sustraído a *ese* consenso) es un objetivo que la situación actual del universo social muestra alejado. Cabe preguntarse si está al alcance de este despliegue particular de la Naturaleza que es nuestra especie. Un autor de ciencia-ficción podría imaginar vida inteligente y además individual en algún punto galáctico donde el consumo energético *per capita* fuera muy bajo y la energía muy abundante e inmediatamente disponible, esto es, donde no hubiera que ganar el pan con el sudor de la frente sino que el trabajo fuera algo parecido a nuestra respiración: la explotación del sobretrabajo ajeno no sería rentable y consistentemente esas gentes hipotéticas serían ácratas desde siempre. En nuestro planeta la extinción del Estado y más en general del poder político está condicionada a la eliminación de todo género de explotación: incluida la explotación por las generaciones actuales de los medios de existencia de las generaciones futuras (4). Pero no deja de ser un ideal para algunos irrenunciable. Su realizabilidad es, en función de las condiciones de existencia, en parte cuestión de más o menos astucia de la razón, pero lo es inevitablemente también de *poiesis*. Quizá esta especie no consiga acabar nunca con la explotación y el consiguiente dominio político de unas personas por otras; si así fuera habría que convenir que la capacidad intelectual de los seres humanos es un viaje equivocado de la naturaleza.

La distinción entre un «joven Marx» de *Sobre la cuestión judía* y un «viejo Marx» de *El Capital* a propósito del tema de las libertades políticas realizada por Atienza es una novedad filológica que quizá consiga resucitar la difunta *coupure* althusseriana. ¿Se apoya Atienza en los textos de *El Capital* sobre la reducción de la jornada de trabajo? Hay que esperar una publicación suya sobre el tema, rogándole que no nos tenga mucho tiempo sobre ascuas.

En lo que me concierne, no creo haber empleado «estado democrático representativo» (sí «estado representativo»), pero Manuel Atienza acierta de lleno al señalar que no me gusta la expresión «derechos humanos». Tengo contra ella razones de dos tipos. Una moral-emocional: los mismos Entes Ominosos que sufragán la elaboración del discurso académico fundamentador de los «derechos humanos» mantienen a casi todos los torturadores que en el mundo hay (a veces me pregunto, al cobrar mi nómina de funcionario, en que innumerable compañía estoy en los ordenadores que la preparan). La razón intelectual es la siguiente: los derechos civiles, las libertades políticas y las garantías individuales no me parecen *connaturales* al hombre (no son humanos como es humana la mano, o la voz) sino históricos. Son convenciones acerca de la existencia histórico-política de las gentes. Por otra parte han cobrado una coloración clasista. Los llamados derechos humanos, sociales y culturales tienen por objeto *eleva*r la existencia de las personas a la condición de una existencia burguesa. Y la condición burguesa no es la condición humana. Me parece inconsistente una universalización de las gentes construida así. En el plano de las ideas filosóficas —que no veo nítidamente distinguido del plano de las técnico-jurídicas en las precedentes páginas de Atienza—

(4) Vid. J. MARTÍNEZ ALIER, *El ecologismo y la economía* (ed. cast., Barcelona, Península).

puede resultar fecundo elaborar una reflexión de P. P. Pasolini pertinente al respecto (5).

No conviene pasar atropelladamente sobre cuestiones como el cambio tecnológico (que Atienza valora directamente como progreso) y la racionalidad en una época como ésta. Sobre los límites de la racionalidad burguesa existe un discurso ampliamente polifónico que a estas alturas no se puede ignorar, entre otras cosas porque sigue siendo cierto lo esencial de la afirmación de Adam Smith: «En las sociedades opulentas y comerciales, pensar o razonar viene a ser, como cualquier otra actividad, un negocio privado, llevado por unos cuantos, que suministran al público todo el pensamiento y la razón que poseen las vastas multitudes que trabajan».

Sobre la tecnociencia contemporánea hay al menos tres series de problemas: la de su impacto medioambiental, la de su impacto social y la de la interrelación entre las dos series anteriores. «Nuevas tecnologías» denota p. ej., informática, ingeniería genética, energía nuclear, la industria química y cosas como éstas. Si se analiza cualquiera de ellas resulta imposible sustraerse a esta seria problemática salvo que se realice el acto de fe solicitado por los empresarios y políticos del sistema. Quienes entramos en la discusión solemos distinguir entre tecnologías «duras» y «blandas» por su impacto medioambiental. La informática parece relativamente «blanda», pero en cambio resulta poco extensiva en fuerza de trabajo y su introducción mercantil, no planificada, resulta un generador de crecientes bolsas de tercermundismo en el primer mundo (por señalar uno solo de los problemas de la segunda serie). La «revolución verde» (agricultura con química más ingeniería genética más mecanización de la actividad) genera un alto crecimiento de la producción de calorías alimentarias —aunque a costos energéticos altísimos—, pero los campesinos del tercer mundo tienen tantos hijos (su «seguridad social») como pueden criar, de modo que el resultado inmediato del cambio tecnológico es un *boom* poblacional, y su consecuencia final *general* tiende a ser, vía mercados, más muertos literales de hambre que jamás en la historia de la especie al coste energético más alto. La nueva tecnología agrícola, considerada socialmente, ni siquiera es pan para hoy y hambre para mañana: todo es para hoy, aunque las vacas europeas se alimenten con mantequilla (no se me entienda mal: hablo de esos animales que mujen). En suma: no hay que despreciar la aportación tecnológica, pero tampoco arrojarse ante el discurso sobre la modernización, intelectualmente bastante primario y eticopolíticamente semejante al del limosnero rico.

(5) P. P. PASOLINI, «Intervención en el Congreso del Partido Radical», trad. cast. en *mientras tanto*, núm. 25 (diciembre 1985), pp. 122-9.

Marginalmente añadiré que la alusión de M. ATIENZA al *habeas corpus* es poco afortunada no sólo por no venir a cuento sino también por despiste técnico-jurídico. En el ordenamiento jurídico español actual la técnica del *habeas corpus*, consistente en poner al detenido a disposición del juez, sería redundante si además del detenido con garantías (que está *siempre* a disposición del juez) no se admitieran las figuras del *retenido* policial y del detenido prácticamente sin garantías de la legislación de excepción sutil (a disposición de un juez especial, no del llamado natural). Esto por una parte. Por otra muy distinta, la deseabilidad de la técnica del *habeas corpus* no es independiente del control social de la actividad judicial, etc.

Al finalizar su comentario Manuel Atienza parece atribuirme una toma de posición que en absoluto comparto: «ninguna de las opciones políticas existentes o que se dibujan como posibles en un horizonte próximo parece aceptable». No voy por ahí. Desde mi punto de vista el sueño o proyecto socialista (en el sentido que tenía esta palabra antes de la primera guerra mundial) elaborado desde 1848 está agotado. El sueño o proyecto que integre sus realizaciones pendientes con los problemas actuales de la humanidad, o sea, un proyecto de relaciones armoniosas no sólo entre las gentes sino también entre éstas y la Naturaleza se está empezando a elaborar. En el peor de los momentos entre nosotros: cuando la derrota de la izquierda social en la transición política ha abierto una brecha que acelera el empobrecimiento de contenido de las limitadas libertades del estado representativo; cuando se desmantela el funcionalmente raquítico y estructuralmente elefantiásico *Welfare State* creado en los años sesenta; cuando el tejido social de la izquierda, un sector público voluntario, está por crear; es decir: cuando predominan necesidades defensivas. Esto, sin embargo, es para el pelotari obstinado mera coyuntura del partido. Cualquiera de las *Tesis de Filosofía de la Historia* de Benjamín podría devolvernos el sentido de las proporciones. Vendrían muy al caso la decimotercera o la oncenena, pero elegiré la décima: «Los temas de meditación que la regla monástica señalaba a los hermanos tenían por objeto prevenirlos contra el mundo y contra sus pompas. La concatenación de ideas que ahora seguimos procede de una determinación parecida. En un momento en que los políticos, en los cuales los enemigos del fascismo habían puesto sus esperanzas, están por el suelo y corroboran su derrota traicionando su propia causa, dichas ideas pretenden liberar a la criatura política de las redes con que la han embaucado. La reflexión parte de que la testaruda fe de estos políticos en el progreso, la confianza que tienen en su «base de masas» y finalmente su servil inserción en un aparato incontrolable son tres lados de la misma cosa. Además procura darnos una idea de lo cara que le resultará a nuestro habitual pensamiento una representación de la historia que evite toda complicidad con aquella a la que los susodichos políticos siguen aferrándose».

Barcelona, junio de 1986

SOBRE INCOMPRESIONES. COMENTARIO AL COMENTARIO DE UN COMENTARIO

MANUEL ATIENZA

Con las buenas maneras y elegancia de estilo que le caracterizan, Juan Ramón Capella me ofrece la oportunidad —que agradezco y aprovecho— de cerrar esta pequeña y amistosa polémica. Para ello quisiera centrarme en lo que, creo yo, constituye el fondo de la misma: la incomprensión. Con ello no quiero sugerir en absoluto que ambos pensemos lo mismo aunque lo manifestemos de distinta manera, sino que el único objetivo razonable que uno puede perseguir en semejantes lides es el de aclararse las ideas: las ajenas y sobre todo, claro está, las propias.

Comienzo por decir que yo también me siento incomprendido por Capella, aunque mis dudas acerca de la fluidez comunicativa no son de tipo metafísico, sino de orden mucho más modesto. Por ejemplo, algunas de las que yo estimo «incompresiones» de Capella —particularmente la envuelta en sus referencias irónicas sobre el «joven» y el «viejo» Marx a propósito de las libertades políticas o en relación con la tesis de la extinción del Estado en las últimas obras de Marx— se deben a un factor tan poco metafísico como el siguiente: él no ha leído lo que yo he escrito sobre Marx, lo cual —resulta casi enojoso decirlo— no es ningún reproche aunque tengo que reconocer que me hubiera gustado —que me gustaría— tenerle entre los lectores de mis trabajos (lo que seguramente contribuiría a que disminuyera drásticamente el número de páginas que acostumbro a perpetrar anualmente). Por lo que se refiere a mis incompresiones hacia Capella, no me parece que se hayan debido a una lectura descuidada de su obra. Creo haber leído toda o la mayor parte de su producción y le considero uno de mis maestros —entendida la expresión en el sentido no delincuescente de persona de la que uno cree haber aprendido cosas importantes. Sin embargo, Juan Ramón Capella ha sido para mí, y probablemente para otros profesores de filosofía del Derecho de la generación siguiente a la suya, un maestro distante, amablemente, incluso cariñosamente, distante, al que hemos podido leer pero no interpelar; al que quizá hayamos podido *entender*, pero no *comprender*.

Además de esta circunstancia, quizá contribuya también a dificultar la comprensión de la obra de Capella —como él mismo lo apunta— el carácter poco convencional de los postulados de que parte. Pero ocurre también que su asunción de un punto de vista rigurosamente externo con respecto al sistema socio-político establecido le lleva a suponer en los otros —por

lo menos, en mí— un grado de aceptación del mismo que está lejos de ser real. Yo no creo haber dado a entender que valores directamente el cambio tecnológico como progreso (es decir, como progreso *social*) ni creo haber mostrado nunca arrobamiento ante el discurso sobre la modernización, aunque probablemente sea más impresionable que Capella ante las «nuevas tecnologías» (por ejemplo, a mí nunca se me hubiera ocurrido hablar de «guillotinas eléctricas», sino, en todo caso, de «guillotinas electrónicas»). Y algo parecido ocurre en relación con los derechos humanos. Aunque no sea partidario de rehuir la expresión «derechos humanos» (o describir Estado y Derecho), estoy de acuerdo en que éstos no constituyen la emancipación humana, en que cumplen una función ideológica y en que tienen carácter histórico y convencional; sin embargo, también estimo que su función civilizatoria (por lo menos, la de algunos de ellos) no se acabará con el Estado representativo (en el caso de que este último se acabe alguna vez).

Finalmente, quisiera expresar una duda sobre la última incompreensión que Capella me achaca: haber pensado que su toma de posición iba en el sentido de considerar que ninguna de las opciones políticas existentes o que se dibujan como posibles en un horizonte próximo resulta aceptable. Y la duda consiste en que no veo nada claro que la toma de posición de Capella resulte comprensible ¿Acaso puede pensarse que tenga alguna viabilidad práctica —en el horizonte que uno puede hoy por hoy, vislumbrar— «un proyecto de relaciones armoniosas no sólo entre las gentes, sino entre éstas y la Naturaleza» que ahora «se está empezando a elaborar»? ¿No se necesitaría para ello algo parecido a un acto de fe? Si fuera así me permito recordar que entre las formas enajenadas de las relaciones sociales que han logrado la práctica universalización entre los miembros de nuestra especie no se encuentra únicamente la forma mercancía y la forma Estado —como indica Capella—, sino también —yo en esto sigo siendo marxista— la forma religiosa.

VI
RECENSIONES

Norberto BOBBIO, Giuliano PONTARA, Salvatore VECA: «Crisis de la democracia», Barcelona, Ariel, 1985, 95 págs.

Norberto BOBBIO, «El futuro de la democracia», Barcelona, Plaza y Janés, 1985, 221 págs.

Casi a comienzos de 1985 llegaba como novedad a los expositores de las librerías universitarias la obra colectiva —Bobbio, Pontara y Veca—, *Crisis de la democracia*. Luego, algo más adelante, pero sin todavía haber concluido ese mismo año editorial, se distribuía la titulada *El futuro de la democracia*, a cargo ésta de Bobbio como su único autor. Ambas, como resulta evidente, revelan una —diríamos— preliminar continuidad temática, y en su aparición por demás —gracias primero a los editores italianos (Riuniti de Roma y G. Einaudi de Turín) y ahora en las traducciones castellanas a los de nuestro país— ambas también colocan en posición nada fácil a quien pruebe a comentarlas; expliquémonos. Frente a la inicial homogeneidad de sus encabezamientos, existe de hecho una heterogénea composición de contenidos: los trabajos en ellas reunidos —escritos a veces bastante independiente entre sí, aunque es cierto que en la segunda de las obras se ha incluido una *Premisa* (págs. 7-16) que les pone soldadura unitiva— hacen que su posible recensor, llegado el caso, se vea forzado a solicitar y recibir una cuota mayor de espacio que cualquiera prevista para una sección bibliográfica, o bien limitarse a ofrecer una mera reseña o noticia sobre las diversas partes —cuatro en una, siete en otra— aliviando tan poca seductora tarea con el análisis crítico de alguna de aquéllas. Sin embargo, hay ocasiones, y ésta es una, en que la dificultad para decidirse ante tal alternativa, no siendo en absoluto pequeña, aconseja y termina por convencer de que lo mejor, sin duda, sería tratar de conciliar las dos posibilidades.

En ese propósito, el primero de los libros abre sus páginas con el trabajo «La crisis de la democracia y la lección de los clásicos», donde Bobbio se ocupa —en relación de concomitancias y disímiles entre Hobbes y Marx— de las tres más importantes manifestaciones históricas del Estado: Despótico, de Derecho y Democrático. Centrándose seguidamente en la cuestión del «uso de la fuerza», considerará que el Estado de Derecho —entendiendo kelsenianamente lo jurídico— permite distinguir la fuerza legítima de la ilegítima, no menos que la legal de la ilegal, pero sin que en él se haya regulado aún el ámbito de su aplicación, que institucionalmente llegará con el Estado Democrático. «Utilizando un lenguaje funcionalístico se puede decir que el método democrático —solución de conflictos sin recurrir a la fuerza física, sino a la fuerza de persuasión— es el instrumento funcional del uso de la fuerza para la solución de los conflictos sociales..., mientras la institución del esta-

do de derecho influye sobre el uso de la fuerza regulándola, la institución del estado democrático influye en ella reduciendo su espacio de aplicación» (pág. 12). Una vez trazado este esquema Bobbio se sitúa, apoyado en él y a la vista de la experiencia italiana, en el debate en torno a la crisis institucional del Estado, afirmando que ésta procede, fundamentalmente, de la del modelo democrático. Desde ella, a su vez, se desemboca en la del Estado de Derecho (día a día van a menos las garantías acerca del uso de la fuerza legítima), y al cabo entra en crisis la propia realidad institucional del Estado como tal, «como pura potencia», por ser abrumadoramente creciente el uso de la violencia privada e increíble su capacidad para resistir eficazmente la ofensiva de la violencia pública. Nos hallamos, pues, frente a lo que —apelando a denominaciones que hoy se emplean referidas a determinados géneros literarios— llamaríamos la trama y desarrollo de una «crisis río» en la que el A., remontando el curso de un tormentoso cauce —las tres sagas, familias o modelos históricos de Estado— y tras alcanzar el lugar en que alumbra su fuente originaria, ha establecido los «efectos perversos» que en el seno mismo del régimen democrático amenazan más profundamente su existencia. Estos, reducidos a tres, son: ingobernabilidad, privatización de lo público y la acción del poder invisible.

Por ingobernabilidad se entiende el efecto de disfunción generado entre el aumento de las demandas formuladas por los ciudadanos al Estado, orgánicamente canalizadas a través de entes e instituciones consustanciales a la vida del sistema democrático —sindicatos, partidos y organizaciones cívicas de diversa clase— y la capacidad de aquél para dar cumplida satisfacción a todas ellas. De este modo planteado, al problema le caben dos soluciones extremas: o compeler a la disminución de las demandas (solución autoritaria) o producir el reforzamiento y mejora de los servicios (solución socialdemocrática). En el campo de la experiencia de los clásicos este problema pasó prácticamente inadvertido para la mayoría de los autores más preocupados por lo general de determinar las condiciones diferenciadoras del buen o mal gobierno con base en criterios de buen o mal uso del poder. Destaca por ello la reflexión hobbesiana en la que se descarga al súbdito del deber de obediencia al soberano cuando constata su ineptitud para el mando e incapacidad de cumplir el compromiso fundamental de protección. Con referencia a este precedente, el problema de la ingobernabilidad es para Bobbio «la versión contemporánea del problema del Estado que peca no por exceso, sino por defecto del poder».

Respecto a la privatización de lo privado, constituye el reverso de la «publicización de lo privado» y, por tanto, contrapunto de lo que se acepta como el proceso natural de desarrollo del Estado, es decir, la gradual absorción de la sociedad en el Estado. Hoy, más que sistema de sistemas, el Estado ha pasado a ser «mediador y como máximo garante de los acuerdos que establecen las grandes organizaciones entre sí, cuando no es él mismo una parte en causa, una contraparte». El comportamiento de unos y otras, denota la existencia y el reconocimiento tácito a favor de un perfil expandido o difuso de la soberanía, hasta ahora perfectamente comprimido y ajustado a los límites de la realidad estatal. Para Bobbio esta transformación se advierte

con claridad en el auge que el recurso a figuras típicas del derecho privado —contrato, acuerdo, pacto, concertación...— tiene para la articulación de respuestas a problemas en la esfera de las relaciones de derecho público, prosperando de esta manera más el acuerdo informal que arranca de la autonomía de la voluntad de las partes, que la formal expresión de una voluntad colectiva y general corporeizada en la ley. Como ejemplarización macroscópica de la privatización de lo público aludirá el A. al carácter «clientelístico», típicamente privado por consiguiente, con que se construye la relación pública entre representante y representado. Quien detenta el poder político lo utiliza como instrumento al servicio del interés privado de determinados ciudadanos, quienes a su vez comprometen a la demanda de aquél la oferta de sus sufragios.

En tercer y último lugar, Bobbio se refiere al «poder invisible» como uno de los aspectos de la crisis de la democracia. Para el sistema democrático, la publicidad, la transparencia de las decisiones, su disponibilidad y conocimiento por la opinión pública, la no ocultación del poder, son principios relevantes e indispensables en su configuración y funcionamiento. No es difícil percibir sin embargo, el retroceso que no pocas democracias han experimentado en este terreno. Si hoy resulta ciertamente innecesario detenerse a examinar la ideología como ocultación o los niveles de frecuente allanamiento de la *privacy* de los individuos —quien ve no es visto, y quien no ve es visto— mediante la utilización de cada vez más sofisticadas técnicas electrónicas, a la hora de calibrar la visibilidad o invisibilidad del poder no ha de olvidarse tampoco la importancia que en la vida política asume el fenómeno del llamado «poder oculto», ya sea tanto por parte del Estado como por el anti-Estado; «servicios secretos por una parte y grupos terroristas por otra han sido siempre rostros del mismo fenómeno, o sea, del poder que se oculta para ser más invulnerable» (pág. 22). Remedios imaginables son a juicio del A. el «desocultamiento» y la «desmitificación» del poder y de quien lo ejerce, mediante mayor información y autocrítica.

La segunda contribución a esta obra colectiva pertenece a Salvatore Veca que en su trabajo «Razón y Revolución» pasa revista al pensamiento de Weber, Marx y Lenin en punto al origen, naturaleza y racionalidad de la revolución como proyecto de sociedad mejor. Su tesis, enfocada a los principios de igualdad y libertad, puede sintetizarse en que una sociedad mejor es aquella que, conceptualizada como esquema de cooperación y conflicto, considera la igualdad de la libertad como el bien público y colectivo fundamental. A este artículo sigue el de Giuliano Pontara, titulado «Neocontractualismo, socialismo y justicia internacional». Su A. acude a la teoría de Rawls planteando dos perspectivas de discusión. Una, acerca de la validez de la tesis rawlsiana, según la cual la concepción de la justicia como equidad sería compatible tanto en un orden democrático en el que rija la propiedad privada de los medios de producción y distribución, como en aquel donde éstos se hallen bajo el control democrático de la sociedad. Otra, en torno a las implicaciones de las tesis rawlsianas en el contexto de una justicia internacional. Como se sabe, Rawls sostiene que en el ámbito internacional existen principios de justicia diferentes a los imperantes en el espacio nacional. En el primero, el principio

de justicia llevaría al de igualdad entre los pueblos independientes organizados en Estados poseedores de unos mismos derechos fundamentales. Cada Estado estaría ordenado según principios de justicia que trasladados a los diversos esquemas de relaciones determinarían el respeto a las decisiones de autodeterminación y por tanto, quedarían excluidas las soluciones basadas en el uso de la fuerza como instrumentos con los que cobrar, unos sobre otros, mayores ventajas económicas o estratégicas.

La obra concluye en un debate entre Bobbio y Pontara sobre la interrogante de si «¿Hay derechos fundamentales?». Los argumentos esgrimidos cabe compendiarlos del siguiente modo. Pontara se muestra partidario de la opinión según la cual es incuestionable la existencia de una serie de preferencias consideradas fundamentales, comunes al género humano. Estas serían: la preferencia a estar en la vida, que es posible hacer corresponder con el derecho a la vida; la preferencia de poder establecer las opciones personales, en correspondencia con el derecho a la propia autonomía; y, la preferencia a no ser sometido a graves sufrimientos, desde la que puede tenderse un puente de relación con el derecho a la salud. Este posicionamiento es objetado por Bobbio considerando que si es efectivamente admisible que tales preferencias existan puede cuestionarse no obstante su universalidad, ya que el miedo a la libertad puede inducir, como sucede en muchas ocasiones, por ejemplo, a ser exonerados de la responsabilidad de elegir. Por otro lado, algunas preferencias no alcanzan la categoría de derechos.

Para Pontara la condición racional del hombre fundamenta como derechos aquellas preferencias. Bobbio, por el contrario, estima que la racionalidad del comportamiento humano, es más una hipótesis racional que histórica. En la historia pocas pruebas podrán hallarse de esa racionalidad. En suma, Bobbio objeta a los «argumentos irresistibles» de Pontara a favor de la existencia de derechos fundamentales, cuatro argumentos de rebate. 1) Indeterminabilidad: no es posible dar una noción precisa de los derechos fundamentales. 2) Relativismo: los derechos del hombre son históricamente relativos, contingentes. Pontara, aún aceptando esta realidad, la explica refiriéndose al compás evolutivo que la conciencia social experimenta en cuestiones éticas. 3) Heterogeneidad: las declaraciones de derechos fundamentales y el número, condición y actitud que de ellos se hace no son en absoluto homogéneas. 4) Carácter antinómico de los derechos fundamentales: entre derechos igualmente fundamentales surgen conflictos antinómicos y excluyentes. Para Pontara esta situación se resolvería estableciendo un orden o jerarquía de derechos fundamentales, lo que al decir de Bobbio determinaría que la condición de fundamental sólo pudiera predicarse del primero de esa posible jerarquía. Con todo, Pontara se afanará en defender la existencia de un «argumento irresistible» favorable a los derechos fundamentales. Su hallazgo implicaría la incuestionabilidad. Sin embargo, no afirma su existencia, sólo el resultado que su descubrimiento produciría. Bobbio, en cambio, opina que es imposible encontrar una base absoluta que demuestre que un determinado derecho fundamental lo es efectivamente, y que, por tanto, sería absurdo emprender su búsqueda. A pesar de ello, reconocerá que en cada época se genera en el cuerpo social un sentimiento común sobre el hecho de que ciertos

derechos son fundamentales, ante lo cual los hombres deben protegerlos y defenderlos.

Y hasta aquí lo comprometido en una breve reseña. Probar a internarse más allá de lo expuesto en estos párrafos, sin duda obligará a un empeño algo diferente. En este pensamiento, comenzar con una observación formal; el título con que esta obra se nos ha presentado, tanto en la versión castellana como italiana (*Crisi della democrazia e neocontrattualismo*), sólo ligeramente da idea de cuanto se reserva al lector a lo largo de sus páginas. Su lectura, en todo caso, resulta sugestiva, siéndolo particularmente la del primero de los textos, a firma de Bobbio. Sí es preciso aclarar, por otra parte, que como el de Veca, este de Bobbio procede de la selección —por demás no explicada— que Editori Riuniti llevó a cabo entre los trabajos presentados el año 1981 al Congreso sobre «La política entre sujetos e instituciones». Conocer este extremo da razón de la coyuntura en que deben situarse algunas afirmaciones, así como la limitación y fecha de las referencias bibliográficas. En la cuestión de la ingobernabilidad, por ejemplo, convendría mencionar los varios trabajos de C. Offe, prof. de Ciencia Política y Sociología en la Universidad de Bielefeld (Alemania), compendiados en Italia como *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie* (Il Mulino, Bologna, 1982), además de las contribuciones de R. Rose, «Risorse dei governi e sovraccarico di domande», en *Sindacati e politica nella società post-industriale* (Il Mulino, Bologna, 1976), G. di Palma, *Sopravvivere senza governare. I partiti nel parlamento italiano* (Il Mulino, Bologna, 1978) y especialmente G. Pasquino, *Crisi dei partiti e governabilità* (Il Mulino, Bologna, 1980, en part. págs. 128 y ss), «Esplosione e governo della complessità», en *La società complesse* (Il Mulino, Bologna, 1983, págs. 237-273) y «Governabilità» en *Dizionario di Politica* (UTET, Torino, 2.^a ed., 1983, págs. 484-489, en part. II). Al propio tiempo, referir también otras aportaciones del mismo Bobbio, como son: «Nella crisi permanente» (*La Stampa*, a. 115, n. 134, de 7-VI-1981, pág. 1), «La crisi della democrazia», en *Ipotesi sull'Italia. Unidici diagnosi per una crisi* (Il Mulino, Bologna, 1983, págs. 21-32), y lo articulado al respecto, junto a Offe y S. Lombardini, en *Democrazia, maggioranza e minoranze* (Il Mulino, Bologna, 1983). El tema, como puede comprobarse, ha suscitado durante los últimos años en Italia un importante volumen bibliográfico, y es seguro —así lo creemos— que muy pronto reclamará una atención similar en nuestro país.

Entre tanto, Bobbio nos vuelve a dar prueba de su preocupación por el fenómeno de la ingobernabilidad para el porvenir de la democracia, en referencias escogidas, dentro del cap I (págs. 44-45) de la segunda obra que comentamos, y del cual ha tomado el título —*El futuro de la democracia*— inicialmente aparecido en *Civiltà delle macchine* en 1984. También recientemente, el mismo tema acude —con Luhmann de fondo— en el último libro de Pietro Barcellona, *I soggetti e le norme*, (Giuffrè Milano, 1984, cap. III, Potere normativo e società di massa), enfocándolo como crisis del proceso legislativo en el Estado Social. La tesis es que en éste, donde la relación implicativa economía-política es más intensa exigiendo tanto la enunciación de un criterio de legitimación distinto del característico del Estado Liberal como la formulación de un nuevo consenso social, resulta en realidad ficticia

—«ficción institucional del consenso»— la participación e intervención predicada para la elaboración de la ley, pues no se ha dispuesto una misma escala de valores e intereses entre los distintos sujetos políticos y sociales llamados a ella, generándose así en el sistema problemas de funcionamiento y de «governabilidad». Como solución Barcelona apunta una mayor profundización del sistema democrático, entendiendo la Democracia como «algo más que una técnica para la selección de los representantes hasta asumir las connotaciones de un *valor en sí*, de un objetivo de la acción individual y colectiva que representa la modificación profunda intervenida en la relación entre poder y sociedad» (pág 163) Ello permitiría frenar el desgaste y la erosión que en el sistema generan el burocratismo y la lottizzazione y uso privativo del aparato del Estado. Esto nos lleva al punto siguiente, es decir, al que Bobbio llama «privatización de lo público» y que, sin sesgar en exceso la cuestión, a nuestro entender bien podría relacionarse, como señalaba Barcelona, con las disfunciones operativas del Estado del Bienestar. La implicación activa del Estado en el logro de determinados niveles de bienestar tendencialmente igualitario entre los ciudadanos, le harán a veces constituirse en parte o contraparte de negociaciones dirigidas a ese fin. Su papel, por consiguiente, ha cambiado y con él deben considerarse transformados también ciertos esquemas liberales en los que las exigencias de intervención, en tanto que mucho más restringidas, lo elevaban un palmo por encima de las contingencias particulares imponiendo en sus resoluciones la autoridad formal del derecho público. Sentado este principio, habría que averiguar si la estructura funcional del modelo de Welfare State se compatibiliza mejor con el recurso a los mecanismos interventores previstos en el derecho privado —subrayando tácitamente su componente liberal o neocapitalista— o debería más bien —potenciando su componente socialista— auxiliarse de instrumentos jurídico-público. Analizar el comportamiento del Estado Social ante esta alternativa serviría a diagnosticar el grado de crisis en que se halla el modelo, a establecer su probable futuro rumbo institucional y a recuperar el debate en torno a las expectativas del «sistema democrático» o modelo de Estado Democrático. Esto es, resolver —por ejemplo para el último aspecto— de qué manera puede o no coexistir, entrar o no en abierta crisis, el respeto al sistema democrático representado por el esquema de pluralismo ideológico en los grupos sociales junto a neutralidad ideológica del aparato estatal, con la virtual y decidida asunción de específicos contenidos ideológicos por el Estado, según requiere el modelo de «Estado democrático». Sobre ello convendría tener presente la opinión, aunque ya asumida por otros autores, que el profesor Elías Díaz viene sustentando desde la publicación en 1966 de *Estado de Derecho y sociedad democrática* y ha reiterado no hace mucho, a propósito de la obra de Offe, en «Deslegitimación del Derecho y del Estado en la sociedad capitalista actual» (en *Società, norme e valori. Studi in onore de R Treves*, Giuffrè, Milano, 1984, págs. 109-138).

Pues bien, en la segunda de las obras —*Futuro de la Democracia*— se recoge este haz de problemas y cuestiones, construyendo con ellos un *iter* vertebrador esencialista. Así, partiendo de una definición procedimental o formal de democracia que ve en el régimen democrático, principalmente, un

conjunto de reglas para la formación de decisiones colectivas con la audiencia y participación más amplia posible de los interesados (cap. II, «Democracia representativa y democracia directa», págs. 51-80), se la insufla valorativamente en el respeto institucional y gobierno de las leyes que ha de presidir el método de transformación de la vida democrática (cap. III, Los vínculos de la democracia, y cap. VII, ¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?, páginas 81-104 y 195-221), y orientar la solución a las disfunciones del Estado Social en perspectiva a un Estado Democrático (cap. V, Liberalismo viejo y nuevo, y cap. VI, Contrato y contractualismo, págs. 135-164 y 165-194).

Queda que aludir, por último a lo expuesto en torno al «poder invisible». Bobbio ha sondeado el asunto además de, como se vio en el primero de los libros que comentamos, esto es, a propósito de «La crisis de la democracia y la lección de los clásicos», sino recordamos mal, en al menos dos oportunidades: «C'è in Italia un potere invisibile. Lettera a compagni», *Mensile della FIAP*, Roma, XII, 5, 1981, págs. 1-2, y «El futuro de la democracia» (Conferencia pronunciada en el Congreso de los Diputados español el 28-XI-1983), *Revista de las Cortes Generales*, 2, Segundo Cuatrimestre, 1984, págs. 9-26, que a fin de cuentas, sólo con mínimas alteraciones, apareció —también se dijo— en *Civiltà delle macchine* (1984) y abre la edición del segundo de los libros que nos ocupa. Sin embargo, con anterioridad a todas estas referencias, la interrogante acerca de si la Democracia ha derrocado o no al «poder invisible», ya había recibido de Bobbio un tratamiento específico: «La democrazia e il potere invisibile», en *Rivista italiana di scienza politica*, X, 1980, páginas 181-203. Este es el material que compone el cap. IV, págs. 105-134, de *El futuro de la Democracia*, y la parte —en una obra por tantos conceptos interesante— que más poderosamente nos ha cautivado.

La tesis principal, luego de un sugerente recorrido a través de los *arcana imperii*, los *arcana dominationis*, los *arcana seditionis* de las autocracias y tiranías, la *simulatio* maquiavélica, el *De dolis et mendatio* del *De iure belli ac pacis* grociano en relaciones internacionales y el *Panopticon* de Bentham por la disociación «ver-ser visto», se establece definitivamente en la *debellatio* kantiana de la publicidad; esto es, el gobierno del poder público en público. Sobre esta categoría, Bobbio estudia —practicada una sección vertical de la realidad del poder— las amenazas reales del ideal democrático en los fenómenos de subgobierno (poder semiescondido, semipúblico), criptogobierno (poder sumergido, oculto) y poder omnividente. Este último lo representa la capacidad que el Estado tiene de conocer el comportamiento y la intimidad de los ciudadanos, como un Mega —Panopticon moderno— diríamos, mediante el uso de la inteligencia artificial y las memorias computerizadas, en lo que nadie —señala— «está en condiciones de prever si esta perspectiva es sólo una pesadilla o un destino» (pág. 134). El subgobierno hace relación al hecho de que allí donde el Estado ha asumido el gobierno de la economía, la clase política ejerce el poder no sólo a través de las formas clásicas —legislación y actos administrativos—, sino también por medio de la gestión de los centros de poder económico (bancos, industrias estatales, subvenciones estatales a industrias...), de donde «extrae los medios de subsistencia de los

aparatos de los partidos, de los aparatos de los cuales, a su vez, toma, a través de las elecciones, su propia legitimación para gobernar. A diferencia del poder legislativo tradicional, el gobierno de la economía pertenece en gran parte a la esfera del poder invisible por cuanto se sustrae, si no formal y esencialmente, al control democrático y al control jurisdiccional» (p. 131).

Finalmente, llama Bobbio criptogobierno «al conjunto de hechos o acciones realizadas por fuerzas políticas eversivas que actúan en la sombra en conexión con los servicios secretos, con una gran parte de éstos o, por lo menos, no son obstaculizados por los mismos» (p. 132). De esta manera resulta que, como ha sucedido a veces y no sólo en Italia, viene a suscitarse la sospecha de que el secreto del Estado sirvió para proteger el secreto del anti-Estado. Además, y aquí no cabe duda, la red de servicios secretos y las organizaciones terroristas, por ejemplo, funcionan como manifestaciones del poder del Estado o del anti-Estado que se ocultan para hacerse más invulnerables y que, ciertamente, ambos son «dos rostros de una misma moneda» (vid. también pp. 121 y 126).

En el criptogobierno creemos, no obstante, que lo que habría que discutir y examinar es otra cosa, fuera de lo que nos parece, de sí, inopinable. Respecto de los servicios secretos de información o de la amenaza y acción terrorista, de qué modo podría concebirse sino desde la estrategia de la invisibilidad. No es solamente incuestionable que cualquiera de tales poderes se hace más invulnerable ocultándose, sino que alcanzan la categoría de poderes, que al contrario perderían necesariamente, justo porque en los afanes que respectivamente les motivan, desarrollan la estrategia de la invisibilidad.

Recordemos las viejas «sociedades secretas». En ellas existía un código de obligaciones formales y materiales —lo que Hauriou llamó la juridicidad interna de la «institución secreta» (*Principes de Droit Public*, Larose et Tenin, París, 1910, p. 136)— que castigaba sin piedad toda posible transgresión del secreto, de manera que aquellas sociedades hacían depender su conservación y supervivencia de un complejo y hermético organigrama donde el completo conocimiento del secreto, vedado o muy registrado en las escalas de los recién iniciados, iba gradualmente desvelándose conforme se probaba la confianza y en todo caso, crípticamente transmitido, se poseía por uno solo o por la conjunción necesaria de muy pocos, asegurándose así más que el poder mismo, la condición indispensable para su ejercicio. Lo mismo había ocurrido antes con la institución del Camarlengo, o Cámara secreta, de la que modernamente ha resultado el Secretario de Estado. Quienes ocupan estos cargos ostentan un poder que deriva de «guardar los secretos del Estado». No es que los oculten para ser poderosos, es que más bien llegan a serlo porque los mantienen ocultos, en secreto, porque, en una palabra, están en el secreto. El Estado oculta ciertos poderes que si hiciera visibles, perderían todo su valor y su capacidad dominativa. Son poderes que no se refuerzan por ocultarlos; por ocultarlos se preservan como poderes. Bajo este razonamiento el Estado de Derecho y democrático puede, pues, utilizar resortes secretos de poder, bien que —y esto es también claro—

con la única limitación de instituirlos excepcionalmente, y por ende a tiempo establecido, distinguiéndose con toda claridad del modo de actuar propio del Estado Absoluto, en el que la excepción funciona como regla general. Es más, sin temor a entrar en terrenos resbaladizos, añadiremos que en momentos fundamentales de la vida de un régimen democrático sus valores se protegen, se preservan, precisamente, mediante el secreto. Para que un sistema democrático no desaparezca en sus esencias más profundas —la libre determinación, elección y participación de los ciudadanos, no intervenida por los gobernantes o quienes quieren serlo— el voto, el sufragio, además de universal, ha de ser secreto.

Por tanto, nos parece que el tema del poder oculto e invisible como criptogobierno en relación a la crisis y futuro de la democracia, ha recibido un tratamiento sólo aproximativo en lo que Bobbio —aún con suma agudeza— nos ha señalado. En qué dirección, entonces, deberíamos mirar para descubrir el lugar donde —valga decir— se oculta de clave de ese poder oculto. A nuestro juicio, sería conveniente indagar en la cotidianeidad. ¿Por qué? Porque de frente a ella hoy sucede algo muy distinto a lo que en las pinturas prerrafaelistas a sus observadores; allí lo remoto aparecía tan nítido como lo más próximo y hoy, más bien, como escribiera Goethe, «lo cercano se aleja», y lo cercano es, en efecto, la cotidianeidad. Profundizando el embeleso de su trascendencia han trabajado M. Foucault, *Microfísica del poder* (La Piqueta, Madrid, 1980, esp. cap. 10, «Las relaciones de poder penetran los cuerpos», pp. 153-162), D. Le Court en «Foucault, ¿microfísica del poder o metafísica?» (*El Viejo Topo*, 22, VII.1978), o el prof. J. J. Ruiz Rico con *Política y vida cotidiana. Un estudio en la ocultación social del poder* (Ambito Literario, Barcelona, 1980).

Lo que en la cotidianeidad de la existencia humana se aleja es casi todo aquello en lo que no tardamos en dejar de reparar, precisamente porque está a diario en nuestras vidas. El particular ropaje que viste cada actividad profesional, el vocabulario que emplean para comunicarse los iguales y del que se hace uso también para marcar distancia con los desiguales. La publicidad que insensiblemente se intercala en la rutina consumista. La belleza con que pretendemos rodearnos y presentarnos, tanto como la fealdad que rechazamos. El confort y la incomodidad. El silencio —baste recordarle como una de las formas de la sabiduría antigua o recordar el silencio de la Efigie Tebana ante Edipo y el poder letal del silencio de cantos de sirena que para su singular versión del famoso episodio de Ulises sugiere Kafka en «El callar de las sirenas» de *La muralla china*— y el ruido ensordecedor que aturde los sentidos, como el onomatopéyico colectivo *alalagmos* de las legiones romanas, la leyenda del «Tambor de Almanzor» o las fanfarrias que anuncian al soberano.

Es así como cada día se presentan decenas, cientos, miles de oportunidades que el Poder —agazapado en lugares insólitos y al abrigo de toda sospecha— usufructúa para infiltrar máximas y reglas de comportamiento, modelando luego normas de conducta, es decir, normalizando, haciendo normales, determinadas conductas. De ese modo, insensiblemente acostumbrados, servimos dócilmente al Poder. Pero, ¿a qué poder? Es cierto que no pocos de

esos canales de ocultación, los mass-media por ejemplo, se utilizan por el poder visible. Mas, ¿es lícito suponer lo mismo del resto? La interrogante pretende, en verdad, ser inquietante; la respuesta, en verdad, lo es. De cómo funciona ese amplio resto y con qué propósito, sabemos apenas nada. Allan Wolfe ha llegado a hablar de la existencia de un «doble Estado»; duplicidad de un Estado y un poder visible y a su lado de un Estado y un poder invisible (*The limits of legitimacy. Political Contradictions of Contemporary Capitalism*, The Free Press, New York, 1977). Su afirmación puede ser más o menos discutible en términos experimentales o de comprobación, pero es del todo suscribible en sede teórica. Y es lógico que así sea; todo deriva de que en una ininterminable sucesión de frustrados intentos el «poder» permanece todavía indefinido, razón además para que se haya convertido en un concepto universal que designa, indiscriminadamente, un sinnúmero de cuestiones diversas, a las que estaría abierto siempre cualquier camino de exploración: también el de la metáfora, la paradoja y, por qué no, el de la ciencia-¿ficción?

José CALVO GONZÁLEZ

Sergio COTTA: «Il diritto nell' esistenza», Milano, Giuffré, 1985, 229 págs.

El propósito del catedrático de Roma es superar toda interpretación formalista o historicista del Derecho, mediante una doble comprensión: la estructura ontológica y el momento existencial del hombre, tal como ambas inciden en la relación humana coexistencial. El libro está dividido en tres partes: «Génesis ontoexistencial del Derecho»; «Fenomenología de las formas coexistentiales»; y «Dimensiones del Derecho». Cada una de las dos primeras consta de dos capítulos; la tercera consta de cinco.

En la primera parte, el profesor Cotta trata del obrar humano según normas jurídicas obligatorias, para lo cual se requiere partir del análisis del individuo en su obrar inmediato, no reflexivo; y ello, porque es necesario para combatir la actual «Metafísica de la subjetividad», de corte freudiano, que es la que inspira «el antijuridicismo». Hay que tener presente, que en todo caso, lo que el sujeto jurídico desea es «tener y hacer según propia voluntad» (pág. 28); pero esa voluntad hinca sus raíces en la voluntad de ser. Y como en el origen de su acción el sujeto se nos muestra como propio agente con toda su energía vital, «la acción humana resulta ser el más válido campo de prueba para indagar la cuestión jurídica», la cual no puede separarse de una realidad: la co-presencia de sujetos sobre el plano de la acción; y la co-presencia de pretensiones individuales. Co-presencia, que puede tomar una de estas formas: no interferencia; convergencia; u oposición. En cualquier caso, la auténtica voluntad de ser-sí-mismo en la acción jurídica alcanza su objetivo gracias al Derecho-norma, que es la que garantiza aquella voluntad de ser. De ahí la doble faz que presenta el Derecho: como norma y como pretensión. Ambas faces se complementan entre sí, hasta el punto de que no puede comprenderse un derecho subjetivo sin la necesaria fundamentación en una norma de Derecho objetivo. Cotta sostiene, que éste último,

más que estar constituido por normas «heterónomas (en contraste con las llamadas «autónomas» o morales) lo está por normas creadas en común y han de regir en común, es decir, «normas sacionómicas» (pág. 41). Trátase de una original calificación relativa a las normas jurídicas, sobre lo cual insistirá el catedrático de Roma en el capítulo III de este mismo libro. Asimismo, pone de relieve, que la investigación etnológica ha constatado la existencia de fundamentales estructuras jurídicas (norma-derecho subjetivo-obligación) en civilizaciones y culturas distantes en el espacio y separadas en el tiempo, lo cual prueba que esas estructuras responden a una misma exigencia existencial del ser humano. Por otra parte, el hombre es consciente de su indigencia, de su finitud y de su apertura hacia lo infinito, como ya señaló Leopardi en su obra «Lo infinito». Lo finito y lo infinito están «copresentes en el sentir, el pensar y el querer de los hombres»; de ahí que el hombre sea una «síntesis de dualidades» dentro de su estructura ontológica, tal como afirmara Kierkegaard (pág. 55). Si el individuo no es causa de sí mismo, necesita de otros, en interconexión vital; por eso el hombre es un ser-en-reacción, «un ser con otros». Y por eso, el proceso de autoconciencia no nos manifiesta un yo cerrado en sí y por sí, sino el reconocimiento del yo en relación con otros, así como la receptividad de éstos por el yo. Tal es el fundamento ontológico de la coexistencia humana y lo que origina que nuestra existencia se realice siempre en forma de relación coexistencial (pág. 61-6).

La segunda Parte está destinada al estudio fenomenológico de las formas coexistentiales, divididas en dos grandes apartados: «formas integrativo-excluyentes» (amistad y política); y «formas integrativo-incluyentes» (caridad y derecho). Hay que advertir, en primer lugar, que todas ellas son «auténticos modos de vida humana»; pero las dos primeras están situadas sobre el plano interpersonal, en tanto las dos segundas lo están en el plano asociativo. Sin embargo, aún situadas sobre el mismo plano, pueden llegar a ser «simétricamente divergentes» (pág. 70). Cotta enfoca la amistad sobre el plano interpersonal como un lazo de integración-comprensión entre personas, destacando la dualidad de ese lazo en aras de la recíproca simpatía, que origina la unión entre aquéllas, su mutua confianza y lealtad, todo ello limitado en el tiempo (pág. 74). Distintos caracteres presenta la «amistad política», entendida como «identidad supraindividual», en la cual confluyen factores materiales y espirituales, que originan entre los unidos políticamente «un sentimiento de co-pertenencia a un determinado 'nosotros'». Sin embargo, esta realidad del «nosotros», aunque originaria e influyente, «no puede absorber totalmente al individuo», como sostiene Cotta frente a Rousseau, Comte y Marx, precisamente porque no puede absorber nuestro yo anulándole, ya que como ha dicho Kierkegaard, si el hombre se distingue de otras especies es porque cada individuo es más que la especie. Cuando la conciencia de un «bien común» concreto se debilita o desaparece, el «nosotros» correspondiente también se debilita, e incluso puede desaparecer. De ahí que el «bien común» sea el principio constitutivo de la política. Ahora bien, tales términos no se identifican con el Estado, como desde el comienzo de la Edad Moderna se sostiene, pues pueden darse también en otras amis-

tades políticas, por ejemplo, la originada en el seno de una determinada clase social. En todo caso, la amistad política significa «un dinamismo centrípeto-asociativo», guiado por la intencionalidad unificadora de quienes pertenezcan al grupo, que ni siquiera el Poder puede crear, ni suprimir. Fenomenológicamente, el principio regulador de tal unidad es «la solidaridad». A ésta contribuye la simbología propia de cada ente político, la cual hace posible el reconocimiento recíproco en orden a la copertenencia a dicho ente (pág. 82). Ciertamente, la política vive una dialéctica de amistad-enemistad, tal como formularan en el pasado Hobbes, Rousseau y Hegel, y en el presente, Schmitt y Sartre. Cotta cree que no será superada en el futuro, ni siquiera con la posible constitución de la «Cosmópolis». «En definitiva —afirma— amistad y política son lazos coexistentiales que establecen un alto grado de integración, no sólo sincrónica, sino diacrónica (sobre todo, la política)» (pág. 89).

Las otras dos formas integrativas, pero incluyentes, son las significadas por la caridad y el derecho. De ellas trata en el Capítulo V de su libro. Se trata de «analizar el movimiento dialéctico de despojamiento-enriquecimiento del yo, y resaltar el valor ontológico de la repectividad hacia todo otro sujeto humano» (pág. 93). Esta nueva vía se sitúa sobre el plano interpersonal en el caso de la caridad; y sobre el plano asociativo en el caso del derecho. Este se halla presente en cualquier ente político, precisamente porque constituye el soporte de la autoconciencia del «yo» y el «nosotros»; pero no es «la misma política que se desarrolla en forma jurídica» (pág. 97). El derecho desborda los límites políticos. Su primer elemento estructural es la universalidad de su ámbito. Allí donde haya relación entre los hombres, allí necesariamente ha de haber derecho. El movimiento integrador de éste es «difusivo», gracias al carácter universalizador de sus normas. De ahí que establezca entre los humanos «una pacificación cualitativa y no cuantitativa», como sucede con el vínculo político (pág. 100 y s.). El Derecho tiene, además, «carácter conjuntivo»; es una toma de conciencia de uno mismo respecto de sus relaciones sociales; por eso no puede eliminarse de la coexistencia humana. Y así, «la coexistencialidad jurídica efectúa el papel de integrar sin exclusiones, como válida respuesta al aislamiento y la enemistad, defectos de todo existente» (pág. 107).

En cuanto a la caridad, Cotta trata de analizarla fenomenológicamente, al margen de toda consideración teleológica o religiosa. La conceptúa como «característica manifestación de la existencia humana». Pese a cierta afinidad entre ambas, lo cierto es que amistad y caridad poseen estructura diversa: aquélla posee estructura cerrada, en tanto ésta última es abierta. Por otra parte, la caridad está dirigida hacia un ámbito universal, cuyo principio constitutivo es la «participación en un Todo», dentro del cual ninguno queda descartado (pág. 110), y que ofrece carácter «unificador y comprensivo». La caridad, como el derecho, posee igualmente «movimiento difusor». Su deber-ser típico es la «aceptación del otro», como parte de uno mismo; hacerse próximo de cualquier otro «significa superar toda diferencia, ya sea sociológica, de clase social o de posición política» (pág. 113). En definitiva, las formas coexistentiales de vida humana se entrecruzan, se influyen recíprocamente y se superan al combinarse entre sí, mostrando su profunda

interacción complementaria. Y esto, no sólo es posible, sino legítimo, dada su común fundamentación en el estatuto ontológico humano (pág. 115).

En la tercera parte de su obra, el profesor de Roma trata de descubrir cómo se presenta la trama del vivir jurídico con características propias, en el seno de la coexistencia humana. Analizando las normas del lenguaje, llega a la conclusión de que las normas jurídicas son «prescripciones». No se trata de normas «que regulan el empleo de la fuerza física» (pág. 123), sino de normas que deben respetarse con convicción, esto es, que son obligatorias. ¿Cómo determinar esta obligatoriedad? Sólo existe un criterio: que sea o no justa. Es entonces cuando aborda el tema de la justicia, distinguiendo lo que él llama «justicia intersubjetiva», de lo que llama «justicia social». Esta última la define como «la justicia que ordena (debe ordenar como valor) la rectitud de las relaciones que constituyen una sociedad» (pág. 130), considerada como un «todo». Trátase de una justicia «desigual y jerárquica» (pág. 131), por lo cual se basa en el principio de proporcionalidad, en relación con el bien común de la sociedad. Además, distingue después otra justicia, que Cotta llama «universal o absoluta», que está fundamentada en el principio de la paridad ontológica de todos los hombres y en la personalidad de éstos (pág. 140-1). En definitiva, el valor justicia resulta ser «lo trascendental» de toda norma jurídica, tanto desde el punto de vista de la lógica del concepto, cuanto desde el punto de vista de la lógica existencial (pág. 147).

Al abordar el tema de las funciones del derecho, lo primero que se pregunta Cotta es si se trata de una «función exclusiva» o de «diversas funciones». De ahí su atención a las doctrinas «reduccionistas»: la de Carlos Marx, al reducir el Derecho a mera función económica; la de Giovanni Gentile, al reducirlo a simple abstracción; en fin, la de aquellos desde Hubbes a nuestros días, que reducen el derecho a la política, entre los cuales incluye el normativismo kelsiano y el decisionismo de Schmitt. El origen de esta reducción política lo encuentra en Hegel, dada su opinión de considerar al Estado como la única fuente del derecho. A esto se opone Cotta, quien, apoyándose en el pensamiento del propio Hegel, afirma que la característica principal de la etapa histórica que vivimos, es el valor primario del «ser-hombre» por encima de cualquier otra distinción; y ese mismo valor constituye el fundamento de todo derecho. Como toda forma del vivir humano, también la forma jurídica posee su propia estructura y su propia función, que no es otra que «realizar la coexistencia en la legalidad, es decir, con regularidad conforme a justicia» (pág. 177). Todas las demás funciones atribuidas al derecho, o son externas a él, o son consecuencia de aquella primaria función.

Por otra parte, el derecho está traspasado por el tiempo. En la relación derecho-tiempo, Cotta se plantea la posibilidad de que uno de los términos domine al otro, pero nunca será de modo definitivo. En el derecho emerge una temporalidad que puede calificarse de «duración» en el sentido dado por Bergson. De ahí que sean dos los modos de relación del derecho con el tiempo: el de sucesión y el de duración; el primero presupone al segundo (pág. 194). Es nuestro yo el que dura; pero ¿qué necesidad tiene nuestro yo del derecho para durar? La respuesta es clara: porque la norma jurídica,

ella misma, implica duración (pág. 199). El derecho confirma la conciencia en el conocimiento de la propia coexistencialidad, y es un modo de salvaguardar temporalmente el yo, como ser coexistente, de la profunda tensión de la conciencia humana hacia lo eterno, del cual participa también el derecho «pro modo suo» (pág. 200).

Por último, y recogiendo las conclusiones sentadas a lo largo de los capítulos anteriores, Cotta aborda el tema de la moralidad en el derecho. Lo hace a través de la distinción triple relativa a la doctrina clásica griega, a la doctrina cristiana, y a la doctrina moderna. La segunda supuso respecto de la primera una verdadera «superación». Así se explica la sentencia agustiniana: «caritas magna, magna iustitia est». En efecto, la caridad cristiana supuso la superación definitiva de la relación «civis-hostis» de griegos y romanos. En cambio, para la doctrina moral-derecho, carecen de sentido, ya que al derecho sólo se le reconoce sentido inmanentista y temporal; es «un mandato externo que no obliga en conciencia» (pág. 212). Fue la «eticidad política» de Hegel la que reforzó la posición de quienes mantienen la amoralidad del derecho. Sin embargo, y durante muchos siglos, «la moralidad del derecho ha sido reconocida en base a meritorias razones de consideración» (pág. 214). Si cada forma del vivir humano supone un deber ser interno, el modo de vivir jurídico posee el suyo propio, y este deber-ser significa claramente una «específica moralidad», la de responder a «una legalidad justa» (pág. 218). Termina esta tercera parte, planteándose la realidad de las diversas morales en las formas de vida humana y sus posibles conflictos entre ellas, lo cual supone la necesidad de encontrar un criterio objetivo que sea válido en general, y no tenga carácter subjetivo. Cotta cree encontrarlo en el antiguo principio kantiano de «universalización», el cual nos ofrece dos cimas morales en las relaciones humanas: la forma jurídica y la caritativa. Sin embargo, es esta última, por su capacidad universal de aceptación de los otros, la que significa el ápice de las diversas formas de vida moral (pág. 225).

En resumen, el nuevo libro de Cotta constituye un buen análisis fenomenológico del Derecho a través de la coexistencia humana, donde existe ocasión de reconquistar problemas antiguos como el de la justificación de la norma jurídica positiva y la relación entre lo moral y lo jurídico, a la vez que se enfoca con nueva visión el controvertido tema del Derecho Natural; constituye también un serio propósito de combatir posiciones doctrinales de hoy, tal como el «antijuridicismo», el positivismo sociológico y el formalismo excluyente de todo contenido; y sobre todo, un fuerte alegato contra el monopolio estatalista del Derecho. Es interesantísima la superación de la distinción de la norma de conducta humana entre «autónoma» y «heterónoma» aplicada a la norma jurídica, con la nueva calificación de ésta como «socionómica». Quizá fuera preferible usar de la palabra «convivencia» —en el sentido dado a ella por Ortega y Gasset— para expresar todo el contenido que Cotta otorga —siguiendo a Heidegger— a la palabra «coexistencia». En efecto, ésta cabe en relaciones meramente externas, sin espíritu común y sin empresa colectiva expresa, en tanto la primera exige esta tarea común y el espíritu de comunión de todos los asociados en ella.

La función del Derecho se comprende mejor en el seno de ésta. Como se comprende en su seno mejor, esa relación entre el carácter ideológico del Derecho Positivo y el carácter permanente y universal del Derecho Natural de base ontológico-humana, que el profesor de Roma propugna en su libro.

Ismael PEIDRÓ PASTOR

Ronald DWORKIN: «Los derechos en serio», trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, 512 págs.

El sucesor de Hart en la cátedra de Oxford ha escrito este libro siguiendo los cauces del atrayente pragmatismo anglosajón. «La herramienta anglosajona», como califica Carlos Cossio al «antecedente judicial», uno de los elementos básicos de su teoría egológica sobre el Derecho, es en este libro de Dworkin de suma importancia. Está compuesto por una serie de trabajos escritos en la última década anterior a la primera edición, que data de 1977, y que lleva en inglés el título *Taking Rights Seriously*. Y se nota, porque está falto de unitaria sistematización. No obstante, es clara su intención: sostener que la Filosofía jurídica participa de la Filosofía moral y de la Filosofía política. Así lo ha confirmado el propio autor en «Doxa», Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1984, donde opina que nuestra disciplina ha permanecido aislada y por ello, el resultado de su investigación ha sido estéril. Dworkin piensa que cualquier teoría del Derecho debe ser un ejercicio de teoría moral objetiva y de teoría política, de carácter normativo.

El profesor de Oxford en este libro adopta la posición del liberalismo individualista y ciertas ideas filosóficas de Rawls, además de poner sumo cuidado de no separar la Ciencia descriptiva del Derecho, de la Política jurídica. Es así como afronta la exposición de su doctrina en general sobre el Derecho. Y siempre, sobre el más riguroso análisis de los casos prácticos que aduce. Así llega a una esperanzadora conclusión: no puede hablarse de Derecho si no existen previamente los derechos subjetivos, porque aquél no hace otra cosa que regular éstos en la comunidad política. Por eso vale la pena tomarse en serio los derechos individuales, pese a sus muchos detractores, a quienes contesta con atinadas razones en el Apéndice del libro, bajo el título «Réplica a los críticos» (pág. 412 y siguientes).

En conjunto, este libro resulta interesante en esta etapa de la decadencia del Positivismo jurídico, y de revisión del «utilitarismo» (Hume, Austin, Smith, Bentham) y del «estatalismo» (Maquiavelo, Hobbes, Spinoza, Rousseau y Hegel), especialmente en orden a los derechos del hombre frente al Estado, como se verá después. Consta de trece capítulos y de una Introducción, además del Apéndice aludido. Termina con unas notas bibliográficas.

El prologuista A. Calsamiglia, opina que Dworkin toma la posición doctrinal de Hart como punto de partida del libro, precisamente porque consi-

dera a éste como la más depurada posición positivista del Derecho. Y así, Dworkin intenta demostrar se trata de «una visión unilateral». Sin embargo, no es iusnaturalista. Mas bien lo que intenta es una tercera vía, basado en el modelo reconstructivo de Rawls. Calsamiglia sigue opinando que Dworkin no admite la discrecionalidad de los jueces, y menos en los casos difíciles, porque el juez no está legitimado para dictar normas y menos, para dictarlas con carácter retroactivo. Al juez sólo cabe exigirle criterio y razones que justifiquen su decisión o sentencia, con arreglo al Derecho vigente y al Derecho histórico; pero eso sí, con miras a la «certeza o seguridad en el Derecho», idea clave en el pensamiento del profesor de Oxford. Aquí entra en consideración el tema actualísimo de las garantías de los derechos individuales frente a las posibles agresiones del Gobierno de una democracia, aunque sea una mayoritaria. Según Calsamiglia, Dworkin no es «conservador», sino «liberal progresista», aunque al igual que Rawls, opine que ningún objetivo social puede justificar la violación de los derechos individuales. De ahí que el citado prologuista presente a nuestro autor como «incómodo» frente a los doctrinarios del Marxismo, «ya que pone en cuestión los presupuestos fundamentales comúnmente aceptados» por éste. Y por ello, estima que las tesis de Dworkin exigen también respuesta en nuestro ámbito cultural (pág. 27). Ahí radica, sin duda, el interés del libro.

En su Introducción, Dworkin confiesa «que los capítulos de este libro fueron escritos por separado, durante un período de gran controversia política sobre qué es el Derecho, y quién y cuándo debe obedecerse» (pág. 31). Así, pues, desde el principio, parece se aborde el preocupante tema de la validez, vigencia y legitimidad del Derecho, aunque por lo que se dirá después, no lo haya abordado del todo y menos resuelto. Dworkin se hace eco de la validez según el Positivismo, el cual sostiene que «la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas y en nada más». También se hace eco del «utilitarismo», el cual sostiene «que el Derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y nada más» (pág. 31). Y añade: «Ambas artes de la teoría dominante en la actualidad se derivan de Jeremy Bentham» (pág. 31). Por eso Dworkin opina: «Una teoría general del Derecho debe ser, a su vez, conceptual y normativa» (pág. 32); y «debe asumir constantemente una y otra posición sobre problemas de la Filosofía que no son estrictamente jurídicos» (pá. 33).

El profesor de Oxford resulta rotundo: «la teoría dominante falla, porque rechaza la idea de que los individuos pueden tener derechos frente al Estado, que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva» (pág. 36). Termina su Introducción con una breve referencia al contenido respectivo de los Capítulos en que divide el libro.

El autor, en orden al Capítulo sobre Jurisprudencia, escribe estas palabras: «En este momento, por ejemplo, la cuestión de si los hombres tienen obligación moral de obedecer la ley, ocupa lugar destacado en los cursos sobre Jurisprudencia en toda Inglaterra, pero hace dos decenios casi nadie mencionaba tal problema» (pág. 44). Tras referirse al «realismo jurídico»

surgido entre 1920 y 1930 en Inglaterra (Frank, Llewellyn, Sturges, Morris, Coles, entre otros), caracterizado por la idea de que los jueces deciden los casos de acuerdo con sus propios gustos morales y políticos, para después de escoger la regla jurídica apropiada, que sirva de fundamento a su sentencia, Dworkin afirma: «La línea principal de la Jurisprudencia norteamericana escuchó esta llamada al realismo y evitó el enfoque doctrinario de los textos ingleses» (pág. 46). Pero si los jueces discrepan sobre un mismo caso, lo que preocupa a los juristas es, si ello se debe a diferencia sobre aquellos gustos morales y políticos sobre la materia, o peor aún, si se debe a que no existen tales principios» (pág. 49). Termina el capítulo con una crítica a la opinión de Hart.

Los capítulos segundo y tercero los dedica a las normas jurídicas. Aquí se refiere concretamente a los llamados «nominalistas», esos juristas para quienes los conceptos de obligación jurídica y Derecho no son otra cosa que mitos. Por el contrario Dworkin opina que todos los juristas debemos ponernos de acuerdo en aquéllo que «todos creemos está mal» (pág. 63). «Si lo depuramos de la exageración, el ataque nominalista se reduce a un ataque a la Jurisprudencia mecánica» (pág. 64). Después se refiere al Positivismo y a la simplicísima idea de John Austin, que «no explica ciertos hechos sorprendentes en lo que se refiere a las actitudes que adoptamos respecto del Derecho» (pág. 67); y también se refiere a la más compleja posición de Hart, con su distinción entre normas primarias y secundarias (pág. 68). En su crítica al Positivismo, Dworkin distingue los «principios» de las «normas», pues mientras los primeros tienen carácter genérico, las segundas tienen carácter específico. Lo hace a través del análisis del caso de *Henningson V. Bloomfield Motors de New Jersey*. Esta referencia a casos prácticos es constante en el libro. Del análisis de ese caso y del de *Riggs*, concluye, que un modelo jurídico de norma, que tenga en cuenta los principios del Derecho, «tendrá alguna ventaja inicial sobre otro modelo que no los contenga, sino los excluya» (pág. 90); lo cual supone el rechazo del primer dogma positivista; y también, del segundo dogma, la discrecionalidad judicial (pág. 99). ¿Y respecto del tercer dogma, la teoría positivista de la obligación jurídica? Es ahora cuando resume la teoría de Hart (págs. 106 y s.) y la de Raz respecto de las «reglas de reconocimiento» y su teoría de «la norma social», que considera erróneas (pág. 126 y s.).

Los capítulos tercero y cuarto los dedica a los «casos difíciles» y «constitucionales». Los primeros suponen para el Positivismo la discrecionalidad judicial. Basándose en el análisis de casos prácticos, como el «*Spartan Steel*», trata la cuestión del «precedente judicial» (pág. 186 y s.), llegando a la conclusión de que «todo juez debe juzgar humildemente, pues puede equivocarse en sus juicios políticos» (pág. 208). En cuanto a los «casos constitucionales», toma por base el análisis de la «filosofía de Nixon» respecto del caso *Warren*. ¿Tienen los ciudadanos derechos morales sobre el Estado? Nuestro sistema —afirma Dworkin— descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado (pág. 230). Es más, el Derecho Constitucional no podrá hacer auténticos avances, mientras no progrese en el problema de tales

derechos (pág. 233). Sin embargo, no concreta en qué consisten tales derechos.

A los derechos humanos dedica los capítulos sexto, séptimo, duodécimo y décimo tercero, relacionándolos con la Justicia y con la doctrina de Rawls, con sus dos famosos principios: 1, que cada persona posea la mayor libertad política posible; 2, que las desigualdades —en el poder, riqueza, ingresos y otros recursos— no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la sociedad que peor están» (página 234). Tras del pertinente análisis sobre la cuestión, concluye que la Justicia y la Equidad descansan sobre el supuesto «de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración, un derecho que poseen... simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia» (pág. 274). En el capítulo séptimo parece aclarar la distinción de los derechos morales y los jurídicos al expresar que la tarea de gobernar implica la de «definir» los derechos morales mediante leyes y decisiones judiciales (pág. 293). En el capítulo duodécimo aborda la tensión libertad-igualdad. «Para proteger la igualdad —dice Dworkin— se necesitan leyes, y las leyes son inevitablemente, compromisos que afectan a la libertad» (pág. 382). En definitiva, los derechos son controvertibles, cuestión a la que dedica expresamente el capítulo décimotercero. Y ello, porque como el profesor de Oxford afirma: «Existen un conjunto de respuestas y argumentos a los que desde cualquier punto de vista objetivo o neutral, se ha de reconocer como igualmente buenos» (pág. 396). De ahí que la elección de uno de ellos sea una decisión preferencial y no una «decisión impuesta por la razón» (pág. 396).

Entre los derechos reconocidos se refiere al de «desobediencia civil» en el capítulo octavo. Para Dworkin no cabe duda de que la validez de la ley puede ser dudosa (pág. 306); y «puede ser injusto castigar a un hombre por desobedecer una ley dudosa» (pág. 324).

Asimismo, condena toda discriminación en el capítulo noveno. Es aquí donde subraya las dificultades del «utilitarismo». Por eso afirma: «El argumento utilitarista de que la segregación mejora el bienestar promedio presupone que se pueden tales cálculos, pero ¿cómo? (pág. 339). Y aludiendo al argumento de Jeremías Bentham acerca de la justificación de las decisiones políticas en base a la mayor o menor cantidad de placer o dolor que ellas produzcan, Dworkin afirma rotundamente: «en todo caso, sería imposible identificar, medir y sumar los diferentes placeres y dolores que experimentan una gran cantidad de personas» (pág. 340).

Al tema de la libertad dedica los capítulos décimo y undécimo. El primero en relación con la Moral; el segundo, en relación con el liberalismo. Es en este último donde glosa la famosa doctrina de John Stuart Mill sobre la libertad, «que ha servido —dice— más a los conservadores que a los liberales» (pág. 372), destacando la idea de aquel sobre el papel del Estado en orden a la educación de sus ciudadanos para llevarles hacia «una conciencia social». Es entonces cuando afirma que la autonomía de la persona humana no debe confundirse, ni con la licencia, ni con la anarquía, por lo cual debe ser establecida como una condición especial y justa de la socie-

dad (pág. 379). Respecto a la relación entre la libertad y la Moral, Dworkin se pregunta: «¿Diremos que la condenación pública es, en y por sí misma, suficiente para justificar que convirtamos un acto en delito?» (pág. 349). Para el profesor de Oxford la sociedad, sin duda tiene derecho a defenderse y a proteger su existencia; como tiene derecho a seguir «sus propias luces». Es entonces cuando aborda la cuestión de la corrupción moral, la obscenidad y la procacidad, alentadas hoy por los medios de difusión social. Y es aquí donde encuentra una característica función del Derecho: la de protegernos de nosotros mismos (pág. 370).

Estimo es ciertamente meritoria la labor de Dworkin en este libro al criticar desde un punto de vista pragmático al Positivismo jurídico y al utilitarismo; sin embargo, a mi juicio, no lo consigue del todo por falta de inquietud metafísica, aunque él en repetidas ocasiones afirme que no quiere ser tildado de metafísico. La única manera de tomar en serio los derechos humanos es asentándoles sobre base metafísica y ontológica.

El libro está escrito en prosa ampulosa y reiterativa, por lo cual, no sólo resulta gravoso el leerlo, sino que cualquier lector llegará a concluir, que se pudo haber dicho lo mismo con la mitad de páginas.

Ismael PEIDRÓ PASTOR

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho», Madrid, Civitas, 1984, 182 págs.

I. Afirma García de Enterría en la 'Nota Preliminar' a su libro: «Reúno en este pequeño volumen tres trabajos que, aunque nacidos independientes, versan realmente sobre una temática común, *la relación* del intérprete y del *Juez* en particular, con la *Ley* y la posible intermediación en esa relación de *principios materiales de justicia*, los límites de esa eventual intermediación, así como el *origen* y el *contenido* de dichos principios» (1).

Es de interés comprobar cómo los dos primeros trabajos a los que hace referencia su autor son, respectivamente, de 1961 el primero («Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo») y de 1964 el segundo —al menos publicado en 1964 como introducción al libro de Th. Viehweg en su versión castellana: «Tópica y Jurisprudencia»—; en tanto que el tercero —más extenso que los anteriores— es publicado en 1984 con el título: «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución» (2). Es decir, entre aquéllos y éste han transcurrido una veintena de años. La relevancia de este dato, así como la de los títulos de los distintos trabajos se irá poniendo de manifiesto con la lectura de este comentario.

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho», Madrid, 1984, 1.ª ed., pág. 7 (subrayados nuestros, tanto en ésta como en citas posteriores).

(2) En adelante: GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, 1964 y 1984 respectivamente.

Los tres trabajos versan, efectivamente, sobre una temática común. Por ello he elegido determinados párrafos del libro, que iré citando con la intención de reconstruir la línea argumentativa empleada por García de Enterría en esta obra, y hacer ver así la existencia de una diferencia cualitativa entre sus dos primeros trabajos —especialmente el de 1961— y el último de 1984. No obstante, ambos trabajos son, desde mi punto de vista, de un meritorio valor.

Efectivamente. Defender ya en 1961 la tesis de que la jurisprudencia es una 'fuente del Derecho', «...y entre las más efectivas» (3), habida cuenta que hasta 1974 no se llevará a cabo la reforma del 'Título Preliminar' del Código civil, donde incluso no llegará a reconocerse este hecho de forma explícita, es algo muy de agradecer (4).

Por otro lado, defender en 1984 que las normas constitucionales son «también» normas jurídicas, considero que es algo muy oportuno en un país que estrena constitución democrática en 1978 (5).

II. En el libro se habla de una 'técnica' jurídica para la interpretación de las normas, que estaría a caballo entre el 'iusnaturalismo' y el 'positivismo', encontrando en la 'tópica' el lazo de unión entre ambos (6).

«Ello lleva a concretar —afirma García de Enterría— al *Derecho natural* no, repetimos, en un orden abstracto, lejano, evanescente de preceptos o de directivas, sino en unos 'principios generales del Derecho' perfectamente *singulares y específicos*, operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como también positivizados, a través de una u otras formas, y no perdidos en la imprecisión, y mucho menos en la formulación de las famosas buenas intenciones» (7).

De esta forma, el Derecho se dibuja como «una 'tópica' de problemas, los cuales deben ser debatidos ('Problemerörterung, como tarea dialéctica propia del pensamiento tópico) en su singularidad, aunque sea esencial para ello la determinación de analogías problemáticas y de 'lege artis' obtenidos de la experiencia reiterada de los mismos» (8).

Así, pues, «lo que los jueces deben aplicar para llegar al valor superior de la justicia aplicando las Leyes es la *técnica jurídica* más estricta para, respetando tanto la 'auctoritas' como la 'potestas' 'de' dichas Leyes (cuyo 'imperio' es, pues, indiscutible, como expresión del principio democrático, que es otro de los indiscutibles 'valores superiores' de la Constitución), las encamine precisamente hacia ese objetivo preciso» (9).

Habría, pues, principios de Derecho natural concretizables en 'principios generales del Derecho', trabajados 'tópicamente' por la jurisprudencia y posi-

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, «Reflexiones...», pág. 25.

(4) Véase al respecto, A. OLLERO, «Poder Judicial y transición democrática en España», en Anuario del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1982, pág. 19.

(5) En su defensa del Derecho constitucional como parte integrante del ordenamiento jurídico es de interés la polémica entablada con Lucas Verdú en *Revista de Derecho político*, UNED, Madrid, 1982, núm. 15.

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1964, «Reflexiones...», págs. 77 y 78.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1964, «Reflexiones...», pág. 78.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, «Reflexiones...», pág. 58.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», pág. 100.

tivizables en las normas constitucionales; todo ello con el objetivo de llegar «al valor superior de la justicia aplicando las Leyes» (10).

¿Por qué, precisamente, una 'técnica jurídica'? «... porque si alguna justificación y alguna objetividad ha alcanzado la técnica jurídica a lo largo de los siglos es, precisamente, la de ser una *técnica de la justicia*, con alcance infinitamente más preciso y seguro que cualquier otra posible valoración moral o legal» (11). Además, «esa técnica existe y es, justamente, la *técnica no positivista*» (12).

III. Después de la obra de Th. Viehweg, 'la tópica' pasó a ser considerada, dentro del ámbito de la metodología jurídica alemana, como un argumento más en contra de la metodología tradicional de la interpretación de las normas jurídicas, pero en ningún caso como una alternativa global a dicha metodología.

Pienso, además, que ni el propio Viehweg tenía esa intención. Baste leer el subtítulo del libro, no traducido al castellano (13). Pero incluso de la misma lectura de la obra de Viehweg, yo, al menos, no podría deducir que la 'tópica' sea una 'técnica jurídica', al menos con las pretensiones con que García de Enterría la describe. Así, por ejemplo, afirma Viehweg en su libro: «Pero, mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos en su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que son insistematizables... En esta situación se encuentra, evidentemente, la Jurisprudencia» (14).

¿Cómo es posible deducir de esto una 'técnica de la justicia no-positivista'? El mismo Viehweg sigue afirmando que «la primacía del problema influye sobre la técnica a adoptar. Una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable. Esto ha de valer especialmente para un sistema deductivo. A causa de lo inabarcable de su problemática, una jurisprudencia así concebida tiene un interés mucho mayor en una variedad asistemática de puntos de vista. No es enteramente exacto calificarlos como principios o reglas fundamentales. Se les tendría que llamar más exactamente reglas directivas o tópicos, según el criterio de nuestra investigación, puesto que no pertenecen al espíritu deductivo-sistemático, sino al tópico. La terminología de tipo científico señala una dirección falsa, cosa que no es rara en nuestro campo» (15).

García de Enterría habla, además —si bien indirectamente, con el objetivo de reforzar su tesis— de la 'Hermenéutica jurídica', la cual, desde mi punto de vista (16), si se puede caracterizar por algo es, precisa-

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. nota 9.

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», pág. 101.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», pág. 100.

(13) «Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung».

(14) TH. VIEHWEG, «Tópica y Jurisprudencia», Madrid, 1964, pág. 129.

Cuando Viehweg emplea el término alemán 'Jurisprudenz' se refiere, no sólo a la jurisprudencia como actividad judicial, sino, además, a la dogmática jurídica y al 'arte' de legislar.

(15) TH. VIEHWEG, «Tópica...», pág. 142.

(16) Véase al respecto mi reciente artículo: «El papel de la pre-comprensión en la interpretación del Derecho», La Ley, número 1.251, Madrid, 1985.

mente, por rechazar cualquier calificativo relacionado con 'técnica' o 'ciencia' (17).

La diferencia cualitativa entre los trabajos de 1961 y 1964 y el de 1984 se pone de manifiesto en la inflexión de la línea argumental que se produce en el libro.

Si en 1961 para defender la tesis de la jurisprudencia como 'fuente del Derecho' ha de poner García de Enterría en tela de juicio un rígido sometimiento del Juez a la Ley, basándose para ello en el hecho —fundamentado en bibliografía alemana sobre metodología jurídica— de «... que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico» (18); en 1984 parece más preocupado por poner límite a estas afirmaciones, concluyendo: «No se trata, obviamente, de que el juez, o cualquier aplicador del Derecho, se liberen de la Ley ('Derecho libre'), porque esto manifiestamente iría contra el imperio de la Ley que la Constitución proclama y destaca. Tampoco el mandato de la búsqueda de la justicia implica una invocación a la supuesta 'justicia del caso concreto'; no hay justicia posible del caso concreto en el sistema constitucional si ello supone distinguir en la aplicación de la Ley ante la cual todos los ciudadanos son iguales (art. 14); la justicia ha de ser, pues, como la Ley misma, común y general. En fin, no será posible tampoco apelar simplemente a un *evanescente e impreciso sentimiento de lo justo...* porque si ese sentimiento fuese subjetivo del intérprete, de cada intérprete, en cada circunstancia se rompería de nuevo la generalidad del Derecho» (19).

Si, efectivamente, el juez opera, también, desde su concepción particular de la justicia (20), ¿cómo se puede conjugar ésta con una técnica jurídica? Según mi opinión, desde el punto de vista de una gran parte de la bibliografía que se utiliza en el libro, no se puede deducir que la aplicación e interpretación de la norma sea una cuestión formal; es decir, una actividad técnica. No tiene sentido apelar al artículo 14 de la Constitución, que, como se sabe, recoge el principio de la Revolución francesa de la 'igualdad formal' ante la Ley. Esto nos lleva, si bien sólo en el plano teórico, a un irremisible 'positivismo legalista', muy a pesar de García de Enterría, por su afán de mantener subordinado, cueste lo que cueste, el Derecho al método.

Si algún artículo de la Constitución española de 1978 tiene, desde mi punto de vista, relación con el problema de la interpretación y aplicación de la Ley (partiendo de la base de que no se trata de una cuestión formal, sino de fondo, y, si llevamos hasta sus últimas consecuencias la filosofía que encierra la bibliografía que García de Enterría emplea) éste sería, cu-

(17) Véase al respecto el ensayo, bastante orientativo, de A. KAUFMANN, «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la Hermenéutica jurídica», en ACFS, Granada, 1977, número 17.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, «Reflexiones...», pág. 22.

Véase, además, GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, «Reflexiones...», págs. 18 y 52.

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», págs. 100 y 101.

(20) Compárese, J. ESSER, «Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung», Frankfurt, 1971, págs. 23, 24 y 25.

riosamente, aquel que 'reconoce' la 'desigualdad real' de los ciudadanos, por lo que correspondería «a los poderes públicos —y, entre ellos, se encuentra el 'poder judicial'— promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...» (art. 9,2).

El problema de valoración que en toda decisión jurídica se produce, como consecuencia, precisamente, de que el intérprete condiciona la decisión jurídica (21), es, justamente, lo que ha dado lugar en la R. F. de Alemania a toda una revisión teórica de la metodología del Derecho, cuyos precedentes filosóficos nos llevan a la ontología existencial heideggeriana y a la filosofía del lenguaje, a partir del 'último Wittgenstein'.

Así, pues, cuando afirma el mismo Esser —en obra citada, también, por García de Enterría— que «lo que hace el juez es llevar al juicio sobre los hechos el *sentido jurídico-político* de la norma» (22), esto quiere decir —en palabras de W. Hassemmer, situado en similar perspectiva teórica— que «la norma cambia por la decisión jurídica que se toma, ya que está fundamentada en ella. Es decir, la norma queda de nuevo constituida con la decisión jurídica tomada» (23). Y, si esto es así, no es tan fácil afirmar que «la creación —de Derecho por el juez— no es libre sino vinculada... a los valores jurídicos *perfectamente objetivizados* que el juez ha de manejar en la labor interpretativa» (24).

Es decir, si la valoración es siempre inevitable cuando se interpreta una norma jurídica, y las normas constitucionales son, también, normas jurídicas, la valoración va implícita en su interpretación.

IV. A pesar de todo esto, no se puede calificar a García de Enterría de 'incoherente' por sus trabajos de 1961 y 1964 en relación con el de 1984.

El defendía ya entonces, pienso, y sigue defendiendo hoy, una profesionalización de la labor jurídica —si bien quizá habría que decir 'tecnocratización'—. Una 'tecnocratización' que en 1961, de concebirla al 'modo positivista, negador de libertades, mientras que en 1984 le preocupa, por el contrario, el peligro de una excesiva politización en el ámbito de la interpretación de las normas constitucionales. Hay, pues, una constante ideológica, bajo la amplia oscilación que su difuso concepto de 'técnica de la justicia' posibilita.

En definitiva, García de Enterría se enfrenta al arduo problema de la interpretación del Derecho, siendo consciente de las fuertes implicaciones políticas que encierra. Pretende darle una solución 'técnica', que, desde mi punto de vista, quiere acogerse a 'lo científico', lo cual no deja de ser

(21) «Al igual que el autor introduce algo de su personalidad en la obra que crea, lo mismo acontece con el juez en la sentencia», A. KAUFMANN, «Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung», en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (3. Aufl.), Heidelberg, Karlsruhe, 1981, pág. 294.

(22) J. ESSER, «Vorverständnis...», pág. 55.

(23) W. HASSEMER, «Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik», Köln, Berlin, Bonn, München, 1968: pág. 100.

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», págs. 132 y 133.

sorprendente en un jurista práctico de su experiencia, que sabe perfectamente que la realidad del Derecho no es adaptable, sin más, a tales moldes metodológicos teóricos.

En cualquier caso, lo que me parece menos afortunado es la utilización de unas fuentes bibliográficas (poco conocidas, por otra parte, en nuestro país) que no fundamentan, desde mi punto de vista, las conclusiones a las que pretende llegar García de Enterría en su libro.

Víctor QUESADA

Hans Kelsen: «Teoria generale delle norme», Ed. de Mario G. Losano, trad. de Mirella Torre, Torino, Einaudi, 1985.

Esta obra es la traducción italiana de la *Allgemeine Theorie der Normen*, obra póstuma de H. Kelsen, publicada en 1979. Incluye una introducción de M. G. Losano (pp. XVII-LXI) y contiene además un índice analítico y otro de nombres, que faltan en la edición original. Otra diferencia entre la edición original y la italiana consiste en que en aquella las notas están colocadas al final del libro y van numeradas sucesivamente desde la nota 1 hasta la 185, que es la última; mientras que en la obra que comentamos las notas están situadas al final del capítulo. Pero, existe una tabla de concordancia de las notas que permite al lector saber a qué nota de la edición original corresponde cada una de las notas de la traducción.

Habiendo transcurrido siete años desde la publicación de la *Allgemeine Theorie der Normen*, no es oportuno ahora hablar del contenido de esta obra, pues sin duda el lector estará ya familiarizado con el mismo. Más adecuado parece, en cambio, examinar los comentarios que ha suscitado esta obra de Kelsen.

A juicio de O. Weinberger y M. G. Losano, en la «Teoría general de las normas», Kelsen modifica su pensamiento anterior en aspectos sustanciales, llegando incluso a sostener, dicen estos autores, tesis diametralmente opuestas a aquellas defendidas en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (1960). El propio título del ensayo introductorio de Losano antes mencionado, «La dottrina pura del diritto dal logicismo all' irrazionalismo», expresa ya esta idea.

Mi opinión es justamente la contraria. Pienso que Kelsen no ha modificado en su obra póstuma ninguna de las tesis centrales de la *Reine Rechtslehre*².

Por tesis centrales del pensamiento de Kelsen entiendo aquellas que configuran su concepción de la norma jurídica. Para Kelsen x es una norma jurídica si y sólo si:

1) x es un deber ser, 2) x es relativo al ejercicio de la coacción, 3) x es eficaz, y 4) x es autorizado por una norma jurídica.

La primera idea, la de que la norma jurídica es un deber ser, tiene las siguientes consecuencias en el pensamiento de Kelsen: la norma jurídica es positiva (dado que, según Kelsen, todo deber ser es puesto por un acto de

voluntad humano), prescriptiva (dado que, según Kelsen, todo deber ser es una orden) e ideal (dado que, según Kelsen, todo deber ser es el sentido de un acto). Aquí (concretamente, en el marco de la tesis de que las normas jurídicas son prescriptivas) se encuadra también otro aspecto importante del pensamiento de Kelsen: el tema de las disposiciones legales (permisivas, derogatorias, las que autorizan, etc.) que no parecen ser prescripciones.

La «Teoría general de las normas» no ha alterado ninguno de estos aspectos del pensamiento de Kelsen. Pero, ha desarrollado alguna de las ideas anteriores, con desigual fortuna.

Esclarecedoras (para conocer el pensamiento de Kelsen) resultan las páginas en que el jurista austriaco habla del fin o de la finalidad de las normas jurídicas. N. Bobbio ya había observado (acertadamente, puesto que para Kelsen las normas jurídicas son entidades ideales) que las consideraciones teleológicas respecto a las normas jurídicas no tienen o no deberían tener sitio en la teoría pura del derecho, dado que esta perspectiva supone contemplar las normas jurídicas como hechos. En la *Teoria generale delle norme* (p. 25-26, 31, nota 4 y 155), Kelsen elimina las dudas que pudieran existir a este respecto, al decir que es el acto que pone la norma jurídica, no la norma jurídica misma, el que puede aparecer en relaciones medio-fin o causa-efecto.

En cambio, son confudentes los pasajes (pp. 65-66, 72, 231-232) en que Kelsen utiliza el concepto semántico, sin distinguirlo de su propio concepto de sentido, que no es semántico, sino de origen neokantiano (concretamente, procede de H. Rickert). Esta confusión es además el inicio de una cadena de confusiones. Pues la norma jurídica kelseniana (que tendría que ser un ideal sentido neokantiano) se convierte, en primer lugar, en un sentido semántico, concretamente, en una proposición, o sea, en el sentido de una oración (*Bedeutung eines Satzes*, p. 130 de *Allgemeine Theorie der Normen*) (*significato de una proposizione*, p. 254); hasta el punto de que en *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 131, se lee: *Die Norm, die der Sinn des Willenaktes ist, ist die Bedeutung des Satzes...* (*La norma, che è il senso dell'atto di volontà, è il significato della proposizione...*, p. 254). En segundo lugar, las normas jurídicas se convierten en oraciones (ya no en el sentido de oraciones), como consecuencia de la tesis de que las normas jurídicas son órdenes y de que, según dice Kelsen en la *Teoria generale delle norme*, las órdenes son entidades lingüísticas. Y, en tercer lugar, las normas jurídicas kelsianas se convierten en hechos, al decir Kelsen que las órdenes son hechos o que las órdenes están inmersas en relaciones de causalidad (pp. 71-73).

La tesis segunda, la tesis de que las normas jurídicas son relativas al ejercicio de la coacción, también es mantenida en la *Teoria generale delle norme*, pero es justificada de modo diverso. En obras anteriores (*General Theory of Law and State* y *Reine Rechtslehre*²), Kelsen justificaba esta tesis diciendo que las disposiciones legales dirigidas a los individuos privados y no relativas al ejercicio de la coacción son parte de las disposiciones legales dirigidas a los jueces y relativas al ejercicio de la coacción, las cuales son en realidad las únicas normas jurídicas propiamente dichas. En la *Teoria generale delle norme* (pp. 222-223) Kelsen afirma, en cambio, que las normas que

una vez llamó «secundarias» están implícitas en las que él mismo llamó «primarias»; lo que parece que significa que las primarias implican lógicamente las secundarias.

La tercera idea, la idea de que la eficacia es condición necesaria para la existencia o validez de una norma jurídica, también permanece inalterada en la *Teorie generale delle norme*. Pero también a este respecto Kelsen precisa su pensamiento: un deber ser que reúna las condiciones 1, 2 y 4, establecidas en la anterior definición de norma jurídica, es una norma jurídica desde el mismo momento en que ha sido puesto; desde ese momento posee pues validez jurídica. Mas, dice Kelsen, si el deber ser es de carácter general e hipotético, esa validez no es una validez plena. Para que el deber ser general e hipotético adquiera plena validez jurídica es necesario que sea creada una norma individual y categórica conforme a aquel deber ser (pp. 85-86). Pienso que lo que Kelsen pretendió fue distinguir entre una validez incompleta, antes de que la norma jurídica sea eficaz, y una validez completa, una vez que la norma jurídica es eficaz.

La cuarta y última idea, según la cual toda norma jurídica ha de estar autorizada por una norma jurídica, expresa la concepción jerárquica-dinámica del derecho, que culmina en la tesis de la norma fundamental. Tampoco a este respecto, la *Teoria generale delle norme* no contiene ninguna novedad importante. Quizá la única «precisión» destacable que Kelsen añade en su obra póstuma se halla en la afirmación de que la norma fundamental es una ficción contradictoria con la realidad y consigo misma (p. 434) (éste es un pasaje del artículo «Die Funktion der Verfassung» de 1964).

¿Cuáles son entonces las razones para que se afirme que la «Teoría general de las normas» modifica en aspectos importantes la teoría pura «clásica», que culmina en la *Reine Rechtslehre*? La única razón parece ser la de que, en su obra póstuma, Kelsen rechaza la aplicabilidad de los principios o reglas lógicas a las normas jurídicas.

La cuestión de si a las normas jurídicas se aplican o no las reglas o los principios lógicos es imprecisa. Mas, cualquiera que sea el sentido que se le atribuya, éste no es un tema central de la teoría pura del Derecho (aunque sí parece serlo para los comentaristas de Kelsen). Así lo prueba además el escaso número de páginas (menos de diez, por cuanto sé), que Kelsen había dedicado a esta cuestión antes de 1962.

Tal como Kelsen entiende la cuestión mencionada, hay en ella comprendidas tres cuestiones: la primera es si de las normas jurídicas pueden ser deducidas otras normas; la segunda es si existen contradicciones entre las normas deducidas; y la tercera, si las normas deducidas son también normas jurídicas. Kelsen no se pronuncia sobre la primera cuestión aisladamente (que es por donde tendría que haber empezado), y la discute siempre juntamente con la tercera cuestión. En cuanto a la segunda cuestión, Kelsen afirma que decir que dos oraciones son lógicamente contradictorias significa que una de ellas es verdadera si y sólo si la otra es falsa; y, puesto que las normas jurídicas no son verdaderas ni falsas no existen contradicciones lógicas entre las normas jurídicas (pp. 352-353). Por lo que respecta a la tercera cuestión, Kelsen responde negativamente, al afirmar que «la validez de una norma no puede ser deducida de la validez de otra norma; ésta es

una consecuencia de su definición de norma jurídica, conforme a la cual toda norma jurídica, en cuanto deber ser, necesita de un acto de voluntad que la ponga o establezca» (pp. 379 y ss.).

A mi modo de ver, la posición que Kelsen expresa a través de las tesis anteriores no merece el calificativo de «irracional», que le han aplicado Weinberger y Losano. Pero más importante es poner de relieve que, frente a lo que opinan los autores mencionados, dichas tesis no modifican en absoluto la teoría pura del Derecho «clásica».

Respecto a la segunda cuestión, las mismas tesis que acabo de citar aparecen en un pasaje de la *Reine Rechtslehre*² (pp. 209-210). Aunque en este lugar Kelsen haría una observación ulterior (referente a la posibilidad de aplicar los principios y reglas lógicas a las normas jurídicas indirectamente, a través de los enunciados de la ciencia jurídica), que en la *Teoría generale delle norme* rechazaría. Y también en otros temas relacionados con esta cuestión Kelsen modificará su pensamiento en su obra póstuma.

Por lo que respecta a la tercera cuestión la posición de Kelsen es un simple corolario de una tesis (la anteriormente mencionada), constante en su pensamiento desde antes de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (1934). Kelsen nunca ha sostenido que las normas deducidas de normas jurídicas (supuesto que Kelsen hubiera admitido tal deducción) son normas jurídicas. Para Kelsen el Derecho es un sistema, ciertamente; pero se trata de un sistema jerárquico-dinámico, no de un sistema lógico. Por esta razón, el calificativo de «logicista» y otros similares, que siempre han sido aplicados y continúan siendo aplicados a la teoría pura del Derecho, han sido y son erróneos, en la medida en que sugieren que para Kelsen el Derecho es un sistema lógico o deductivo.

Rafael HERNÁNDEZ MARÍN

Karl LARENZ: «Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica», traducción y presentación de Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1985, 202 págs.

La finalidad de la obra —tal y como señala el autor— es tender un puente entre los juristas y los filósofos para lograr que sus respectivas reflexiones sobre el Derecho sean fructíferas. Se trata de superar una larga incomunicación que sólo ha producido efectos negativos y para ello se sigue el único camino posible: «la alternancia de argumentos de carácter filosófico-jurídico y argumentos de Derecho positivo». El punto de partida del profesor Larenz es el análisis de la doctrina de Stammler sobre el Derecho justo. La idea del Derecho justo es aceptada plenamente, sin embargo, en su desarrollo se producen notables discrepancias entre Larenz y Stammler. Para Larenz —a pesar de que es inevitable la pregunta sobre la justicia del Derecho— la vía para hallar el Derecho justo no es un método formal —como propugnaba Stammler—, sino que es posible encontrar principios de un Derecho justo que no estén desprovistos de contenido.

El primer capítulo está dedicado al esclarecimiento de lo que es Derecho justo y de los principios jurídicos. La paz jurídica (dentro de la cual se encuentra la seguridad jurídica) y la justicia son los dos elementos principales de la idea del Derecho. La misión de lo que Larenz llama «principios del Derecho justo» es dar sentido a esta idea, pero hay que tener en cuenta que los principios no se pueden obtener por deducción (partiendo de la idea del Derecho) ni por inducción (partiendo del Derecho positivo). Los principios del Derecho justo sólo se nos hacen presentes en el seno del Derecho positivo pero existen con independencia de su concreción en un determinado ordenamiento jurídico. Ello significa que no es lo mismo un principio del Derecho positivo y un principio del Derecho justo. Los principios del Derecho justo «no tienen vigencia en virtud del establecimiento o de la autoridad de un legislador, ni por una convicción jurídica generalizada, sino a causa de su justeza» (p. 191). A pesar de lo que a primera vista pudiera parecer no se trata de una vuelta al iusnaturalismo ya que esta doctrina es rechazada decididamente por el autor al sostener la existencia de un Derecho absolutamente justo y válido para todos. Conviene señalar que las afirmaciones de Larenz sólo pretenden ser válidas en un marco geográfico muy limitado que viene representado por la cultura occidental. Además hay que tener presente que la justicia de la que habla Larenz es siempre relativa y, por ello, los principios del Derecho justo, aun cuando se proyecten en un determinado sistema jurídico, siempre se encuentran matizados por dicho sistema.

Si el iusnaturalismo se rechazaba al afirmar la existencia de un Derecho absolutamente justo, el positivismo tampoco se acepta por incurrir en el defecto opuesto, esto es, prescindir del problema de lo justo y, en definitiva, no buscar el fundamento de la validez del Derecho. De cualquier modo creemos que los conceptos que maneja el autor de iusnaturalismo y positivismo son excesivamente rígidos puesto que las distintas versiones del iusnaturalismo y del positivismo no responden necesariamente a este esquema.

Establecidas estas premisas Larenz se dedica a la explicación y exposición de los distintos principios del Derecho justo. La enumeración ofrecida no pretende tener un carácter exhaustivo y en repetidas ocasiones se afirma que la lista propuesta está abierta a nuevos principios que podrían incluirse en el futuro. Además, con estos principios se pueden obtener diversas soluciones justas (de nuevo se insiste en el carácter relativo de la justicia y, consiguientemente, de los principios del Derecho justo).

El primero de los principios del Derecho justo es el del respeto recíproco que tiene su inmediata concreción en los derechos fundamentales, aunque no afecte sólo a tales derechos, pues puede decirse que todo el ordenamiento está impregnado de este principio. Parece que en la escala axiológica, el principio del respeto recíproco que reconoce la dignidad del hombre ocupa un lugar superior siendo la base del resto de los principios; en cierto modo, se configura —si se nos permite la expresión— como el *principio de los principios*. Un problema interesante que aborda Larenz es el de si los derechos fundamentales son de carácter suprapositivo, es decir, si le corresponden a cada hombre por el mero hecho de serlo con independencia de que estén reconocidos en un determinado ordenamiento jurídico. La respuesta es negativa, pero lo que sí tiene carácter suprapositivo es «el principio de

respeto en sí mismo considerado, el derecho fundamental al respecto que nace de dicho principio y el deber fundamental correspondiente, sin perjuicio de su necesidad de concreción» (p. 64).

A continuación Larenz analiza otros principios haciendo una distinción entre principios de la esfera individual (principios de autodeterminación y autovinculación en los contratos, equivalencia en los contratos sinalagmáticos y confianza) y de la esfera de la comunidad (principios de participación, igualdad, proporcionalidad y nivelación social). Creemos que esta distinción tiene un carácter puramente metodológico, pues es evidente que todos estos principios se implican mutuamente y difícilmente podría sostenerse que el principio de igualdad o el de proporcionalidad carecen de vigencia en la esfera individual. Por lo que se refiere a los principios de la esfera de la comunidad el de participación tiene una gran importancia en la configuración del Estado democrático. Lo primero que hay que hacer es tratar de buscar una justificación al hecho de que los particulares no son miembros del Estado como consecuencia de un acto voluntario. A Larenz no le satisfacen las soluciones contractualistas porque «pertenece a la idea misma del contrato que el que quiera excluir el contrato tenga la posibilidad de hacerlo y esta posibilidad no la admiten los representantes de la teoría del contrato estatal» (p 135). Para él la justificación del poder estatal hay que encontrarlo en la necesidad de obtener y conservar la paz social.

Finalmente, se analizan lo que Larenz llama principios del Estado de Derecho en sentido estricto que son la limitación y control del poder, la inadmisibilidad de las leyes retroactivas, la vinculación al Derecho de todos los órganos del Estado y la amplitud de la tutela jurídica (entendida esta tutela en relación a los actos de soberanía estatal).

Uno de los méritos de este libro —ya se indicó anteriormente— que no se queda en vanas especulaciones acerca de lo que es justo, sino que siempre trata de buscar apoyo en el Derecho positivo. En este sentido, las referencias al código civil alemán y a la *Grundgesetz* son constantes.

En conclusión, se trata de un libro interesante que aborda el problema de la justicia desde una perspectiva nueva: en palabras de Larenz, aunque «no podemos pretender que nuestro conocimiento de los principios del Derecho justo sea el que tenga validez final y carácter definitivo, esto no tiene que impedirnos que nos preguntemos constantemente por lo justo y que demos las respuestas posibles, con la conciencia de que lo que creemos verdadero en el mejor de los casos es sólo una parte de la verdad» (. 201).

Manuel SEGURA ORTEGA

Andrés OLLERO: «Interpretación del derecho y positivismo legalista», Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, 302 págs.

La obra que comentamos agrupa en cinco apartados: «Interpretación de la ley y filosofía del derecho»; «Para una crítica del legalismo: aproximación histórica» (que incluye un análisis particularmente lúcido del pensamiento de Savigny); «Poder judicial y positivismo legalista»; «Iusnaturalismo e in-

interpretación del derecho»; «Hacia un nuevo arquetipo de jurista»— un buen número de ensayos, en gran parte comunicaciones a congresos internacionales, que constituyen una muestra significativa de la labor investigadora llevada a cabo por el profesor Ollero a lo largo de los últimos años.

La crítica efectuada al positivismo legalista lo es en primer lugar a sus fundamentos epistemológicos, e incide especialmente en las consecuencias políticas —también pedagógicas: en el último capítulo se ofrecen a este respecto sugerencias prácticas de interés— que comporta. ¿Cómo remontarlo? Para el A. la clave se encuentra, como ya indica el mismo título del libro, en la *concepción del derecho como interpretación*: la actividad jurídica misma no es sino saber jurídico, esfuerzo interpretativo que busca ligar el *texto* legal con su *contexto* real, con el caso concreto (el positivismo legalista ha intentado reducir la *comprensión* a la mera aplicación). De ahí la entraña radicalmente judicial, prudencial, de lo jurídico: la ley es *una etapa* en el proceso de realización del derecho, una «promesa de derecho» que no se convierte en derecho real sino por mediación de la equidad (se propone así superar la concepción, todavía habitual, que ve en la equidad sobre todo una *técnica* por la que la ley busca en instancias extrajurídicas una ayuda a su propia insuficiencia).

La hermenéutica existencial (H. G. Gadamer) sirve de base a esta crítica de la *dogmática jurídica* y a la escisión teoría-praxis que inevitablemente conlleva, y que debe ser abandonada: «todo conocimiento del derecho es crear derecho. Toda ciencia jurídica es política jurídica» (p. 252). Ello le permite plantear una alternativa a la actual articulación —mejor sería decir aislamiento— filosofía jurídica-ciencia del derecho: la actividad jurídica, en sí misma búsqueda del derecho, es, por ello, *filosofía práctica*; a su vez, la filosofía jurídica, para ser efectivamente *del derecho*, habrá de tener como función primordial la *interpretación* de los textos legales con vistas a encontrar las fórmulas adecuadas de «ajustamiento social», razón última y sustancia misma de lo jurídico.

La interdisciplinarietà parece también el modo de relación más correcto entre la filosofía y la sociología jurídicas; para el profesor de Granada subsumir la filosofía del derecho en una disciplina sociológica todavía inmadura supondría dar por buena la utilización de unos esquemas generales no inmediatamente válidos para la realidad jurídica. Compartimos el juicio del A. acerca de que el sentido de la filosofía del derecho se encuentra precisamente en que su función es/debe ser insustituible. «La mejor filosofía jurídica posible quizá sea, hoy y ahora, una filosofía jurídica que se muestre como necesaria» (p. 266). En ello consiste, pues, el primer desafío a que debemos responder.

Hay que señalar que la crítica al positivismo jurídico, a su pretendida neutralidad, a su «triple ingenuidad» epistemológica, ética y política, no significa que el A. se adhiera a las tesis iusnaturalistas tal como éstas han sido formuladas tradicionalmente. De manera especial rechaza el iusnaturalismo racionalista, en cuanto que éste afirma, como es sabido, la existencia de un ordenamiento de derecho natural paralelo y contrapuesto al derecho positivo; el A., de acuerdo con líneas de interpretación de innegable interés,

tan diversas como las de H. Coing, M. Villey o Ch. Perelman se inclina por recuperar las grandes intuiciones del iusnaturalismo clásico, profundizando en su carácter fenomenológico (así la convicción de la justicia como condición necesaria para la validez es entendida en el sentido de que el derecho, para ser tal, ha de producir un «ajustamiento» adecuado entre las partes en conflicto).

La herencia más válida del iusnaturalismo consiste para el A., no en la pretensión de constituir una determinada «legalidad» a partir de una objetivación previa de la que se deducirían los principios a aplicar en la práctica, sino, sobre todo, en la consideración del derecho como instrumento efectivo de *humanización* de la vida social, a la que dota de un «sentido ético». Se trata, pues, en expresión afortunada, de «verificar» la metafísica en la prudencia de la praxis. La necesidad de una ontología jurídica que pueda servir de motor a una jurisprudencia de intereses, y de una antropología que responda a la realidad de la coexistencia humana, es aquí la exigencia fundamental. Las investigaciones abiertas por autores como A. Kaufmann y S. Cotta encuentran en estas páginas un desarrollo interesante, que pide ser profundizado en el futuro.

Las hondas implicaciones políticas y éticas de esta concepción son desarrolladas con especial agudeza. Temas como la legitimidad democrática del derecho, la crisis del Estado contemporáneo o la Constitución de 1978 en relación con la politicidad del Juez, para el A. «culminador de la realidad jurídica», y también «inconfesado reducto ético-político en la maquinaria racionalista moderna» (p. 40), se tratan de manera sugerente e invitan al diálogo sobre los mismos (digamos aquí que otro mérito del A. reside en la atención que, de acuerdo con su propuesta metodológica, presta al derecho positivo vigente y a su desenvolvimiento legislativo y jurisprudencial).

Nos encontramos ante una obra relevante dentro del panorama de la filosofía jurídica actual. Su aportación más interesante a nuestro juicio se halla en los planteamientos y sugerencias que fruto de una reflexión filosófica rigurosa a la par que original intentan contribuir a responder a lo que el A. califica de reto para el pensamiento (también para el pensamiento jurídico) de nuestro tiempo: asumir la doble herencia clásica-cristiana y moderna. Es de destacar en fin, la claridad expositiva y el esfuerzo por dotar de una unidad orgánica a una serie de materiales ciertamente diversos (así como, en otro orden de cosas, el útil y completo índice de materias incluido). Cualidades todas que hacen bien atractivo este libro para juristas y estudiosos del derecho en general y, claro está, para todos cuantos se hallen interesados en las cuestiones centrales planteadas a la filosofía jurídica y política.

August MONZÓN ARAZO

Francesca PUIGPELAT: «Derecho del Ser y Estado del Juez. La filosofía jurídica de René Marcic», Barcelona, Ed. Universitat de Barcelona, 1983, 251 páginas.

La obra de la profesora Puigpelat es —desgraciadamente— una versión reducida de su tesis doctoral defendida en el año 1980. Decimos desgraciada-

mente porque habría sido deseable que el lector hubiese tenido la oportunidad de contar con la obra completa. No conocemos el contenido de la parte de la obra que ha sido *cercenada por razones editoriales*, pero estamos convencidos que esto nunca es bueno ni aconsejable por razones obvias; en primer lugar, porque se elimina injustificadamente una parte del trabajo del autor y, en segundo lugar, porque se priva al lector de datos, ideas y conceptos que sin ninguna duda, permitirían una mayor comprensión del conjunto. Con todo esto no se quiere decir que el libro no esté compuesto, antes al contrario de su lectura no se desprende que se haya producido ningún recorte en el texto.

La obra que vamos a comentar merece ser elogiada por distintos motivos. Señalaremos en primer lugar dos de ellos que probablemente deben ser destacados de una forma especial: la oportunidad y la complejidad en la investigación. Hacemos referencia a la oportunidad porque el pensamiento de Marcic no era conocido en España o, al menos, no había tenido un eco importante, al contrario de lo que ocurrió en otros lugares. Con esta obra se puede tener una visión bastante amplia acerca de cuáles son las líneas maestras del sistema marciano. El segundo elogio tiene directa relación con la propia realización de la investigación; Marcic publicó algunos libros pero sobre todo escribió gran cantidad de artículos en diferentes revistas; la recopilación y ordenación de todos ellos a los efectos de la exposición de la doctrina marciana constituye un gran logro.

El primer capítulo se abre con el análisis de la vida y personalidad de Marcic. Los acontecimientos que vivió influyeron en su trayectoria intelectual y la profesora Puigpelat insiste en este punto en repetidas ocasiones. Aunque la afirmación de que hay que tener en cuenta las concretas circunstancias en las que se desarrolla una determinada vida resulta ya un tópico, no por ello deja de ser menos cierta y, en el caso de Marcic, es muy probable que de haber sido otras sus circunstancias personales también hubieran sido diferentes sus propias reflexiones. Su prematura e inesperada muerte en accidente de aviación en el año 71 nos arrebató a un Marcic muy maduro intelectualmente y con nuevos horizontes, pues por aquel entonces regresaba de Australia, donde había trabajado con Julius Stone.

La autora señala las cuatro características que, a su juicio, pueden definir la personalidad de Marcic: es un humanista, es un hombre con visión de futuro, es pragmático y es conciliador. La denominada visión de futuro queda bien patente en algunos de las propuestas formuladas en las obras de Marcic, por ejemplo, la creación de un Estado mundial y de un tribunal mundial de los derechos del hombre. Pero la característica más peculiar del pensamiento de Marcic es su actitud conciliadora por lo que respecta a las diferentes doctrinas sobre el Derecho. Marcic se propuso armonizar el iusnaturalismo aristotélico-tomista, el existencialismo heideggeriano y la teoría pura del Derecho de Kelsen.

La profesora Puigpelat nos da cuenta de las duras críticas que recibió Marcic como consecuencia de esta actitud conciliadora y considera que en este punto el que fuera rector de la Universidad de Salzburg fue un incomprendido. No dudamos de las buenas intenciones de Marcic, pero creemos

que resulta muy difícil —por no decir imposible— armonizar doctrinas tan dispares.

Los capítulos siguientes se dedican a explicar el contenido y la misión de la filosofía del Derecho, así como la esencia, función y caracteres del Derecho en el pensamiento marciano. La posición de Marcic es claramente iusnaturalista, pero se aleja de las doctrinas tradicionales, ya que el Derecho natural o *Derecho del ser* que él defiende no aparece separado del Derecho positivo; no se trata de dos categorías antagónicas. Aquí se observa nuevamente el espíritu conciliador; «su meta se dirige a esbozar una *teoría del Derecho* que sirva, tanto para el Derecho positivo, como para el Derecho prepositivo» (p. 17), cuyo corolario debe la superación de la dicotomía iusnaturalismo-positivismo: «el Derecho positivo presupone el *Derecho del ser*, pero el *Derecho del ser* no puede actuar eficazmente sin el Derecho positivo» (p. 149). «El Derecho en cuanto orden de la vida social no puede dejar de incluir en sus normas el respeto a la dignidad humana y la satisfacción de los intereses públicos de la vida en comunidad» (p. 107) y sus funciones serían: «limitación de la arbitrariedad, igualación entre los ciudadanos tanto de forma geométrica como aritmética, protección de los débiles y de todos los sometidos a él, y evitación de la violencia en la resolución de los conflictos sociales» (p. 111).

En el capítulo sexto se analizan los conceptos de justicia y equidad. Por lo que se refiere al tema de la justicia la postura de Marcic es, sin ninguna duda, original y, en cierta forma, sorprendente, sobre todo tratándose de un autor iusnaturalista. Para Marcic justo es lo que se corresponde al Derecho; «sólo o puede decirse que un comportamiento o un acto es justo siempre y cuando armonice con el Derecho. De ahí que, en el pensamiento de Marcic, la justicia no puede ir referida a otro ámbito que el jurídico... La concepción de la justicia como una exigencia que la moral dirige al Derecho no tiene cabida en el planteamiento de Marcic» (entendida la justicia como relación y no como hábito). En relación con la equidad, también consiste ésta en la conformidad con el Derecho, pero referida a un momento más concreto que tiene lugar en el acto de aplicación.

En el capítulo séptimo se estudian aquellos elementos de carácter material que condicionan el Derecho positivo. Aunque no siempre queda claro cuáles son estos elementos se pueden citar la dignidad humana y el bien común (en algunas obras Marcic ha ampliado estos elementos). Naturalmente, estos dos elementos necesitan concreción, pero, en cualquier caso, sirven de guía al legislador. A través del desarrollo histórico «se han ido perfilando una serie de límites al Derecho positivo; esas limitaciones denominadas derechos del hombre, no son otra cosa que la cristalización de aquellos determinantes prepositivos materiales» (p. 185).

El último capítulo del libro tiene el mismo título que el escrito de habilitación presentado por Marcic: *Del Estado de la ley al Estado del Juez (Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat)* y es uno de los más sugerentes, ya que las tesis allí mantenidas postulan la necesidad de un cambio radical en la forma de ver el Estado y el Derecho. Hay que abandonar el Estado de la ley y llegar al Estado del juez, entendiendo por tal que «detrás de cada proceso

de creación de Derecho, ya sea un proceso administrativo, judicial o legislativo, el juez es el encargado de pronunciarse acerca de la labor efectuada por estas instancias» (p. 202). Son muchas las razones que aduce Marcic para preferir el Estado del juez; haciendo una breve síntesis podemos señalar las siguientes: a) el poder judicial debe asumir el papel que le corresponde, papel que hasta el momento no ha desempeñado; b) «si el Derecho debe *ser encontrado* en cada momento, y consiguientemente actualizado, su más completa actualización se efectúa en el ámbito de los tribunales» (p. 209) y c) «de la preferencia (en Marcic) de lo concreto frente a lo abstracto, de lo material frente a lo formal y de la consideración de la historicidad en el ámbito jurídico, se llega a la conclusión de que estas características pueden ser mejor atendidas en el momento judicial a través de la sentencia, que en el momento legislativo a través de la ley» (p. 215).

Puede decirse que en toda la obra de Marcic hay una constante tensión entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, aunque probablemente las referencias a este último son más numerosas y, sin duda alguna, sumamente sugestivas. Sólo nos resta para terminar un breve comentario: merece la pena leer el libro.

Manuel SEGURA ORTEGA

Theodor SCHRAMM: «Recht und Gerechtigkeit. Aspekte und Dimensionen im Verhältnis zwischen Bürger und Staat», Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1985, 101 págs.

Las pretensiones del autor quedan claramente delimitadas en el prefacio del libro: se trata de responder a la pregunta fundamental ¿qué es la justicia?, pero el camino que se sigue se aparta del que habitualmente han recorrido los juristas y los filósofos del Derecho. En efecto, Schramm se queja de que «a pesar de que el problema de la justicia tiene una importancia eminentemente práctica, en los juristas la discusión siempre se ha presentado en un plano de gran abstracción» (p. 8) y esto conduce a unos resultados muy pobres. Pero también conviene evitar los excesos contrarios, es decir, los de aquellos que solamente abordan el problema de la justicia desde un plano excesivamente casuístico, fijándose exclusivamente en las concretas resoluciones que se producen ante los tribunales. En el primer caso, se corre el peligro de quedarse en enunciados formales carentes de contenido y, en cierta forma, carentes de sentido práctico. Si se opta por la segunda vía los resultados no son más prometedores, ya que las diferentes decisiones de los jueces no constituyen sin más el criterio de lo que es justo. En este sentido, Schramm pone un ejemplo sumamente ilustrativo en relación con las sanciones penales: es normal que a un mismo comportamiento puedan corresponder penas diferentes; por ejemplo, a un conductor que en estado de embriaguez atropella a un peatón no tiene que imponérsele necesariamente la misma pena que a otro que realice este mismo comportamiento, ya que el legislador permite al juez una valoración diferente en razón de una serie de motivos muy diversos.

De cualquier modo, lo que sí parece claro es que el autor se inclina más por los datos que suministra la experiencia dejando a un lado las abstracciones, es decir, prefiere analizar las decisiones de los tribunales y el propio ordenamiento jurídico alemán por razones prácticas. Sin embargo, ello no impide que en la primera parte del libro se hable —aunque sucintamente— de los elementos formales del concepto de justicia y de las distintas doctrinas que se han formulado a través de la historia tratando de dar una respuesta definitiva a este problema (sobre estos aspectos puede consultarse su *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.^a ed., 1982).

Ciertamente, la extensión del libro no permite desarrollar de un modo minucioso las ideas allí contenidas, sin embargo, algunas de ellas son, sin ninguna duda, muy sugestivas. Creemos que hay por lo menos dos conclusiones que merecen destacarse de un modo especial. Afirma el autor que no merece la pena seguir con la discusión de la justicia si no se extraen las consecuencias prácticas que esa idea encierra; pero para que esto se produzca tiene que haber *voluntad de extraer tales consecuencias* (en otro caso, no tiene sentido ningún tipo de discusión). Las dos conclusiones a que nos referíamos más arriba son: 1.^a) La necesidad de crear un tribunal de derechos humanos en el propio seno de las Naciones Unidas. No es necesario ni deseable que tengamos que soportar una nueva guerra mundial para vencer la pasividad de los políticos en este sentido. En el momento actual no parece posible —pues entraña múltiples dificultades— que se cree un tribunal de este tipo; por eso se propone como alternativa la ampliación de la jurisdicción del Tribunal internacional de justicia de La Haya. 2.^a) Una nueva distribución de los víveres orientada fundamentalmente hacia los países del Tercer Mundo; lo que sobra en los países más desarrollados debe ser repartido entre los más pobres.

Creemos que las dos conclusiones extraídas por Schramm son exigencias primarias de la justicia y parece que nadie duda en reconocerlo. Por consiguiente, sirven como propuestas de deber ser, aunque desgraciadamente, nos hallamos muy lejos de su efectiva realización.

Manuel SEGURA ORTEGA

Carlo VIOLI (ed.): «Norberto Bobbio: 50 anni di studi. Bibliografia degli scritti 1934-1983»., Apéndice de Bruno Maiorca. Torino, Franco Angeli, 1984, 274 págs.

Todavía cercana la fecha de término en la andadura académica del profesor N. Bobbio (1 de noviembre de 1985), el Instituto de Ciencias Políticas G. So'ari, se suma en homenaje a quien, sin ceder a fáciles —más aquí si cabe— tentaciones hagiográficas, ocupa en la cultura jurídico-política del presente siglo, como una de sus figuras más representativas, el lugar sólo reservado y concedido en cumplida demostración de fecunda creatividad y valiosa tarea divulgadora, a muy escasos nombres. Si, pues, en mérito a la ocasión pueden excusarse otros detalles, ni ocurre así ni es conveniente hacer lo propio respecto de la forma que esta muestra de público reconoci-

miento, entre las imaginables, ha preferido adoptar: el registro, a lo largo de cincuenta años, de los escritos que integran la producción del autor, seguido de un apéndice de los que se hicieron eco de su pensamiento; en total, contando los 1.304 títulos pacientemente reunidos por Carlo Violi y los 714 acumulados por Bruno Maiorca, 2.018 referencias bibliográficas. El resultado permite felicitarnos en un doble sentido. Contar, de un lado, con un instrumento de enorme utilidad práctica —cuenta la obra con bien confeccionados índices analíticos y de autores— en orden a la más cómoda localización de materiales de investigación. De otro, comprobar cómo al poco de su aparición el trabajo deviene insuficiente, no tanto por descubrirse alguna inconsciente ausencia —tan eventual como razonable, aún sin ser éste el caso— en la concienzuda labor de rescate de citas, sino por la certidumbre absoluta de no acabar en ella la matrícula definitiva, sea en lo que hace al autor sea a sus glosadores, de las nuevas aportaciones que de aquél no menos que de éstos confiamos puedan compilarse en adelante (1).

En cuanto a la elaboración interna del trabajo, se han empleado —dotándolas de la homogeneidad y sistemática unitaria que el propósito requería— tres anteriores índices bibliográficos (C. Violi, *Bibliografia degli scritti di N. Bobbio* (1934-1964), 1965; P. Borsellino, *Bibliografia ragionata* (1934-1982), 1983, y C. Violi, *Norberto Bobbio*, en *Legal Philosophical Library. An International Bibliography of Philosophy and Theory of Law*, 1984) ofreciendo finalmente el compendio de los escritos de «cultura académica» (filosofía jurídica y política) y, muy acertadamente, también de «cultura militante»; clasificación ilustrativa que el propio Bobbio sugiere en el *Prefacio* y por la que se ha tenido en cuenta el no siempre valorado compromiso con temas, controversias y debates de actualidad política y social. Sin atender a todo ello, no alcanzaríamos a comprender el sentido último de la convicción de un intelectual que, justa y cabalmente, ha sabido ser fiel desde el inicio de su formación al norte «di rigore intellettuale, di dedizione alla scuola, di semplicità di costumi e di libertà nel giudicare uomini e cose», recibido de Gioele Solari en temprana lección de juventud.

En el *Prefacio*, junto a este recuerdo autobiográfico, se contienen por demás otras diversas noticias personales —transmitidas en el fluido, claro y preciso estilo del comunicante; virtudes que raramente abundan en la doctrina científica actual, también italiana, tan distante a veces del sacrificio de abigarradas formas académicas en bien del fin pedagógico— por las que el lector llegar a conocer los elementos que decidieron en una mayor medida el rumbo de su formación. Bobbio menciona entre ellos la lectura de

(1) Así, en una reciente aportación a su tesi di laurea (*Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto*, Università di Milano, 1983), vid. P. BORSELLINO, *L'analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica*, en R.I.F.D., LXII, 1, 1985, pp. 3-39. También, aunque no ha llegado aún a nosotros, el volumen que el año 1985 dedicará monográficamente a Bobbio la «Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso». Por último, el *Estudio Preliminar. Filosofía de la Historia e Historia de la Filosofía en Norberto Bobbio*, de A. RUIZ MIGUEL a N. BOBBIO, *Estudios de historia de la filosofía. De Marx a Gramsci*, Edit. Debate, Madrid, 1985.

Hobbes, Locke, Rousseau, Kant y Hegel —los mayores filósofos políticos de la edad moderna— al tiempo que rinde tributo a la huella reconfortante e iluminadora que dejó la de Croce, Cattaneo, Kelsen, Pareto y Weber.

Respecto de la suya en España, para terminar anotando ese rasgo de humor que nunca ha de faltar en la coherencia científica del intelectual, quizá hable alto y claro la anécdota que el profesor Ruiz Miguel refiere de la última visita de Bobbio a nuestro país, en noviembre del 83, cuando casi a mitad de camino en la reforma universitaria preguntó a sus acompañantes si habían dotado ya la cátedra de bobbiología en la Universidad española.

J. CALVO GONZÁLEZ

Ota WEINBERGER/Donald Neil MACCORMICK: «Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus». Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

El origen de esta obra es ciertamente curioso. Pretende ser expresión de una teoría desarrollada separadamente por estos dos prestigiosos teóricos del derecho, sin que en la época de las primeras y fundamentales exposiciones de la misma mediase entre ellos —tal como se dice en el prefacio— conocimiento personal, ni de la obra respectiva. Mas, a pesar de ese desconocimiento y del diverso contexto cultural e, incluso, lingüístico en que los dos autores se mueven (Ota Weinberger, es profesor en la Universidad austriaca de Graz y D. Neil MacCormick lo es en la escocesa de Edimburgo), entienden ambos que la coincidencia teórica es suficientemente significativa como para que la teoría de ambos pueda recibir una denominación común (Positivismo Jurídico Institucionalista) y los trabajos más importantes en los que uno y otro la han desarrollado a lo largo de más de quince años puedan ser objeto de publicación conjunta en el texto que nos ocupa, los de Weinberger en su idioma original, el alemán, y los de MacCormick traducidos a esta lengua del inglés (1). En todo caso se trata de trabajos que, salvo la introducción, ya habían visto la luz con anterioridad, ya sea en revistas, libros homenaje o ponencias de congresos.

Quizá convenga resaltar que la denominación «Positivismo Jurídico Institucionalista» no ha acompañado el desarrollo de ninguna de estas dos teorías a lo largo de los años, ni mucho menos ha servido como denominación conjunta para ambas, lo cual no ocurre, por lo que sabemos, hasta la presente obra. La primera vez que aparece el nombre en cuestión es en un trabajo de Ota Weinberger de 1981 (*Zur Idee eines institutionalistischen Rechtspositivismus. Gleichzeitig eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Setzungspositivismus*, en: *Revue Internationale de Philosophie*, núm. 138, 1981, págs. 487-507).

El libro que analizamos se inicia con una introducción de Weinberger, tendente a presentar los «puntos de partida del Positivismo Jurídico Institucionalista», ofreciendo una visión panorámica de las líneas principales de la

(1) La versión en inglés de este libro aparece bajo el título: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, 1986.

teoría. Siguen unas breves notas de MacCormick, en las que se reconoce sustancialmente de acuerdo con la exposición de Weinberger y apunta únicamente algunos matices diferenciadores de importancia no esencial a los efectos de esta obra. Lo que viene a continuación son diez artículos, cinco de cada uno de los autores sobre temas diversos, pero a cuyo tratamiento supuestamente subyace el denominador común constituido por los postulados de la nueva teoría que da título al libro.

Aquí no vamos a proceder a un resumen lineal de estos diversos trabajos contenidos en el libro, sino que intentaremos mostrar, entresacándolo de ellos, cuál es el contenido esencial de esta supuesta teoría común del Positvismo Jurídico Institucionalista. Esta teoría pretende ocuparse ante todo de la ontología jurídica, de responder a la pregunta acerca de «la esencia del derecho y el modo de existencia de los sistemas sociales normativos» (Weinberger, pág. 12).

Se intenta superar la radical escisión entre ser y deber ser, presente en las concepciones ontológicas predominantes, esto es, el realismo jurídico, para el que el derecho no poseería ningún tipo de existencia distinta de la pura facticidad, y el normativismo, para el que la esencia de lo jurídico encarnaría en algún tipo de «entidades ideales» del reino del deber ser. Lo que los autores de esta obra pretenden desarrollar una ontología jurídica en la que las normas de derecho compatibilicen su dimensión ideal y su existencia como fenómeno social y dotado, por tanto, de realidad empírica y sometido a los consiguientes determinantes fácticos (Weinberger, 15).

El punto de arranque teórico en ambos autores se sitúa en una reinterpretación de la distinción que Searle en su obra *Actos de habla* lleva a cabo en 1969, tomándola de un artículo de Anscombe de 1958, entre hechos brutos (*brute facts, rohe Tatsachen*) y hechos institucionales (*institutional facts, institutionelle Tatsachen*). La tesis central de Weinberger y MacCormick consiste en afirmar que el derecho existe no meramente como hecho bruto, como dato puramente material, como puede existir una piedra, por ejemplo, sino como hecho institucional (así, v. gr. MacCormick, pág. 76).

¿Qué se quiere decir al definir el derecho como hecho institucional? El punto de partida tiene que ver con una determinada filosofía de la acción. Se entiende que el «mundo» en que el hombre se mueve y actúa no está constituido solamente por puros datos empíricos, sino que en la realidad hay también hechos que trascienden lo fáctico (*faktentranszendente Tatsachen*), cuyo conocimiento es esencial para la orientación práctica del hombre en el mundo, para la acción (Weinberger, 112). Pues bien, la acción humana, que en su núcleo básico descansaría en el procedimiento de informaciones (Weinberger, 246), no se podría explicar plenamente sin el tipo de informaciones prácticas, distintas de las informaciones sobre meros objetos o sucesos materiales, y que indican metas, normas de conducta preferencial, etc. Las informaciones de este tipo son informaciones socialmente institucionalizadas, por lo cual se sostiene que la acción humana sólo se puede producir y explicar en el marco de hechos institucionales, y tal es —se dice— la «tesis ontológica central» del Positvismo Jurídico Institucionalista (Weinberger, 17). Lo específico de cada institución, radicaría en la cualidad de presentar estructuras para la acción, ofreciendo el marco de posibilidades de acción y regu-

lando normativamente el comportamiento en un ámbito determinado (Weinberger, 26). El derecho no sería sino un tipo importante de hechos institucionales, es decir, de informaciones prácticas institucionalizadas y, consiguientemente, actuaría como forma específica de determinación de acciones por medio de la estructuración de instituciones (Weinberger, 16).

Conforme a lo anterior, por derechos, más aún, por derecho positivo, se entiende «la totalidad de la realidad jurídica institucionalmente existente» (Weinberger, 155), y de esa realidad, es decir, del sistema jurídico, forman parte no sólo las normas positivas generales o particulares, sino también «aquellos elementos objetivamente presentes y operantes, que pueden ser extraídos del sistema o que, como conocimientos subyacentes, pueden ser descubiertos»: principios, fines, doctrina, postulados metodológicos, etc. (Weinberger, 33, 147, 149). Toda normatividad institucional y, por tanto, también el derecho presenta una doble dimensión de su existencia, un doble tipo de realidad igualmente esencial: como esquema intelectual o entidad y como realidad social fácticamente existente, es decir, en los precisos términos alemanes de Weinberger, como *Gedanke und Realität*.

El derecho no se agota en la facticidad, con ser ésta una nota constitutiva de su esencia, sino que posee además una dimensión ideal. La norma no es meramente una realidad material que se pueda percibir sensorialmente, sino que es también idea, mas no en sentido platónico, sino en cuanto construcción intelectual objetivizada, pero que tiene su origen en la voluntad humana y no en ningún tipo de mundo ideal o conceptual autónomo. La objetivación quiere significar aquí la existencia ideal independizada de los actos psicológicos o de las determinaciones sociales que la crean.

Pero la necesaria imbricación en la esencia de la norma entre esta dimensión ideal y su dimensión fáctica hace que carezca de sentido hablar de la existencia meramente ideal de la norma. La norma como tal sólo existe cuando ese contenido ideal, intelectual, está vinculado a la esfera de la realidad material, del acontecer real determinándolo de modo efectivo. Es cierto que, en virtud de su idealidad, la norma no se agota en el acto psicológico que la crea, ni en su concreta expresión lingüística, ni en los comportamientos de los sujetos a que afecta; pero tampoco se puede entender si no es en relación con datos fácticos, como el efecto motivador sobre las conductas, la relación con organismos sociales, la vivencia psicológica del deber, la posibilidad de su expresión lingüística, etc. El derecho sería, en suma, un «sistema ideal dotado de facticidad» (Weinberger, pág. 71) y, como todo hecho institucional, sería a la vez formación normativa dotada de sentido y entidad social real (Weinberger, 143).

Tanto de la dimensión ideal como material del derecho se puede predicar existencia real, pero en un sentido diferente: mientras que en el aspecto puramente fáctico poseería existencia en el espacio y en el tiempo, en el aspecto ideal la existencia sólo se da en el tiempo (McCormick, 79-80, Weinberger, 67, 117). Esto lleva a Weinberger a relacionarlo con el «tercer mundo», de Popper, o el «ser espiritual», de N. Hartmann (p. 117).

La consecuencia que para el estudio del derecho se sigue de lo dicho es que una auténtica y completa teoría del derecho ha de abarcar tanto un estudio empírico, de carácter sociológico, como un estudio hermenéutico

de averiguación del sentido que trasciende de lo empírico. Los hechos puramente materiales se pueden describir; los hechos institucionales necesitan, además, ser comprendidos (McCormick, 137).

¿Qué requisitos normativos se precisan para que surja una institución jurídica? Según McCormick, cuando se habla de propiedad, testamento, sucesión intestada, contrato, hipoteca, etc., etc., no se están empleando meros conceptos, sino haciendo referencia a la estructura del sistema jurídico, esto es, a instituciones. De tales instituciones se puede hablar desde un punto de vista filosófico o sociológico, como corresponde a su doble dimensión como normatividad ideal y como fenómeno social. Desde el primero de los puntos de vista se puede decir que una institución existe a partir de la presencia en el sistema jurídico normativo de tres tipos de reglas relativas a tal institución: constitutivas (las que establecen qué acciones o sucesos han de darse para que un acontecimiento determinado se convierta en un caso particular de la institución —ej., para que una unión de hombre y mujer sea un caso de matrimonio), consecuenciales (las que ligan a cada caso particular de la institución determinadas consecuencias en forma de obligaciones, responsabilidades, facultades, etc.) y extintivas (las que establecen qué tipo de acciones o sucesos hacen que un caso particular de institución pierda su carácter de tal). Las mismas instituciones, como las que hace un momento ejemplificábamos, son, según McCormick, relativas en cuanto a su existencia a un sistema jurídico dado, de modo que tal existencia depende de si este sistema contiene el correspondiente conjunto de reglas constitutivas, consecuenciales y extintivas (para todo esto: McCormick, *Das Recht als institutionelle Tatsache*, págs 76-107).

La pregunta que a la vista de esto último debe plantearse es dónde encuentra su fundamento último, su apoyo primigenio, esa normatividad jurídica que es al tiempo institucional y fuente de instituciones, lo cual no es sino preguntarse, supuesta la diversidad de grados o niveles del sistema normativo, por los fundamentos últimos de las decisiones jurídicas constitucionales. A esta cuestión responde McCormick sosteniendo que las diversas respuestas que se han dado al tema, tales como la teoría de la moral institucional de Dworkin, la de la norma básica de Kelsen o la de las normas primarias y secundarias de Hart, suponen siempre un momento previo de fundamentación de la normatividad, que en estos autores se deja sin tratar. Tal fuente originaria de lo normativo vendría dada, según McCormick, por la costumbre, entendida no como mero hecho o sucesión de hechos empíricamente observables, sino como «producto de la razón práctica del hombre» aplicada para la obtención de un marco estable para la coexistencia de una comunidad, y establecedora, por tanto, de un cierto consenso básico. La organización básica del grupo social cristalizaría en algún tipo de constitución normativa básica a partir de su prefiguración en la costumbre del grupo social. Incluso a cualquier tipo de moral institucional que se quiera invocar, tal como hace Dworkin, como fuente última de la normatividad jurídica, le habrá de anteceder la práctica social como base de la existencia de sus reglas (para todo esto: McCormick, *Institutionelle Moral und die Verfassung*, págs. 202-221).

Juan Antonio GARCÍA AMADO

Frederick WHELAM: «Order and Artifice in Hume's Political Philosophy», Princeton, University Press, 1985, 393 págs.

En la bibliografía literaria sobre David Hume, ocupada hasta hace poco en una tempestuosa polémica de recuperación de su epistemología versus la tradicional visión escéptica, el libro de Whelam trasciende de la problematicidad de lo epistémicamente real-posible para organizar su discurso, siguiendo la linealidad argumentativa del «Tratado sobre la naturaleza humana», en torno a lo posible social. Ocurre así que coloca, desde la perspectiva del sentido del «Tratado», a las disputas escolares clásicas sobre Hume —su escepticismo, el «slave-passage», el «is-ought», entre otros— en un plano dependiente de lo que presumiblemente constituye su punto neurálgico, el artificio, o más explícitamente la distinción entre virtud natural y virtud artificial, sin por ello ignorar los viejos temas. Porque, como el mismo autor reconoce, la teoría del conocimiento de Hume no es más que un «prius» a la ciencia del hombre, es decir, a la investigación científica de las causas de la asunción humana de los códigos morales y de las reglas (p. 32); y así su obra literaria sólo sería accesible en tanto partamos de una actitud integradora de su Filosofía, Política e Historia. Opinión que no es desdeñable, máxime cuando por el contexto y por el tema lo esperable sería una obra de análisis para anlíticos. Pues, pese a que son inevitables las huellas de esta corriente filosófica, Whelam se adscribe con más propiedad en el horizonte ideológico de la historia de las ideas.

Pero sucede que si bien el proyecto humeano trata de profundizar en el fenómeno de génesis y obediencia de las reglas como resultado de una operación mental de empatía, su discurso obedece y se mueve, más allá de toda ligazón epidérmica, entre dos vías. Por un lado, revisa retrospectivamente el principio y alcance de los signos y símbolos que derivan y dominan la interacción humana, pretende ir más allá de las fantasías y metáforas para desvelar así su realidad significativa. Así, se explica el énfasis crítico contra la superstición y la hipótesis religiosa y los milagros, contra las metáforas políticas del tipo del estado de naturaleza o de la edad dorada, o el papel positivo del artificio en lo social. Y en este cometido cree haber encontrado sus herramientas útiles en una concepción original de la causalidad y en el principio de asociación de ideas sustentadoras de su método histórico-introspectivo. Pero, además, es consciente de la existencia de sombras y límites en el conocimiento y uso prescriptivo de la razón en la tarea de hallar la filosofía y fisicalismo de su época. Es decir, reconoce que toda labor las causas últimas de los fenómenos naturales, opinión muy extendida en cognoscitiva no puede ser continuada «ad infinitum», y que incluso la creencia en un punto arquimedeano lejano en el cosmos carece de sentido. Y, en efecto, los mecanismos de las pasiones y la fuerza de la simpatía y del «testimonio de otros» en la teoría de Hume son los puntos referenciales no trascendentes de los impulsos sociales y de las instituciones y de las reglas (págs. 136 ss. y 160 ss.).

Ahora bien, es verdad que Hume tiene presente en su argumentación el camino abierto por estos dos principios, pero no es menos cierto que en su uso denota alguna que otra liberalidad: mientras que en el caso de la

crítica conduce a la reducción competencial de las fórmulas simbólicas de lo social, es decir, de la afirmación de que las metáforas contractualistas —el yo y la voluntad, el estado de naturaleza y la obligación política— en que se basa el poder político no son históricas, en el plano de la defensa de una pragmática social, en suma de la propiedad y las instituciones, ape- la a una instancia extensiva de la realidad, el artificio, como plataforma motivacional que legitima el paso inconsciente a lo social, quedando así una nueva metáfora de la transformación de la naturaleza pulsional a la fi- gura del agente racional-interesado (pág. 189).

Esta dicotomía —por un lado, una desimbolización de los mitos sociales de su tiempo y, por otro, una nueva metaforización en base a la sustrac- ción o dotación de realidad— está en la raíz de la fortuna y proyección bibliográfica de las concepciones humeanas: tanto en la crítica de sus con- temporáneos, Beattie y Reid (pág. 82), como de Th. Green y de L. Stephen, que lo etiquetaron de escéptico radical y lo situaron dentro de la historia de la filosofía como un mero epígono de los empiristas Locke y Berkeley. Tan sólo a partir de la reivindicación de Kemp Smith y de la valoración de pasajes como el de la esclavitud de la razón y el de la hendidura entre «ser» y «deber ser» se comenzó a cambiar la fama de Hume y a reconocer su valía intelectual. Pues bien, esta trayectoria justifica dentro de las inter- pretaciones escolares sobre Hume —y un claro ejemplo es Stroud— que se haga referencia a una labor crítica o negativa que cribaría los enunciados metafísicos tradicionales desde el yo, el espacio y el tiempo hasta el excep- ticismo de la razón, a la que se sumaría la filosofía constructiva o positiva que tendría por objeto el análisis de la creencia, la simpatía y la génesis de las reglas morales en el hábito y la costumbre. Es más, de todo ello, no se sustraería el mismo Whelam, que sitúa en la crisis escéptica, o excep- ticismo moderado de las facultades racionales, la marca distintiva de la inflexión que guía el enfoque naturalista de Hume (págs. 67 y 86 ss.).

Basten estas indicaciones de lo que podría definirse como una metateoría de las tesis morales, políticas y jurídicas de Hume: sus conceptos epistemi- cos tan sólo constituyen el andamiaje de su perspectiva sociológica. Como Whelam formula, el «punctum dolens», el punto crítico de su ciencia del hombre, involucra directamente el tema de la sociabilidad. Simpatía y ar- tificio son los dos vectores heurísticos que ligan al agente, por un lado, con el otro, y además con las instituciones básicas de la sociedad. La simpatía, la «dimensión social de las pasiones», es el mecanismo por el cual el indi- viduo trasciende de sí mismo, hace necesidad la interconexión de los sujetos e imposibilita la realidad de un Robinson Crousoe. Fruto de esta reciprocidad y a la vez copartícipe de su función genética de lo social, la convención o artificio, el rasgo básico de las instituciones, funda la factible armonía de los intereses individuales. Y ambos al unísono trastocan e inter- fieren el esquema pulsional de la naturaleza humana y por tanto añaden una instancia de posibilidad al dilema de la racionalidad, paradigma real en el ámbito moral anglosajón desde Hobbes. Se trata, en definitiva, para Hume, de fundamentar lo social en las relaciones dialógicas intersubjetivas más allá de una discusión estéril sobre el principio básico y primero del ser humano —la razón o el sentimiento—; y así no es de extrañar que

Whelam encuentre en su discurso hasta tres formas distintas de racionalidad: razón versus pasión, razón como pasión y razón como interés (págs. 140 ss.) —¡tan típica de la ilustración es la plurimortidad de la razón!

Pero en un nivel epidérmico, la incidencia del principio de simpatía como tendencia interiorizada hacia el otro y del artificio como vehículo de institucionalización, se expresa sin más paliativos en la juridificación de la vida social. Son las reglas, en definitiva, el fin del proceso argumentativo que sustentan estos dos modelos teóricos —y precisamente es aquí donde la exposición de Whelam baja un tanto de tono—. El ejemplo paradigmático del ligazón de estas dos técnicas se muestra en la emergencia inconsciente de las reglas: cuando dos remeros se encuentran en un bote y su única posibilidad de navegar reside en la coordinación de movimientos de modo que ambos obtengan unas mismas ventajas. Aunque es verdad que en las posteriores «Investigaciones sobre los Principios de la moral» Hume jugará con varios modelos genéticos de las reglas, cuya idea nuclear residiría en la contextualización de la actitud humana, pervivirá todavía su sugerencia sobre los remeros: si los agentes sociales quieren conservar unos con otros, poseer, tener, en suma, relaciones mercantiles deberán interiorizar previamente un código de conducta igual para todos, donde «interiorización» significa a la postre un tipo de determinación de nuestros contenidos y operaciones mentales. Y, en efecto, en este extremo parece clara la modernidad y, como apunta Whelam, el paralelismo con el concepto de «regla sumaria» de John Rawls —al que, sin duda, habría que añadir a Hart y su imagen de la sociedad como empresa recíproca—. Entonces, las reglas generales, como señala Deleuze, se comprenderían en tanto primarias como un esquema o «idea regulativa» de lo que puede hacerse si se está interesado en un modelo productivo de sociedad (no olvidemos que Hume, autor de ensayos sobre el dinero y el interés, y afectado por su propia escisión entre el «ser» y el «deber ser», describe el «ser» del capitalismo inicial en Inglaterra e incurre así mismo en la falacia productiva de prescribir el sistema organizativo capitalista como modelo deseable).

Para finalizar. La interpretación de Whelam cumple perfectamente el papel de ser un adecuado punto de partida para entender a Hume, siempre que se tengan algunas precauciones: primero, que muchas veces se hace historia de las ideas sin hacer historia, que se tiende a descontextualizar las ideas. Y que la mejor comprensión de un pensador no tiene por qué ajustarse a los temas de siempre, pues acudir hoy a Hume no debe ser sin más hacer un balance de su programa naturalista.

José MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO

Jerzy WROBLEWSKI: «Constitución y teoría general de la interpretación jurídica», Madrid, Ed. Civitas, 1985, 114 págs.

El libro objeto del presente comentario recoge el texto de las conferencias que el profesor J. Wróblewski presentó en uno de los III Cursos de Verano en San Sebastián dedicado a «La interpretación de la Constitución», cuya

organización, así como la introducción y revisión de la traducción del libro, corrió a cargo de Juan Igartúa, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco.

El autor aborda los principales problemas teóricos que presenta la interpretación constitucional dentro del marco de una teoría general de la interpretación. A dicho objeto, y tras una parte introductoria, aborda los siguientes temas: las concepciones de la interpretación legal; la tipología de la misma; un modelo de interpretación operativa; el proceso de interpretación y la justificación de la decisión interpretativa; teoría e ideología de la interpretación legal; el problema de la creatividad de la interpretación y la tesis de la única interpretación correcta y, finalmente, las instituciones y funciones de la interpretación constitucional.

La parte dedicada a las concepciones de la interpretación legal comienza estableciendo diversos sentidos de la expresión «interpretación legal». Para ello distingue entre interpretación *sensu largissimo* (comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural), interpretación *sensu largo* (comprensión de cualquier signo lingüístico) e interpretación *sensu stricto* (determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación) y explicita las razones por las que opta por el último de éstos. A continuación expone dos grupos de convenciones terminológicas correspondientes a diversas concepciones teóricas sobre las disposiciones y reglas legales y opta por aquella, según la cual «el objeto de la interpretación legal es siempre un texto de una regla legal, expresada bien como disposición o bien como norma, y esta regla está formulada en un lenguaje legal» (pág. 26).

La parte tercera versa sobre la tipología de la interpretación legal y en ella distingue cuatro criterios con arreglo a los cuales se identifican otros tantos tipos de interpretación legal: el de la fuente de interpretación, el de la validez de la decisión interpretativa, el del tipo de texto interpretado y el referente a la calificación de la interpretación. Con arreglo al primero la interpretación puede ser realizada por el legislador, por un órgano específico del Estado con competencia interpretativa especial, por el órgano que aplica el derecho (cuyo ejemplo típico es la interpretación judicial y administrativa), por la doctrina jurídica y, por último, por las partes, sus representantes y por la opinión pública. Conforme al segundo criterio, el profesor Wróblewski aísla tres significados de la expresión «validez de la decisión interpretativa»: *validez T*, que significa que todo destinatario del derecho está obligado a entenderlo de acuerdo con esa interpretación, *validez G*, en el supuesto de que la interpretación quede limitada a algún grupo de destinatarios y *validez F*, que implica que la decisión interpretativa influye en la interpretación de manera análoga a la validez G o T, pero no hay regla legal que imponga tal obligación. Según el objeto pueden distinguirse diversos tipos de interpretación legal (constitucional, de normas con rango de ley, de tratados internacionales, etc.) e indagar, caso de que las hubiera, las particularidades de cada una de ellas. Por último, la tipología según la calificación de la interpretación está referida a dos problemas: a) el de la oposición entre interpretación extensiva y restrictiva, y b) el de la interpretación en tanto que *secundum*, *praeter* o *contra legem*. Se cierra esta

parte con unas líneas dedicadas a enmarcar la interpretación constitucional dentro de cada uno de los tipos de interpretación indicados.

Las páginas siguientes llevan por título «un modelo de interpretación operativa», y a lo largo de las mismas examina el autor los problemas que cada uno de los elementos de dicho modelo teórico presenta. El primero (la existencia de una duda inicial concerniente al significado de la regla a aplicar) tiene un fundamento semiótico. El lenguaje legal, que se configura como un lenguaje especial respecto del común, ofrece como aspectos más relevantes la vaguedad (*fuzziness*) y la contextualidad del significado. La primera se define al identificar los núcleos positivo y negativo de referencia (casos lingüísticamente claros) y el área de penumbra (casos dudosos). La contextualidad del lenguaje legal abarca tres contextos: lingüístico, sistémico y funcional. Los restantes cuatro elementos del modelo teórico wroblewskiano atañen a las directivas interpretativas; en concreto se refieren a la aplicación de las directivas interpretativas de primer nivel según las directivas de segundo nivel, la comparación de los resultados proporcionados por el empleo de ambos tipos de directivas y, en el supuesto de que éstos sean diferente, la elección de uno de ellos según las directivas de preferencia y, por último, la formulación de la decisión interpretativa y de su justificación. Las directivas de primer nivel determinan el modo en que el intérprete debe atribuir significado a una regla teniendo en cuenta los tres contextos mencionados. Dentro de las de segundo nivel distingue entre directivas de procedimiento, que indican como deben ser utilizadas las de primer nivel, y las directivas de preferencia, que determinan la manera de elegir entre los diferentes resultados de una aplicación de las directivas interpretativas de primer nivel. A continuación señala ejemplos de cada una de las directivas comúnmente aceptadas en el actual *statutory law*. Por lo que a la interpretación constitucional respecta sostiene que «el modelo de interpretación operativa que he presentado es extensible a la interpretación constitucional cuando se aplican reglas y, especialmente, cuando se controla la constitucionalidad de la ley o se deciden los casos de responsabilidad constitucional» (pág. 55).

La parte quinta, dedicada al proceso de interpretación y la justificación de la decisión interpretativa, comienza precisando el término de «decisión legal» (es una decisión justificable, sea interna o externamente) para seguidamente distinguir entre verificación (es decir, justificación que versa sobre juicios que son verdaderos o falsos), justificación «sensu stricto» (es decir, justificación sobre juicios que no son verificables) y justificación «sensu largo» que engloba los dos conceptos anteriores. El autor hace hincapie asimismo en distinguir la justificación de la decisión legal que «versa sobre los argumentos que sustentan esta decisión y por tanto es un asunto de razonamientos justificativos y de su control» (págs. 59-60) del proceso de toma de decisión, asunto diferente que concierne a la secuencia de fenómenos psicológicos que acontecen en una decisión legal. Una decisión interpretativa es una especie de interpretación legal. Una decisión interpretativa justificada debería identificar todos los argumentos determinados por los problemas básicos que tendrían que resolverse si la decisión fuera racional y la justificación de dicha decisión exige la identificación de los factores

relevantes para el significado de una regla, factores que pueden englobarse en dos: directivas interpretativas y valoraciones. En cuanto a la interpretación constitucional, si bien le es aplicable todo lo dicho respecto a la decisión interpretativa en general, destaca el catedrático polaco una de sus particularidades como es la que viene dada por el carácter político de las valoraciones.

En el examen de la teoría e ideología de la interpretación (sexta parte) analiza los dos tipos de ideología de la interpretación que designa con los nombres de teoría descriptiva y teoría normativa de la interpretación legal. La primera versa sobre el proceso de toma de decisión interpretativa y/o sobre las decisiones interpretativas y sus justificaciones. La segunda, consiste en un conjunto de valoraciones y directivas que deben encauzar la actividad interpretativa. Puesto que en la práctica no nos encontramos sino con aspectos fragmentarios de tales valores y directivas no podemos hablar de teorías normativas sino de «ideologías de la interpretación». Distingue dos principales: la ideología estática y la ideología dinámica. La primera tiene como valores básicos la certeza, la estabilidad y la predictibilidad, y asume determinados corolarios teóricos por lo que a la interpretación se refiere, como son, entre otros, la concepción del lenguaje legal como expresión de la voluntad del legislador histórico y la primacía de las directivas de primer nivel sistémicas y lingüísticas. La ideología dinámica, por el contrario, concibe la interpretación como actividad creativa y da preferencia al contexto funcional sobre los otros dos. Ambos tipos de ideología aparecen asimismo en la interpretación constitucional.

En el examen del problema de la creatividad de la interpretación legal el autor comienza distinguiendo dos significados básicos de «creación de una regla»: a) formulación de una regla general y/o abstracta que tenga una validez G o T y que no sea una consecuencia lógica de la regla interpretada y b) validez F. Posteriormente aborda el tema de la creatividad desde dos puntos de vista, descriptivo y postulativo. Por lo que a la tesis de la única solución correcta se refiere, y una vez establecido el contenido de dicha tesis afirma que «Desde el punto de vista teórico presentado una decisión interpretativa no es ni verdadera ni falsa en el sentido de que se corresponda con algún S^x (significado x), porque este S^x no existe» (pág. 88). La interpretación constitucional no presenta, respecto de este tema, particularidades, si bien puede decirse que la creatividad de la interpretación constitucional es especialmente relevante por razón del lugar y de las funciones de la Constitución en un sistema jurídico.

Finaliza el libro con una parte, la octava, dedicada específicamente a la interpretación constitucional en la que podemos distinguir dos apartados que corresponden al examen de dos problemas diferentes: uno, en el que se ocupa de las funciones de la interpretación constitucional y dos, que versa sobre las peculiaridades que la interpretación constitucional presenta. Por lo que al primero de estos respecta comienza individualizando tres tipos de funciones: Función de orientación, de aplicación y de control, para, centrándose en esta última, individualizar los tres tipos básicos de control constitucional. En cualquiera de los casos el control de constitucionalidad presupone que el órgano de control formula un juicio relacional del tipo

«La regla (legal) RL es consistente (inconsistente) con una regla constitucional RC» (p. 99). Por lo que al segundo de los aspectos se refiere, el profesor Wróblewski analiza las que considera principales peculiaridades de la interpretación constitucional que circunscribe a las cuatro siguientes: 1. La variedad de reglas constitucionales. Una vez sostenido el carácter normativo de las mismas, distingue los siguientes tipos: reglas de conducta *sensu stricto*, reglas de organización, reglas teleológicas y reglas directivas, si bien muchas veces no hay límites claros entre ellas. 2. La tipología de los términos constitucionales relevantes para la interpretación constitucional. Si bien la interpretación de dichos términos sigue el modelo de cualquier interpretación, la peculiaridad de la interpretación constitucional consiste en el «enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las dudas constitucionales y a las opciones interpretativas» (p 109). 3. La aplicabilidad de las reglas constitucionales. Desde este punto de vista distingue tres grupos de reglas: las reglas que son directamente aplicables, las reglas que son directamente aplicables, pero de manera gradual y las reglas que son indirectamente aplicables. 4. El carácter político de la interpretación constitucional. La interpretación de la Constitución es política al menos en dos aspectos: uno, por cuanto que garantiza la observancia de las reglas constitucionales que tienen por sí carácter político y dos, porque en la función de las decisiones interpretativas es política cuando determina los asuntos políticamente relevantes. Si bien puede afirmarse el carácter político de cualquier regla legal «la interpretación constitucional está usualmente más estrechamente unida a problemas políticos que la interpretación de otras reglas de nivel jerárquico legal e infralegal» (pág. 114).

Para concluir diremos que nos encontramos ante una rigurosa y completa visión de los principales problemas que la teoría general de la interpretación jurídica, y específicamente la constitucional plantea, a cuyo fin, y como corresponde al quehacer analítico, el profesor Wróblewski da inicio a cada una de las partes de la obra estableciendo el significado de los términos base de su teoría para, de manera totalmente coherente elaborar su teoría general de la interpretación jurídica (teoría que deberá ser profundizada acudiendo a una gran cantidad de artículos diseminados en diferentes revistas especializadas). Nos encontramos pues ante una obra de lectura obligatoria para todo aquel interesado en uno de los problemas básicos acerca del derecho como es el de interpretación.

M.^a VICTORIA ITURRALDE

Se acabó de imprimir el tomo III (1986)
del
ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
el mes de diciembre de 1986
LAUS DEO

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

PRECIOS DE SUSCRIPCION PARA EL AÑO 1986

La continua subida, tanto de materias primas como de impresión, que constituye la base primordial para la edición de los anuarios editados por este Instituto, así como el aumento de precio del franqueo, nos ha obligado una vez más, y bien a pesar nuestro, a aumentar los precios para las suscripciones y venta de fascículos sueltos de los anuarios editados por este Instituto, que serán, teniendo en cuenta que se ha procurado que este aumento sea el mínimo posible para hacer frente a estos aumentos que obligan a las medidas que adoptamos para el año 1986, los siguientes:

* Anuario de Filosofía del Derecho , suscripción anual para todo el territorio español	3.000 ptas.
* Anuario de Filosofía del Derecho , suscripción anual para el extranjero	3.300 »
Anuario de Filosofía del Derecho , tomos atrasados para España	3.600 »
Anuario de Filosofía del Derecho , tomos atrasados para el extranjero	4.000 »

Las suscripciones y pedidos de fascículos deberán dirigirse a la Sección de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, 8, 28014 - Madrid. teléfono 429 25 51.

Los suscriptores que no comuniquen su baja se considerará dan su conformidad a estos nuevos precios.

* Estos precios corresponden a los tomos que se publiquen en 1986, sean o no de este año.

